

UNIVERSITE MONTESQUIEU - BORDEAUX IV
ECOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Céline MANGEMATIN

LA FAUTE DE FONCTION EN DROIT PRIVE

Thèse dirigée par Mme le Professeur **Valérie MALABAT**

Soutenue le 9 novembre 2012

JURY :

Monsieur Cyril BLOCH

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, **rapporteur**

Monsieur Philippe BRUN

Professeur à l'Université de Savoie, **rapporteur**

Madame Valérie MALABAT

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, **directeur de la recherche**

Monsieur Marc SEGONDS

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Monsieur Guillaume WICKER

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

RESUME DE LA THESE

A l'heure de la réforme du droit des obligations, il n'était pas inutile de revenir sur un phénomène remarqué du droit privé : l'émergence de la faute de fonction. Celle-ci interroge le privatiste quant à la possibilité de transposer dans sa matière une institution de droit administratif : la faute de service. Deux conditions doivent impérativement être remplies pour que la faute de fonction devienne une notion juridique opératoire.

La première condition a pour objet de garantir que l'introduction de cette notion ne sera pas source d'insécurité juridique. Or, seule une conceptualisation de la faute de fonction pourrait permettre d'atteindre cet objectif. Celle-ci explique pourquoi la faute de fonction concerne les préposés et les dirigeants de personne morale : ces deux agents exercent communément une fonction pour le compte d'une entreprise. Ce point commun explique que leurs fautes de fonction correspondent aux mêmes critères de définition.

La seconde condition a pour objet de vérifier que la faute de fonction peut être opérationnelle en droit de la responsabilité. Fondé sur la théorie du risque-profit et la théorie du risque anormal de l'entreprise, ce régime, articulé autour de la notion d'imputation, est particulièrement efficient en droit de la responsabilité civile où les fonctions de réparation et de sanction doivent être conciliées. En droit de la responsabilité pénale, droit sanctionnateur, la faute de fonction ne semble devoir s'exprimer que de façon très résiduelle.

Title: Misconduct within their function

Abstract:

At the time of contract law reform, it's not unnecessary to go back to a noticed phenomenon of private law: the rise of the "misconduct within their function". This concept raises questions for private lawyers with regards to the transferability of an administrative law concept into their own domain: the administrative fault. Two conditions must be satisfied in order for the misconduct within the function to become an operative legal concept.

The first condition is about guaranteeing that introducing this concept will not be the source of legal uncertainty. However, only a conceptualisation of the "misconduct within the function" could achieve this goal. It explains why (its) liability applies to employees and leaders of a legal person: these two agents commonly undertake a task on behalf of the company. This common denominator explains that their liability equate to the same definition criteria.

The second condition checks that the misconduct within their function can be operational in tort law. Based on the benefit-risk theory and the abnormal risk theory of the company, this system structured around the idea of imputation is particularly efficient in the law of civil liability where repair functions and sanctions must be reconciled. In criminal law liability, sanctioning law, the "misconduct within their function" appears to only be expressed in a residual way.

Mots-clés : lien de préposition, mandat social, dépassement de fonction, détournement de fonction, théorie du risque-profit, imputation, responsabilité civile, responsabilité pénale.

Keywords: master-servant relationship, social mandate, excess of function, function creep, benefit-risk theory, imputation, civil liability, criminal liability.

A Maxime, à ses rires, à nos jeux,

A ma mère,

Nombreux sont ceux qui, d'une façon ou une autre, ont contribué à la réalisation de cette thèse. Je leur adresse à tous mes remerciements.

Je tiens en particulier à remercier Valérie Malabat dont les conseils avisés, la prévenance et la disponibilité constantes m'ont été si précieux.

Je remercie profondément toute ma famille, Viorica et Christophe pour leur indéfectible soutien, leur confiance et leur incommensurable compréhension.

Je tiens à exprimer mon immense gratitude à Charlotte et à Gaëlle pour toute l'aide qu'elles m'ont apportée et qui a souvent confiné au dévouement ; pour leur amitié sans faille qui m'est si chère.

Je tiens également à remercier chaleureusement Clément, Marie, Marie-Anne, Ronan et Vincent pour leur relectures minutieuses et leur méticuleuse contribution bibliographique.

Je souhaite remercier vivement Alice pour son amitié, sa sollicitude et son indispensable assistance linguistique.

Je tiens enfin à témoigner de ma gratitude envers le personnel de la Bibliothèque de droit privé. Leur gentillesse et leur compétence m'ont assuré les meilleures conditions de travail qu'un thésard puisse souhaiter.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. Proc. Coll.	Actualité des procédures collectives
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique pénal
AP	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit
B.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BAF	Bulletin des associations
BGB	Bürgerliche Gesetzbuch (Code civil allemand)
BS Lefebvre	Bulletin social Lefebvre
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. Constit.	Cahier du Conseil constitutionnel
Cah. dr. europ.	Cahier de droit européen
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahier de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. Réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Comp.	Comparer
Contra	Contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz Affaires
DC	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (années 1941 à 1944)
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. fisc.	Revue de Droit fiscal
Dr. ouvrier	Le Droit ouvrier
Dr. pén.	Revue Droit pénal
Dr. soc.	Revue Droit social
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative (dernière édition)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP A	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Administratif
JCP CI	Semaines juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Commerce et Industrie (années antérieures à 1984)
JCP E	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise

JCP S	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition Sociale
J.-Cl.	Juris-classeur
JO	Journal officiel
Journ. Sociétés	Journal des sociétés civiles et commerciales
Juri-soc.	Revue jurisocial
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
<i>Loc. cit</i>	<i>Loco citato</i>
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage précité
Réf. préc.	Référence précitée
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUF	Presses universitaires de France
R.	Recueil Lebon
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RD imm.	Revue de droit immobilier Sirey
RDLF	Revue des Droits et Libertés Fondamentaux
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rép. Pén. Dalloz	Répertoire Pénal Dalloz
Rev. crit. lég. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFC	Revue française de comptabilité
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGAT	Revue générale des assurances terrestres (de 1930 à 1995)
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RID pén.	Revue internationale de droit pénal
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
Semaine soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
spé.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
TPS	Travail et protection sociale
V.	Voir
V•	<i>Verbo</i>

SOMMAIRE

PARTIE 1. L'ANALYSE CONCEPTUELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

TITRE 1. Le cadre de la faute de fonction

Chapitre 1. Le cadre induit de la faute de fonction

Section 1. La nature des liens personnels

Section 2. Les sources des liens personnels

Section 3. L'objet des liens personnels

Chapitre 2. Le cadre déduit de la faute de fonction

Section 1. Un cadre fonctionnel

Section 2. Un cadre fonctionnel déterminé

TITRE 2. La définition de la faute de fonction

Chapitre 1. La définition induite de la faute de fonction

Section 1. Les critères de rattachement de la faute à la fonction

Section 2. Les critères de détachement de la faute de la fonction

Chapitre 2. La définition déduite de la faute de fonction

Section 1. Les résultats de l'analyse déductive du cadre de la faute de fonction

Section 2. Les enseignements de l'analyse comparatiste

PARTIE 2. L'ANALYSE FONCTIONNELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

TITRE 1. La faute de fonction réparatrice

Chapitre 1. Le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice

Section 1. Le fondement politique propre au régime de la faute de fonction réparatrice

Section 2. Le fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice

Chapitre 2. La mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice

Section 1. Le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice

Section 2. Le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice

TITRE 2. La faute de fonction sanctionnatrice

Chapitre 1. La sanction civile de la faute de fonction

Section 1. Le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

Section 2. La mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

Chapitre 2. La sanction pénale de la faute de fonction

Section 1. L'influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale

Section 2. L'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale

INTRODUCTION

« Les notions les plus abstraites, celles que le commun des hommes regarde comme les plus inaccessibles sont souvent celles qui portent avec elles une plus grande lumière. »

J. D'ALEMBERT, *Discours préliminaire à l'Encyclopédie*, 1951.

1. La faute de fonction : une réalité factuelle ? – C'est avec cette conviction que ce sont des plus obscures problématiques que naissent les plus éclairantes réflexions, qu'il faut entreprendre l'étude de la faute de fonction en droit privé. En effet la locution n'évoque généralement à l'homme de la rue comme au juriste qu'une bien maigre intuition de la réalité qu'elle désigne. En faire l'objet d'une thèse peut donc paraître bien incongru, comme ne correspondant ni à une nécessité de traiter d'un phénomène social, ni au besoin de revenir ou de se pencher sur une notion juridique connue. Pourtant, ici aussi, c'est la route qui surprendra, plus encore, peut-être, que la destination¹.

Certes, il n'est pas rare qu'au terme de « fonction » soient accolés des objets. Ainsi, « véhicule de fonction » et « logement de fonction » sont des locutions notoirement connues du grand

¹ Proverbe gitan selon lequel « c'est la route et pas la destination qui compte ».

public. Elles font souvent penser aux attributs du pouvoir, certainement en raison de la communication médiatique dont elles font l'objet². Pourtant, il s'agit plutôt d'accessoires nécessaires à la fonction exercée, que de véritables privilèges. En atteste le fait qu'un livreur de pizza dispose d'un véhicule de fonction ou que le concierge d'une résidence se voit parfois octroyer un logement de fonction. Quoi qu'il en soit, l'expression est source de représentations, mêmes parcellaires, pour le non-juriste.

La locution « faute de fonction » procède, pour sa part, de l'adjonction, au terme de « fonction », d'une inconduite – la faute. Loin de correspondre à une expression du langage courant, elle suscite deux réactions opposées du non-juriste. Dans le pire des cas, elle n'évoque aucune situation factuelle particulière tandis que dans le meilleur des cas, elle renvoie à des réalités très diverses. Or, cette dernière réaction pourrait être partagée par la communauté des juristes.

2. La faute de fonction : une réalité juridique ? – Si le langage courant ne connaît pas de ce type de locution, peut-être est-ce parce que cette expression appartient à la catégorie des locutions d'appartenance juridique exclusive³. C'est ce qu'il convient de vérifier en procédant à la recherche de ses traces en droit positif. Malheureusement, une telle démarche se révèle vaine car le groupe nominal n'y est aucunement mentionné, au contraire de la locution « faute de gestion », par exemple⁴. L'expression n'est pas davantage connue des lexiques juridiques. Dès lors, elle apparaît, en tant que telle comme un néologisme juridique.

Si la faute de fonction ne suscite pas immédiatement une représentation mentale de la situation de fait qu'elle pourrait désigner, elle n'est toutefois insondable ni pour le profane ni pour le juriste. Les termes qui composent le groupe nominal relèvent en effet d'une double appartenance, au langage courant et au langage juridique⁵. Ainsi, les dictionnaires de la langue française définissent-ils la faute comme « le fait de manquer à ce qu'on doit », « le manquement à une règle », « une manière d'agir maladroite ou fâcheuse »⁶ et la fonction comme « l'exercice d'un emploi, d'une charge »⁷. La définition de la faute n'est, dès lors, guère éloignée de celle des dictionnaires juridiques pour lesquels la faute est un « acte illicite supposant la réunion [...] d'un élément matériel [...] ; [...] d'un élément d'illicéité, la

² Les médias oscillent entre des enquêtes très poussées (!) sur la marque des voitures de fonction du Président de la République (V. par exemple H. LASBLEIS, *La saga des voitures présidentielles*, *Le Monde*, 11 mai 2005) ou de ses ministres ou sur la question du respect du Code de la route par le Président et les membres du gouvernement.

³ G. CORNU oppose les mots d' « appartenance juridique exclusive » aux mots « de double appartenance » (G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, n°16 et s.

⁴ Article 1873-5 du Code civil (à propos du gérant d'une indivision) ; article 1850 du Code civil (à propos du gérant de société civile) ; article L. 223-22 du Code de commerce (à propos du gérant de SARL) ; articles L. 225-251 et s. (à propos de l'administrateur et directeur général).

⁵ G. CORNU, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2011.

⁷ *Ibidem*.

violation d'un devoir, la transgression du Droit [...] ; [...] et d'un élément moral »⁸. En revanche, la fonction reçoit, dans ces derniers ouvrages, des définitions contingentes au domaine auquel elle est rattachée. Pour le droit public, la fonction serait ainsi l' « ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour le service » ou l' « ensemble des actes d'une même sorte concourant à l'accomplissement du service ». Pour le droit privé, elle désignerait l' « ensemble des pouvoirs et devoirs appartenant ès qualités, à l'organe d'un groupement »⁹.

La confrontation de ces définitions permet de penser que le langage courant peut admettre qu'une faute de fonction soit une inconduite commise dans ou à l'occasion de l'exercice d'un emploi ou d'une charge quels qu'ils soient, tandis que le langage juridique commande que ce manquement ne puisse avoir été commis que dans ou à l'occasion d'une charge publique ou au sein d'un groupement de droit privé (société, association ou syndicat par exemple). Partant, l'appréhension de la faute de fonction par le langage juridique semble incontestablement plus restrictive que celle du langage commun. Une telle situation doit être admise car le droit, en tant que science (humaine), emprunte une technicité nécessaire à son bon fonctionnement¹⁰.

Le langage juridique a-t-il cependant permis de circonscrire l'objet de l'étude de manière pertinente ? C'est à ce propos qu'il est permis de douter. Compte tenu de la restriction du sujet au droit privé, cette première orientation conduirait en effet à dresser le catalogue de l'ensemble des fautes qui pourraient être commises lors de l'exercice d'une fonction au sein d'un groupement, probablement de les classer par catégorie, éventuellement d'en tirer une définition générale. Or il n'est pas certain que l'étude n'ait pas déjà été menée *via* les recherches consacrées à la faute de gestion¹¹ et plus généralement à la responsabilité des organes des groupements¹². Il est alors possible de comprendre le sujet, différemment, à condition de tenir compte de la mention au droit privé.

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011, V° Faute.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ G. WIEDERKHER, *La droit et le sens des mots* in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p.571.

¹¹ Par exemple, F. CHERCHOULY-SICARD, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion*, thèse Paris, 1982 ; S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001.

¹² De manière non exhaustive : J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Bib. de droit commercial, t. 27, 1974 ; F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p.25 ; I. GROSSI, *Le devoir des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, thèse Aix-Marseille, 1998 et *La responsabilité des dirigeants* in *Colloque Entreprise et responsabilité civile*, Dr. et Patrimoine 2003, p.50 ; A. MARTIN-SERF, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil* in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p.385 ; J.-P. METIVET, *Les articles 52 alinéa 1^{er} et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers* in *Rapp. C.cass. pour l'année 1998*, p.111 ; B. PETIT, Y. REINHARD, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com. 1997, p.282 ; J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 517, 2010 ; E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 302, 1998 ; R. VATINET, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p.247 ; D. VIDAL, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, CDE, 2001, p.16 – Adde, Y. GUYON, B. LE BARS, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, J.-Cl. Société, fasc. 132-10, 2011.

3. Faute de fonction et faute de service. – Une seconde orientation de la recherche est possible. La faute de fonction pourrait non plus correspondre à une terminologie commode pour désigner un ensemble de fautes aux contours et régimes disparates, mais désigner une catégorie particulière de faute répondant à des critères et à un régime commun. Plus encore que l'orientation précédente, celle-ci donnerait tout son sens à l'emploi de l'article défini « la » devant la locution « faute de fonction ».

Une telle appréhension n'est alors pas sans rappeler la faute de service, instrument notoire, si ce n'est nœud gordien, de la responsabilité administrative pour faute¹³. Même si la définition de la faute de service reste encore sujette à caution et si elle est, par ailleurs, bien davantage définie de manière négative par rapport à son *alter ego* – la faute personnelle –, la notion existe et donne lieu à un régime de responsabilité bien typé.

En droit administratif, la qualification de faute de service de l'agent public emporte deux conséquences juridiques : en premier lieu, cette faute provoque la compétence juridictionnelle de l'ordre administratif et l'engagement de la responsabilité de l'Etat ; en second lieu, elle fait obstacle à l'engagement de la responsabilité personnelle de l'agent¹⁴. La faute de service s'oppose alors à la faute personnelle, qui autorise la compétence de l'ordre judiciaire pour statuer sur la responsabilité civile de l'agent public, aux conditions des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Si l'apparition de la faute de service est postérieure à l'admission de la responsabilité étatique – soit postérieure à l'arrêt *Blanco*¹⁵ –, il est très remarquable que cette faute relève des plus anciennes « institutions » du droit de la responsabilité administrative puisqu'elle semble avoir été consacrée la même année par l'arrêt *Pelletier*¹⁶. Faute de service et faute personnelle sont alors prioritairement conçues comme des instruments de répartition de compétence juridictionnelle entre l'ordre administratif, amené à connaître de la responsabilité de l'Administration pour faute de service, et l'ordre judiciaire, statuant sur la responsabilité personnelle de l'agent pour faute personnelle. Cependant, la qualification de faute de service implique inexorablement la seule mise en cause de l'Administration, de sorte qu'elle constitue

¹³ La matière connaît également de régimes de responsabilité sans faute. Ces régimes sont généralement apparus sous l'impulsion de la jurisprudence, le « dernier-né » étant, semble-t-il, la responsabilité administrative fondée sur la garde d'autrui initiée par le Conseil d'Etat dans une décision du 11 février 2005, *GIE Axa Courtage* (R. 45 ; AJDA 2005, p.663, note ROUAULT ; RTD civ. 2005, p.585, note J. HAUSER – D. MEILLON, *Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui*, RDP 2006, p.1221). – Pour un aperçu exhaustif de la question, V. not. F. VINCENT, *Responsabilité sans faute*, J.-Cl. Administratif, fasc. 824, 2008.

¹⁴ H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse Paris, 1922 ; J. DEFRESNOIS, *La faute du service public*, thèse Bordeaux, 1937 ; D. RASY, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, LGDJ, Bib. de droit public, t. 43, 1963 ; M. PAILLET, *Recherches sur la faute du service public dans le droit administratif français contemporain*, LGDJ, Bib. de droit public, t. 136, 1980.

¹⁵ TC, 8 février 1873, R. 61, concl. R. DAVID – Confirmation de l'arrêt *Rotschild*, CE 6 décembre 1855, R. 707.

¹⁶ TC, 30 juillet 1873, GAJA n°2 ; D. 1874, p.5, concl. R. DAVID – La terminologie de faute de service apparaît en réalité plus tard dans le contentieux, V. *infra* n°359.

également un instrument de répartition du poids de la dette de réparation. Participant de l'évolution globale du régime de responsabilité administrative, la faute personnelle a, pour sa part, connu un destin beaucoup plus original. Cette catégorie de fautes a, effectivement, été diversifiée, avec l'objectif presque non dissimulé de permettre aux victimes de ces fautes de bénéficier de la garantie de l'Administration. Pour admettre l'action en responsabilité de la victime contre l'Etat devant la juridiction administrative, il importera peu, en effet, que la faute de l'agent public ait été simplement « détachable du service » et il suffira qu'elle ait été « non dépourvue de tout lien avec le lien avec le service ». Sans être véritablement des fautes de services, ces fautes personnelles leur empruntent donc une part non négligeable de leur régime. Elles sont cependant bien distinctes des fautes de service *stricto sensu* puisqu'elles peuvent également être à l'origine d'une action en responsabilité civile de l'agent devant une juridiction judiciaire et, par ailleurs, d'une « action récursoire »¹⁷ de l'administration. Or, un tel régime, articulé autour du rattachement de la faute au service semble, avoir fait des émules en droit privé de la responsabilité extracontractuelle.

4. Indices du droit positif en faveur de l'importation d'un avatar de la notion de faute de service et de son régime. – Si la locution « faute de fonction » n'est pas présente en droit positif, ce dernier connaît cependant de régimes de responsabilité très précisément ordonnés autour de la faute de fonction. Plus particulièrement, il s'agit d'identifier des régimes portant deux stigmates. Le premier stigmate réside dans le double effet produit par la faute commise : l'irresponsabilité de celui qui l'a commise et/ou la responsabilité d'un autre sujet de droit. Le second stigmate consiste dans la prééminence du rôle du rattachement de la faute aux fonctions exercées dans la survenance de ces effets.

5. Indices flagrants dans le régime de responsabilité du commettant du fait de ses préposés. – Depuis 1804, la responsabilité civile du commettant du fait de ses préposés est prévue à l'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil¹⁸. Selon ce texte, le commettant est responsable « du dommage causé par [ses] [...] préposés dans les fonctions auxquelles il[...] les [a] employés ». Très rapidement, l'application de ce texte a donné lieu à de nombreuses circonvolutions tant s'est avéré difficile de faire le départ entre les fautes commises dans les fonctions et celles qui ne l'avaient pas été. Ainsi, les juges ont-ils dû répondre à l'argument des commettants mis en cause, selon lesquels le préposé avait désobéi à ses ordres et plus

¹⁷ Cette « action en remboursement » sera concrètement exercée selon la technique dite de l'état exécutoire c'est-à-dire que l'Administration émettra un titre de perception dont la régularité pourra être contestée par l'agent public devant les juridictions administratives (TC, 26 mai 1954, *Moritz*, R. 708 ; S. 1954, p.85, concl. LETOURNEUR ; JCP A 1954, n°8334, note G. VEDEL ; D. 1955, p.385, note R. CHAPUS) ou plus exceptionnellement devant le juge judiciaire (article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire à propos des magistrats).

¹⁸ Pour un historique de cette responsabilité, V. J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°137.

généralement avait commis un « abus de fonction »¹⁹. Cet « abus de fonction » correspondait-il à une faute commise « dans les fonctions » ou non ? Pas moins de cinq interventions de la Cour de cassation en formation solennelle furent nécessaires²⁰, pour que, finalement, une décision règle plus ou moins définitivement la question²¹ en affirmant que « le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions »²². Autrement dit, le commettant est bien responsable des abus de fonction de ses préposés²³. Si de « faute de fonction » il pouvait déjà être question, il faut reconnaître qu'elle ne constituait qu'un embryon de la faute de service du droit administratif²⁴, puisqu'elle ne remplissait pas un office de répartition de responsabilités entre le commettant et le préposé. En effet, la responsabilité personnelle du préposé était maintenue pour les fautes qu'il commettait dans ses fonctions. Après de nombreuses années de *statu quo* sur ce point, la jurisprudence allait cependant initier une révolution.

La première phase de cette révolution débute par un arrêt de la chambre commerciale du 12 octobre 1993, dit arrêt *Rochas*²⁵. Dans cette affaire, une société avait agi en responsabilité civile contre une autre société et deux de ses préposés, suite aux agissements de concurrence déloyale dont elle avait été victime. La Cour d'appel avait retenu la responsabilité de la société mais avait exclu celle des préposés. C'est pourquoi un pourvoi avait été formé par la société victime. La chambre commerciale confirma la décision de la Cour d'appel aux motifs qu'aucune faute personnelle des préposés n'avaient été démontrée puisque ces derniers avaient « agi dans le cadre de la mission qui leur était impartie par leur employeur et qu'il n'était pas établi qu'ils en avaient outrepassé les limites ». Cette solution, qui aurait pu rester d'espèce, fut en quelque sorte²⁶ confirmée et confortée par un arrêt de l'Assemblée plénière : l'arrêt

¹⁹ La question a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux mais également d'études spécifiquement dédiées à la question : par ex. V. AMOUROUX, *La responsabilité civile du commettant et l'abus de fonction*, thèse Bordeaux, 1975 ; P. GRAFTIEUX, *L'abus de fonction et la responsabilité des commettants*, Thèse Paris, 1959.

²⁰ Ch. Réunion, 9 mars 1960 (D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE) – AP 10 juin 1977 (D. 1977, p.465, note C. LARROUMET ; JCP 1977, II, 18730, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1977, p.774, obs. G. DURRY) – AP, 17 juin 1983 (JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS ; RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS) – AP, 15 novembre 1985 (JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, chron. Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET) – AP, 19 mai 1988 (D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN).

²¹ Le contentieux dit de l'«abus de fonction» n'a pas totalement été expurgé, ainsi qu'en attestent les nombreuses interventions de la Cour de cassation en la matière.

²² AP, 19 mai 1988, réf. préc.

²³ P. BRUN, *Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire* in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de P. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.117, spé. p.118-119. Il en résulte qu'il faudrait cesser de concevoir l'«abus de fonction» comme une cause d'exonération du commettant. Sur ces points, V. *infra* n°237 et 578.

²⁴ V. cependant la comparaison opérée par R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953

²⁵ D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT.

²⁶ V. *infra* n°23.

Costedoat du 25 février 2000²⁷. Cette fois, une société avait été chargée de répandre par hélicoptère un herbicide. En raison du mauvais temps, l'herbicide avait contaminé les propriétés voisines des champs concernés. La liquidation judiciaire de la société ayant été prononcée, les propriétaires avaient dirigé leur action en responsabilité civile contre le préposé. Ils n'eurent finalement pas gain de cause car, à cette occasion, l'Assemblée plénière posa très clairement le principe selon lequel « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ». Depuis lors, et malgré les restrictions qui seront apportées à cette règle²⁸, il existe bien une catégorie de fautes de fonction déclenchant d'une part la responsabilité civile du commettant et d'autre part l'irresponsabilité civile du préposé. Outre qu'une telle solution bouleverse considérablement l'état du droit de la responsabilité du commettant et de la responsabilité personnelle pour faute, la similarité de la faute de fonction du préposé avec la faute de service en devient frappante. Il en résulte déjà la possibilité de recentrer l'étude sur l'orientation du droit privé vers un avatar de la faute de service.

Or, cette possibilité pourrait se commuer en nécessité s'il était établi qu'une telle catégorie de faute préside également à d'autres régimes de responsabilité de droit privé. Il n'est pas exclu que le régime de responsabilité civile des dirigeants de groupements appartienne à ceux-là.

6. Indices possibles dans le régime de responsabilité civile des dirigeants de groupements. – En cette matière également, le droit positif semble parfois s'être orienté vers l'importation de la faute de service. En effet, tandis que les tiers avaient toujours eu le loisir de rechercher la responsabilité du dirigeant d'un groupement sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil ou sur le fondement de textes spéciaux substantiellement plus ou moins proches de la *clausula generalis*²⁹, la jurisprudence a progressivement évolué. D'abord, la Cour de cassation exigea que ces tiers fissent la démonstration d'une « faute extérieure à l'exécution du contrat conclu entre la société et la victime »³⁰ puis d'une « faute extérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat »³¹. Une telle jurisprudence pouvait alors être comprise de deux façons : soit il s'agissait de l'application pure et simple de la relativité des conventions, qui obligeait les tiers au contrat qui souhaitaient se prévaloir de son inexécution à démontrer que l'inexécution revêtait les caractères d'une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur³² ; soit il s'agissait d'une solution beaucoup plus radicale visant à rendre non invocable toute faute relative à la conclusion et à l'exécution

²⁷ D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN.

²⁸ V. *infra* n°250.

²⁹ V. *infra* n°447.

³⁰ Civ. 1, 31 mai 1978, B. n°213.

³¹ Com. 8 mars 1982, Rev. sociétés 1983, p.573, note Y. GUYON – Com. 4 octobre 1988, arrêt *Lepoivre*, Rev. sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN.

³² V. *infra* n°404 à propos de l'évolution de cette jurisprudence.

du contrat, peu important qu'elle constitue également une faute délictuelle. Quelle qu'aient été les velléités d'alors de la chambre commerciale, peu de temps plus tard, en 1991, la Cour de cassation intronisait la « faute séparable des fonctions » comme condition d'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers³³. Une interprétation *a contrario*³⁴ de cet arrêt et de ceux qui suivront³⁵ indique que le droit positif reconnaît l'irresponsabilité civile du dirigeant pour ses fautes de fonction. Il en résulte une possible orientation vers l'introduction d'une sorte de faute de service en la matière puisque l'immunité du dirigeant semble essentiellement dépendre du rattachement de sa faute aux fonctions. Ceci est d'autant plus remarquable que cette même faute pourrait bien engager la responsabilité du groupement personnifié.

Celle-ci n'est prévue par aucun texte mais a été admise, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, par la Cour de cassation. En affirmant que « la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes »³⁶, elle autorise que la faute de fonction du dirigeant entraîne sa mise en cause. Ainsi, les deux stigmates de la faute de service semblent là aussi présents.

A cet égard, le droit français semble exprimer une relative singularité, ce que le survol rapide d'autres systèmes juridiques permet de démontrer.

7. Faute de fonction et droit comparé. – Sans être exhaustifs³⁷, les développements à suivre permettront de dessiner l'orientation générale de quelques systèmes juridiques étrangers quant à l'existence d'une faute de fonction telle que conçue par la présente étude.

Le droit allemand donne une bonne indication des sorts juridiques distincts réservés à la « faute de service » des fonctionnaires et à la « faute de fonction » des préposés et dirigeants de groupements. Ainsi, la Loi fondamentale allemande dispose en son article 34³⁸ que

³³ Com. 22 janvier 1991, RFC mai 1991, p.62 note P.REIGNE.

Plus tôt, la faute détachable des fonctions avait fait une entrée remarquée dans la jurisprudence des juges du fond, cependant que la Cour de cassation cassait alors leurs décisions (par ex. Com. 28 novembre 1961, JCP 1962, II, 12504, note J.R. ; RTD com. 1962, p.425, obs. P. RODIERE). La chambre sociale semblait ensuite s'être accommodée de cette catégorie de faute puisqu'elle avait approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité du président d'un syndicat aux motifs qu'ils « avaient pu estimer que [le président] avait, bien qu'ayant agi en qualité de président, commis une **faute personnelle détachable de ses fonctions** » (Soc. 9 avril 1975, B. n°174 ; RTD civ. 1976, p.137, obs. G. DURRY), comme si la condamnation obtenue rendait l'immixtion de la faute détachable des fonctions supportable (pour une autre analyse, V. G. DURRY, réf. préc., p.139). Cependant, ce n'est effectivement qu'en 1991 que la Cour de cassation a fait découler de l'absence de faute détachable des fonctions l'irresponsabilité du dirigeant.

³⁴ A propos des précautions qu'il convient de prendre envers cette méthode d'interprétation, V. E. AGOSTINI, *L'argument a contrario*, D. 1978, p.151.

³⁵ Parmi les principaux : Com. 27 janvier 1998 arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.392, note J.-C. HALLOUIN ; D. 1998, p.605, note D. GIBIRILA ; Bull. Joly 1998, § 173, p.535, note P. LE CANNU – Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ, 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

³⁶ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261, RTD civ. 1968, 149, obs. G. DURRY ; Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108.

³⁷ Les propos se concentreront sur les droits nationaux de quelques pays européens, représentatifs de traditions juridiques différentes.

³⁸ V. également § 839 BGB.

« lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe **par principe**³⁹ à l'Etat ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve. L'action récursoire demeure possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. Le recours devant les tribunaux ordinaires ne doit pas être exclu pour l'action en dommages-intérêts ni pour l'action récursoire ». Selon la doctrine, le droit allemand « transfère » ainsi la responsabilité personnelle de l'agent à l'Administration⁴⁰. Si l'agent fautif reste tenu de réparer le dommage, aux côtés de l'Etat⁴¹, ce n'est que sous certaines conditions. Ainsi, n'est-il tenu d'indemniser la victime que lorsqu'il a causé un dommage à un tiers par une faute intentionnelle ou grave ou, quand il n'a agi que par négligence, si la victime ne peut être indemnisée par ailleurs⁴².

La faute du préposé, quant à elle, pourra être génératrice de la responsabilité de son commettant⁴³ mais sera également source de responsabilité civile pour le préposé, qui ne bénéficie d'aucune protection juridique. Enfin, la faute du dirigeant d'un groupement est susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier, pourvu qu'il soit doté de la personnalité juridique⁴⁴. Mais ici encore, la responsabilité du dirigeant ou du représentant n'est pas explicitement écartée par le Code civil⁴⁵.

Ce panorama du droit allemand n'est guère éloigné de celui des autres droits nationaux. Ainsi, la plupart d'entre eux consacrent bien une responsabilité du commettant du fait de ses préposés⁴⁶ mais ne connaissent pas de l'irresponsabilité civile du préposé. A cet égard, le droit belge fait montre d'une certaine originalité puisque depuis une loi du 3 juillet 1978, il offre une protection directe au préposé. Selon l'article 3 de la loi de 1978, « en cas de dommage causé par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel ». S'il n'est nullement fait mention de la

³⁹ Nous soulignons.

⁴⁰ U. STELKENS, *Le développement de la responsabilité administrative en droit allemand*, disponible sur la page : http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2009/Contribution_Ulrich_Stelkens_nov_09.pdf

⁴¹ M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, coll. Mémento Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, p.49.

⁴² F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis, 1997, n°402 – Le § 839 du BGB qui prévoit la responsabilité délictuelle personnelle du fonctionnaire pour violation de ses obligations professionnelles envers un tiers quand l'obligation violée avait pour but de protéger les intérêts des tiers.

⁴³ § 31 BGB – R. LEGEAIS, *L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand. Observations comparatives, juridiques et économiques in Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER.*, PUF, 1992, p.303

⁴⁴ Le § 31 du BGB prévoit que la personne morale « est responsable pour le dommage causé à un tiers par le directeur, un membre du directoire ou un autre représentant statutaire, si ce dernier a, dans le cadre de sa mission, commis un fait l'obligeant à réparation » (R. LEGEAIS, M. PEDAMON, *Code civil allemand*, Dalloz, coll. Juriscope, 2010).

⁴⁵ La portée de cet article n'est pas identique à la jurisprudence ayant consacré la responsabilité civile de la personne morale en France. En effet, nombreuses sont les sociétés allemandes ne disposant pas de la personnalité juridique, à l'inverse de leurs homologues françaises (par exemple, les sociétés civiles et les sociétés en commandite simple). Dans ces hypothèses, seul le dirigeant fautif sera responsable (F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis, 1997, n°727).

⁴⁶ Par exemple, les droits allemand, espagnol, néerlandais, suisse, anglais, canadien, brésilien, russe, japonais (M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, coll. Mémento, 6^{ème} éd., 2009).

faute de fonction du préposé, l'interprétation opérée par la jurisprudence belge du lien entre la faute et l'exécution du contrat de travail, l'en rapproche cependant quelque peu⁴⁷.

Il est bien plus difficile de savoir avec précision le contenu du régime de la responsabilité civile de la personne morale à l'étranger, même s'il est parfois affirmé que l'imputation directe des fautes des organes aux personnes morales est courante⁴⁸, rapprochant là-encore la situation française de celle des autres pays.

Finalement, il ressort des différents droits nationaux une certaine hostilité à reconnaître la faute de fonction en droit privé, ainsi qu'en attestent les travaux de l'*European Group on Tort Law*. Les principes du droit européen de la responsabilité civile, fruit des réflexions de l'*European Group on Tort Law*, constatent bien une « forme d'immunité » protégeant les fonctionnaires dans la plupart des pays européens et se refusent à proposer de quelconques recommandations sur ce point⁴⁹. En revanche, cette neutralité est, abandonnée s'agissant de l'irresponsabilité civile du préposé, qui n'a pas les faveurs du groupe de travail⁵⁰.

A l'heure de la possible confrontation entre l'émergence de principes européens et la révision de nombreux droits nationaux⁵¹, l'adoption de la faute de fonction en droit privé français pourrait bien bouleverser ce relatif consensus européen.

Bien qu'il ait conduit à un apparent échec, ce très lapidaire exposé de droit comparé a permis de constater que la plupart des pays ont institué une responsabilité du commettant du fait de ses préposés. Puisque la faute de fonction semble avoir été en germe dès l'origine dans ce régime, en droit français⁵², ces systèmes juridiques pourraient peut-être nous en apprendre davantage sur celle-ci⁵³.

La velléité d'une analyse comparatiste ne doit donc pas être tout à fait abandonnée, même si elle ne peut constituer l'axe principal de l'étude. Le même constat s'impose s'agissant d'une possible étude comparatiste entre droit administratif et droit privé.

8. Possibilité d'une étude comparatiste entre faute de service et faute de fonction ? –

Bien que certains régimes de responsabilité de droit privé semblent s'orienter vers l'importation de la faute de service, une étude purement comparatiste, entre la faute de service du droit administratif et la faute de fonction du droit privé, serait ici inadaptée. En effet, l'enjeu principal du sujet et de vérifier l'existence d'une institution d'origine administrativiste dans la matière du droit privé. Il convient donc de concentrer les développements autour de

⁴⁷ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 520, n°568.

⁴⁸ O. MORETEAU, *La responsabilité du fait d'autrui* in *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2011, p.160, spé. p.170.

⁴⁹ Les membres de ce groupe notent en effet la grande influence de l'héritage historique et culturel en la matière (O. MORETEAU, *op. cit., loc. cit.*).

⁵⁰ O. MORETEAU, *op. cit., loc. cit.*

⁵¹ B. WINIGER (éd. par), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révisions nationales et principes européens*, Schulthess, 2008.

⁵² V. *supra*, n°5.

⁵³ Sur ce point, V. *infra* n°313 et s.

cette discipline, appréhensible grâce à la « vieille polarité »⁵⁴ entre droit public et droit privé autour de laquelle s'ordonnent non seulement la pratique mais également l'enseignement⁵⁵ du droit français⁵⁶.

9. Limitation du champ de la recherche au droit privé. – « Le droit public a pour objet l'organisation de l'Etat et des personnes morales qui en dépendent, ainsi que leurs rapports avec les particuliers. Il comprend plusieurs subdivisions : droit constitutionnel, droit administratif, droit financier (finances publiques). Le droit privé a pour objet des personnes privées entre elles, des personnes privées comprenant à la fois des personnes physiques (les individus, les particuliers) et les personnes morales »⁵⁷.

De cette définition synthétique, plutôt consensuelle, découle un champ d'investigation apparemment fort vaste, mais également incertain. En effet, la scission ainsi justifiée n'a jamais permis de déterminer fermement l'appartenance du droit pénal. Tandis que certains dictionnaires semblent renoncer à toute classification, n'indiquant que la variation de l'appartenance de cette matière à l'une ou l'autre des disciplines au gré de l'histoire⁵⁸, une partie de la doctrine note que l'impossibilité d'intégrer le droit pénal dans le système binaire ainsi mis en place est le signe de son originalité⁵⁹.

Conceptuellement, il est, de prime abord, permis de proposer un rattachement au droit public⁶⁰ puisque le droit pénal, en tant que droit de la sanction, régit les relations entre Etat et particulier⁶¹. Certains auteurs considèrent, au contraire, que le droit pénal n'appartient pas exclusivement à l'une des deux branches du droit. Partant du postulat que le droit sanctionnateur est nécessairement de droit public puisque l'Etat détient le monopole de la sanction, ils jugent que seules les règles du droit déterminateur permettent de ventiler la discipline à l'intérieur de la *summa divisio*⁶². De ceci résulterait que les infractions commises

⁵⁴ J.-B. AUBY, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français* in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004, p.19.

⁵⁵ J. CAILLOSSE, *Droit public – droit privé. Sens et portée d'un partage académique*, AJDA 1996, p.955.

⁵⁶ Pour une approche comparatiste, V. *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004 – La polarité est connue d'autres droits comme le droit allemand, par exemple.

⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, tome I, PUF *Quadrige Manuels*, 2004, n°64, p.109.

⁵⁸ A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, V° Droit privé/public.

⁵⁹ R. GASSIN, *Problèmes actuels de science criminelle*, PUAM, 1991, p.52.

⁶⁰ O. BEAUD, *La distinction droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques* in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004, p.29, spé. p.41 ; M. KÖHLER, *Le droit pénal entre public et privé* in *Le privé et le public*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1997, t.41, p.199.

⁶¹ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2002, n°31.

⁶² C. EISENMANN, *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle)*, RDP 1952, p.903, spé. p.965.

par des particuliers contre d'autres particuliers sont de droit privé tandis que les infractions commises contre l'Etat sont de droit public⁶³.

Plus prosaïquement, il convient pourtant de noter que le droit pénal relève de la compétence des tribunaux judiciaires, et qu'ainsi il relève de l'ordre judiciaire privé, bref du droit privé⁶⁴. Ainsi, alors même que le droit répressif n'a pas été abordé, comme portant les stigmates d'une faute de fonction, il devra faire l'objet des mêmes attentions que les matières classiquement admises au sein du droit privé.

A l'inverse, et pour les mêmes raisons, le droit fiscal pourra être écarté des développements à suivre⁶⁵. Comme le droit pénal, le droit fiscal est le lieu de la rencontre du droit public et du droit privé⁶⁶, ce qui en ferait un « droit mixte »⁶⁷. Son appartenance au droit public n'est ici admise qu'en raison de la compétence des juridictions administratives. De surcroît, la « faute de fonction fiscale » aurait prioritairement concerné les dirigeants de groupement⁶⁸.

Si cette bipolarité permet de circonscrire l'étude de la faute de fonction dans des limites raisonnables, n'est-elle pas le tout premier obstacle à la transposition d'une institution de droit administratif dans la branche du droit privé ?

10. Bipolarité : obstacle à l'existence d'une faute de fonction de droit privé ? – Selon certains auteurs, sous les oripeaux d'une distinction n'ayant qu'une portée pratique – de détermination de la compétence juridictionnelle – se dissimulerait une distinction conceptuelle, essentielle⁶⁹. Dès lors, celle-ci ne devrait-elle pas s'opposer à la transposition d'une notion et de son régime d'une branche à l'autre ? Cette transposition ne participe-t-elle pas, dans une certaine mesure à l'étiollement de la séparation du droit en deux branches distinctes ? De longue date, la doctrine a exprimé ses craintes d'une « publicisation du droit »⁷⁰, laquelle était perçue comme une atteinte aux libertés publiques⁷¹. Or l'introduction d'une institution telle que la faute de service en droit privé ne constitue-t-elle pas une « invasion du droit public »⁷² d'un nouveau genre ?

⁶³ C. EISENMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴ *Contra*, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2012, n°101.

⁶⁵ Le droit fiscal fait partie, pour certains auteurs, d'une catégorie plus vaste : celle du droit des finances publiques (P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, coll. Manuel, 13^{ème} éd., 2011, n°268).

⁶⁶ P. MALINVAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷ L'expression est empruntée à J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14^{ème} éd., 2012, n°51.

⁶⁸ A propos de la responsabilité fiscale du dirigeant : J.-Cl. Société Traité, fasc. 43-30 ; G. LEGRAND, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, Litec, 2003 ; F. PILLET, *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés*, JCP 1989, I, 3401.

⁶⁹ J.-B. AUBY, *op. cit.*, p.20 et s.

⁷⁰ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°11.

⁷¹ Pendant longtemps, le droit public a, en effet, été perçu comme celui de la contrainte alors que le droit privé permettait l'épanouissement des libertés individuelles. Il est vrai que le droit public est celui de l'exorbitance (E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011) bien que celle-ci doive être relativisée.

⁷² R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945, 2^{ème} éd., 1950.

Cette crainte peut et doit être écartée s'agissant de la faute de fonction.

En premier lieu, ce que redoutaient les opposants à la « publicisation » du droit était principalement l'immixtion des agents publics dans les rapports privés⁷³. Or de cette ingérence, il ne sera aucunement question ici. Comme l'a résumé un auteur, « le code [...] après avoir subi la révolte des faits, subit, maintenant, la révolte du droit »⁷⁴, et c'est précisément de cette problématique que relève l'intronisation de la faute de fonction en droit privé.

En second lieu, ce que doit prioritairement faire redouter cette voie atypique d'évolution du droit privé, est l'inadéquation du régime de droit public au régime de droit privé. Or tout le droit public n'est pas un droit spécial, différent du droit commun⁷⁵. Il arrive, au contraire, que droit public et droit privé convergent en certains domaines. Pour jauger de la possibilité de transposer la faute de service en droit privé, il faut donc chercher si la faute de fonction ne relève pas d'un domaine précis de cette branche.

Assurément, la faute de fonction, tout comme la faute de service, est très logiquement amenée à produire ses effets dans le contentieux de la responsabilité⁷⁶.

Plusieurs arguments concourent à rendre cette restriction possible. De prime abord, c'est la nature même de la faute de fonction qui l'induit. Quelle que soit la définition technique qui sera retenue, il est certain qu'une faute de fonction est essentiellement un comportement illicite, lequel a pour principale conséquence, l'engagement d'une responsabilité juridique⁷⁷. Le domaine au sein duquel les indices de l'émergence de la faute de fonction en droit privé ont été découverts, confirme ce premier argument. Il n'a ainsi été question de faute de fonction qu'au sein de régimes de responsabilité, plus précisément de responsabilité civile délictuelle.

Or, les différentes études dédiées à la comparaison entre les règles de responsabilité du droit privé et celles du droit public⁷⁸ ont bien davantage montré la convergence de ces régimes que leur divergence⁷⁹. L'affirmation de l'autonomie du droit de la responsabilité administrative par l'arrêt *Blanco*⁸⁰ n'annonçait pas un tel augure⁸¹. Celui-ci est pourtant confirmé par un auteur

⁷³ G. RIPERT, *op. cit.*, n°12.

⁷⁴ J. FLOUR, *L'influence du droit public sur le droit privé*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, 1946, p.40.

⁷⁵ J.-B. AUBY, *op. cit.*, p.22.

⁷⁶ Cela conforte également la pertinence de confronter la faute de fonction au droit pénal, tout entier absorbé par la problématique de la responsabilité

⁷⁷ La faute peut avoir d'autres conséquences, notamment en droit du travail. Dans cette matière, elle peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il n'est pas exclu, cependant, qu'il ne s'agisse pas, alors, d'une forme de « responsabilité » disciplinaire (V. *infra* n°639).

⁷⁸ R. BENHAM, *La responsabilité sans faute en droit privé et public*, éd. Arti grafiche, 1953 ; G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, éd. La Mémoire du droit, coll. de la Faculté Jean Monnet, 2010 ; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953 ; O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LGDJ, coll. Varenne, 2008.

⁷⁹ C. GUETTIER, *Responsabilité administrative et Responsabilité civile : destins croisés* in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, RCA 2001, HS n°6 bis, p.30.

⁸⁰ TC, 8 février 1873, réf. préc. : « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier. »

ayant constaté que si la solution de l'arrêt *Blanco* avait été inversée et que le droit privé de la responsabilité civile avait dû s'appliquer dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, la situation de droit n'en aurait pas été révolutionnée⁸². Il n'y a donc *a priori* pas de raison de refuser de s'interroger sur la pertinence de transposer la faute de service en droit privé. En définitive, « il n'y a pas [...] à se formaliser, selon le cas, d'une « publicisation » du droit privé, ou d'une « privatisation » du droit public. Seuls comptent, là comme ailleurs, l'utilité de la règle et le bien-fondé de la solution qu'elle consacre »⁸³.

L'idée d'une transposition de la faute de service en droit privé n'étant pas nouvelle⁸⁴, laisse présager d'un avenir possible de la faute de fonction en droit privé. La prudence doit cependant rester de mise car la transposition qu'il est question d'opérer ici est apparemment plus ambitieuse.

11. Domaine élargi de la transposition d'un émule de la faute de service en droit privé. – Les indices du droit positif semblent, indiquer que la responsabilité contractuelle pourrait être exclue de l'étude. Au demeurant, les hésitations de la doctrine quant au concept même de responsabilité contractuelle⁸⁵, participent de ce mouvement d'exclusion. Pourtant, trois raisons s'opposent à une discrimination *a priori* de la responsabilité contractuelle. D'abord, le concept de responsabilité contractuelle ne semble pas avoir été démenti par le droit positif, bien au contraire⁸⁶, de sorte que la sanction d'une inexécution contractuelle par l'octroi de dommages et intérêts continue à relever du domaine de la responsabilité, ne serait-ce que contentieusement. Ensuite, si la faute de fonction n'est actuellement visible que dans des régimes de responsabilité délictuelle, cela ne signifie pas qu'elle ne peut absolument pas s'exprimer, également, dans un régime de responsabilité contractuelle⁸⁷. Pour l'affirmer, il faut que les raisons de sa présence en droit de la responsabilité délictuelle ne puissent être transposées dans la sphère contractuelle. Or, précisément, ces raisons ne sont pas connues et devront, à ce titre, être au cœur de l'étude entreprise. Enfin, et sans qu'il soit nécessaire de

⁸¹ Dans l'arrêt *Blanco*, le Tribunal des conflits affirmait que « cette responsabilité [...] a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

⁸² D. CHABANOL, *Et si la solution de l'arrêt Blanco avait été inversée ?* in *De l'intérêt de la summa divisio doit public-droit privé ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.285.

⁸³ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^{ème} éd., 2010, n°44.

⁸⁴ B. PUIILL, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif ?*, JCP 1996, I, 3939.

⁸⁵ P. REMY, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997 p.323 ; D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle* in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p.429 ; G. VINEY, *La responsabilité contractuelle en question ?* in *Le contrat à la fin du XXe siècle, Etudes en l'honneur de Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001 p.921 – Pour davantage de références, V. *infra* n°74.

⁸⁶ V. *infra* n°74.

⁸⁷ Selon certains auteurs, l'abus de fonction pourrait jouer un rôle dans le régime dit de « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°791-2 ; D. TARDIEU-NAUDET, *L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé*, RRJ 1970-1980, p.99-128 et RRJ 1981, p.80-93). – Sur ce qu'il peut être dit de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, V. *infra* n°74.

développer ici la question⁸⁸, les régimes de responsabilité apparemment concernés par la faute de fonction en droit positif s'inscrivent au sein de relations personnelles qui peuvent être de nature contractuelle. Ainsi, le préposé est-il susceptible d'être lié au commettant par un contrat de travail. Pourquoi la faute de fonction ne pourrait-elle pas, alors, également concerner les rapports entre commettant et préposé ? En droit administratif, la qualification de faute de service ou de faute personnelle est en effet opératoire tant dans les relations contentieuses avec les tiers que dans les relations internes entre Administration et agent⁸⁹. Là encore, l'éviction de cette question n'est possible qu'une fois que sera découvert pourquoi l'usage jurisprudentiel de la faute de fonction est réservé à l'action en responsabilité du tiers à la relation commettant-préposé ou à la relation personne morale-organe.

En somme, et pour le moment, il ne faut confiner la faute de fonction ni à la responsabilité délictuelle, ni à la responsabilité actionnée par un tiers à la relation commettant-préposé ou à la relation personne morale-organe.

12. Obstacles à l'existence d'une faute de fonction en droit privé. – Il faut donc en revenir au principal argument d'une possible transposition de la faute de service en droit privé : les analyses du droit administratif peuvent parfaitement se montrer pertinentes en droit privé, pourvu qu'elles en épousent les logiques. Or, si l'argument permet de surmonter l'obstacle d'une bipolarité conçue de manière trop rigide, elle est loin de mettre fin à la polémique question de l'introduction de la faute de fonction en droit privé. Bien au contraire, elle est susceptible de constituer le point d'ancrage de nombreuses objections tenant, d'une part au contexte juridique particulier dans lequel intervient la faute de fonction, et d'autre part au contexte juridique général dans lequel la faute de fonction devrait évoluer. En définitive, la faute de fonction sera l'occasion de questionner la place de la faute de fonction dans le régime juridique des préposé et dirigeant de groupement (**I.**) et la place de la faute de fonction dans le droit de la responsabilité en général (**II.**)

I. La place de la faute de fonction dans le régime juridique des préposé et dirigeant de groupement

13. Premier obstacle : différences entre les agents concernés par la faute de fonction en droit positif. – Les indices du droit positif ne se contentent pas d'orienter l'étude en direction de deux agents différents : le préposé et le dirigeant de groupement. Ils autorisent non

⁸⁸ V. *infra* n°607.

⁸⁹ Elle détermine notamment la question du recours de l'Administration mise en cause par une victime contre l'agent public, V. *infra* n°370.

plus seulement à mettre en perspective leurs situations, ce qui ne serait pas inédit⁹⁰, mais à considérer leurs fautes de manière analogue. La confrontation du droit privé et du droit administratif suscite, dès lors, cette possibilité audacieuse : la faute de fonction pourrait être de même nature pour les deux agents. En d'autres termes, elle conduit à voir une convergence là où il n'a jamais été question que de coïncidences..

Le premier obstacle à une transposition de la faute de service en droit privé provient de la apparaît alors immédiatement, ces deux agents étant en effet appréhendés de manière très distincte, tant politiquement que techniquement.

Le premier critère de distinction qu'il conviendrait de retenir serait celui de leurs situations économiques respectives : tandis que le préposé est parfois perçu comme un agent économiquement faible, le dirigeant de groupement ferait partie d'une « classe » économiquement privilégiée. Si le schéma n'est pas absolument erroné, il est incontestablement caricatural. Dans toute sa rigidité, la division renvoie incontestablement à une lecture très idéologique de la société. Pourtant, cette analyse sociétale contestable pèse certainement sur le régime de responsabilité civile (parce que ses effets sont pécuniaires). Ainsi, il n'est pas rare que l'étendue de la responsabilité des dirigeants soit vue comme la contrepartie de leur rémunération élevée⁹¹.

Cette première objection ne peut être reçue, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, il est nécessaire de rendre compte d'une autre réalité sociale : celle des cadres supérieurs de l'entreprise d'une part, cumulant le statut juridique de préposé et la perception de rémunérations très élevées, et celle de dirigeants bénévoles d'association⁹² d'autre part. En second lieu, il est permis de ne pas adhérer au principe selon lequel les règles de responsabilité pourraient être établies en fonction de catégories économiques, ou pire au principe selon lequel elles auraient pour objet de contrebalancer l'octroi de rémunérations que d'aucuns jugeront excessives. Si les fondements de la responsabilité peuvent être renouvelés en considération de données économiques et sociales, celles-là paraissent assez peu pertinentes.

Plus probant, en revanche, est le critère d'opposition reposant sur la situation juridique des préposé et dirigeant de groupement : l'un est subordonné, tandis que l'autre est parfaitement indépendant et dispose même de pouvoirs de direction⁹³. Partant, les règles de responsabilité devraient s'attacher à cette différence essentielle, si tant est que le fondement philosophique de celles-ci puisse être tout entier contenu dans le principe de la liberté⁹⁴. Dès lors, le traitement

⁹⁰ V. not. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010.

⁹¹ S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°27.

⁹² En principe, les dirigeants d'association peuvent recevoir une rémunération. Nonobstant, par dérogation, toute rémunération est parfois proscrite. (P. MACQUERON, D. GATUMEL, D. DE GUIBERT, C. CLEMENT, *Mémento pratique. Associations*, éd. Francis Lefebvre, 2012, n°6015).

⁹³ V. *infra* n°43.

⁹⁴ V. *infra* n°24.

uniforme de la faute de fonction de ces deux agents serait incohérent avec cette ligne de pensée.

14. Rejet de l'objection. – Nonobstant, ces différences ne sont pas un argument dirimant à l'introduction de la faute de fonction en droit privé. En effet, la transposition de la faute de service en droit privé pourrait parfaitement s'accompagner des aménagements nécessaires à la prise en compte de ces données. Ainsi, tandis qu'il existerait **une** faute de service en droit administratif, il pourrait exister **deux** fautes de fonction en droit privé.

Plus audacieusement, cependant, le parti pourrait être pris de transposer la faute de service, telle quelle, étant entendu que le droit administratif se refuse à distinguer entre ses agents subalternes et ses agents dirigeants⁹⁵. Le régime de la faute de fonction pourrait alors s'appuyer sur un point commun relevé par certains auteurs : préposé et dirigeant « collaborent à une entreprise, une œuvre collective »⁹⁶. Ces auteurs notent d'ailleurs, que dans les grandes entreprises, le dirigeant ressemble plutôt à un super salarié⁹⁷.

Même si cette idée était admise, la faute de fonction devrait encore affronter les règles actuellement applicables à la responsabilité civile du préposé et du dirigeant, dont le caractère spécial et hétérogène constitue, à n'en pas douter un obstacle important.

15. Second obstacle : la diversité des régimes spéciaux concernés. – L'appartenance du préposé et du dirigeant à deux catégories juridiques différentes est également attestée par leur soumission à des régimes de responsabilité distincts. Cet état de droit s'explique, en partie, par le caractère spécial de leurs responsabilités. Mais outre ce caractère spécial, l'étude succincte de leurs responsabilités rend également compte d'une certaine hétérogénéité propre à chaque régime. Le second obstacle à l'existence d'une faute de fonction fédératrice réside donc dans cet état de droit.

16. La diversité des régimes de responsabilité civile élaborés autour de la relation commettant-préposé. – Que la responsabilité du préposé soit atypique, la doctrine en convient généralement. Parmi les signes distinctifs de sa responsabilité civile, trois peuvent être rapidement évoqués ici, dans l'ordre chronologique dans lequel ils sont apparus. D'abord, la jurisprudence a entendu faire bénéficier le préposé-salarié d'une règle spéciale et dérogoire quant à l'engagement de sa responsabilité envers son employeur. Tandis que toute considération pour la gravité de la faute du débiteur a généralement disparu du régime de responsabilité contractuelle⁹⁸, la chambre sociale exige que l'employeur fasse la démonstration

⁹⁵ R. CHAPUS, *op. cit.*

⁹⁶ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 339, 2000, n°327.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ C'est ici à l'abandon de l'échelle des fautes mise en exergue par POTHIER qu'il est fait référence. Sa construction de la responsabilité contractuelle reposait sur un fait générateur distinct en fonction de la nature du contrat en question. Outre le dol du débiteur, sa responsabilité pouvait ainsi être engagée pour sa faute lourde, sa

d'une faute lourde pour déclencher celle du préposé-salarié⁹⁹. Ensuite, la jurisprudence décide d'exclure, es qualités, le préposé du domaine de la responsabilité du fait des choses¹⁰⁰ lorsque ces dernières étaient utilisées lors de l'exercice de sa fonction¹⁰¹. Enfin, l'arrêt *Costedoat* paraît avoir consacré une sorte d'immunité civile au préposé lorsque celui-ci agit sans dépasser les limites de sa mission. A la suite de cet arrêt, l'intérêt de la doctrine pour le régime de responsabilité de cet agent s'est évidemment accru, au point qu'il n'est plus possible de compter les recherches consacrées au sujet¹⁰².

Que la responsabilité délictuelle du commettant soit spéciale lorsqu'elle résulte de la faute de l'un de ses préposés, cela aussi est admis et a suscité de nombreuses études¹⁰³. Les incertitudes entourant ce régime, quant à son fondement et, corrélativement, à ses conditions restent encore d'actualité¹⁰⁴.

L'introduction de la faute de fonction dans ce corpus juridique aurait un double effet dont il conviendrait de mesurer la pertinence : elle rendrait corrélatives les responsabilités civiles du préposé et du commettant d'une part¹⁰⁵, et elle tendrait, consécutivement, à unifier les régimes de responsabilité civile propres à la relation préposé-commettant d'autre part. Cette dernière assertion peut cependant, dès à présent, recevoir un premier démenti, en ce que la faute de fonction ne peut être considérée dans le cadre du régime relatif aux accidents du travail et de maladies professionnelles.

faute légère ou même sa faute très légère (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 5^{ème} éd., 2007, n°193).

⁹⁹ Soc. 27 novembre 1958 D. 1959, p.20, note R. LINDON ; JCP 1959, II, 11143, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE ; RTD civ. 1959, p.753, note J. CARBONNIER ; RTD civ. 1959, p.731, note H. et L. MAZEAUD

¹⁰⁰ Article 1384 alinéa 1 du Code civil.

¹⁰¹ Cette dérogation est acquise par la déclaration de principe, par la jurisprudence, de l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé (Civ. 26 janvier 1948, D. 1948, p.485, note G. RIPERT). – V. *infra* n°138.

¹⁰² Pour une étude globale : E. AYISSI MANGA, *Préposé et responsabilité*, RRJ 2002-2, p.715 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010 ; pour des études consacrées à l'irresponsabilité délictuelle du préposé envers les tiers, V. par ex. : M. BACACHE, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15 ; J.-B. LAYDU, *Responsabilité civile du salarié : la voie étroite ?*, RRJ 2005-4 (1), p.1936 ; du même auteur, *Retour sur l'immunité personnelle restreinte du préposé*, D. 2008, p.2125 ; J. MOULY, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756 ; G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé* in *Mélanges LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83 – D'autres références seront données tout au long de l'étude.

¹⁰³ Pour un aperçu de ces études, V. les références citées par J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2011, p.26.

¹⁰⁴ V. par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°203 et s.

¹⁰⁵ Le constat d'une forte imbrication est évident dans la plupart des manuels, qui traitent de la responsabilité délictuelle du préposé envers les tiers, à l'occasion de l'étude de la responsabilité du commettant du fait de leurs préposés. – Pour une exception notable : M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil. T. V. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012. Ce manuel fait état de l'irresponsabilité du préposé à la fois dans des développements relatifs aux limites de la responsabilité pour faute (*op. cit.*, n°194) et lors de l'étude de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés (*op. cit.*, n°292).

17. Exclusion du régime relatif aux accidents du travail et de maladies professionnelles. – *A priori*, le régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail¹⁰⁶ et de maladies professionnelles paraît assez éloigné du sujet de la faute de fonction, bien qu'il concerne la relation commettant-préposé. En effet, tandis que la loi du 9 avril 1898 avait mis en place un véritable régime de responsabilité objective à la charge de l'employeur, les réformes de 1945 ont soustrait les dommages issus d'un accident du travail du droit de la responsabilité. Désormais l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale instaure un système d'indemnisation socialisée, en principe exclusif de l'engagement de la responsabilité de l'employeur¹⁰⁷. La réparation du préjudice des victimes d'un accident du travail échoit donc en principe aux Caisses de sécurité sociale¹⁰⁸, de sorte qu'il s'agit moins de responsabilité civile que de système d'indemnisation.

Pourtant, n'est-il pas permis de conclure au rétablissement d'un régime de responsabilité en cas de faute intentionnelle ou inexcusable de l'employeur¹⁰⁹ ? S'il est bien question d'un retour au régime de responsabilité civile de droit commun lorsqu'une faute intentionnelle est commise (par l'employeur ou un copréposé)¹¹⁰, tel n'est pas le cas en présence d'une faute inexcusable puisque celle-ci ne déclenche pas le rétablissement de la réparation intégrale du préjudice de la victime mais seulement l'amélioration de son indemnisation et la possibilité pour le tiers-payeur d'exercer un recours contre l'employeur¹¹¹. Au demeurant, l'intervention du Conseil constitutionnel, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, et ayant abouti à l'émission d'une réserve interprétative quant au régime de réparation des dommages résultant d'une faute inexcusable¹¹², n'a guère modifié ce droit positif pour le moment¹¹³.

¹⁰⁶ Selon l'article L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale, « 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 ».

¹⁰⁷ Le système mis en place n'est toutefois pas économiquement très éloigné du précédent (responsabilité objective garantie par l'assurance). Les cotisations destinées à financer les prestations versées aux victimes ont en effet été en totalité mises à la charge des entreprises.

¹⁰⁸ A propos du domaine d'application de ce régime, V. D. ASQUINAZI-BAILLEUX, *Régime général : Accidents du travail et maladies professionnelles. Historique. Domaine d'application*, J.-Cl. Protection sociale Traité, fasc. 304, 2012.

¹⁰⁹ Articles L. 451-2 à L. 451-5 du Code de la sécurité sociale.

¹¹⁰ L'article L. 452-5 du Code de la sécurité sociale dispose précisément que « si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, **dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre** » (Nous soulignons). Il ne s'agit donc pas d'un retour complet au droit commun.

¹¹¹ Article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale.

¹¹² CC 18 juin 2010, RCA 2010 comm. 176 et étude 8, *Lutte armée contre l'article L. 453-2 du Code de la sécurité sociale*, H. GROUDEL ; JCP 2010, 1015, obs. C. BLOCH. L'inconstitutionnalité résiderait dans l'absence de réparation de **tous** les préjudices, en cas de faute inexcusable. Dans son rapport annuel de 2010, la Cour de cassation préconise donc le rétablissement de la réparation intégrale pour tous les chefs de préjudice.

En l'état actuel, la réparation intégrale n'est toujours pas la règle en présence d'une faute inexcusable, notamment lorsque le chef de préjudice invoqué est soumis aux règles dérogatoires prévues pour les accidents du travail (Civ. 2, 13 octobre 2011, n° 10-15649). La Cour de cassation a en effet rappelé que « le caractère forfaitaire de cette rente n'a pas été remis en cause par la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, laquelle n'a pas consacré le principe de la réparation intégrale du préjudice causé par l'accident dû à la faute inexcusable de l'employeur » (Civ. 2, 4 avril 2012, n° 11-10308). Dès lors, si les critères

Dès lors, il paraît y avoir lieu à exclure ce régime de responsabilité de l'étude de la faute de fonction en droit privé. Trois considérations convergent vers cette solution. D'abord, le régime ne semble aucunement faire état d'une quelconque faute de fonction. Ainsi n'est-il pas le lieu de l'établissement d'un comportement illicite en lien avec les fonctions puisqu'il n'est fait référence qu'à la gravité de la faute commise par l'employeur ou l'un de ses salariés. Ensuite, le régime mis en place ne ressemble aucunement à celui de la faute de service puisqu'il ne s'agit pas de mettre à la charge d'un **responsable** les conséquences juridiques d'une faute commise par un autre agent, lequel bénéficierait corrélativement d'une sorte d'immunité. Ce régime ne paraît donc pas laisser la place à un avatar de la faute de service. Finalement, quoiqu'il en soit du devenir de la faute de fonction en droit privé, le régime des accidents du travail est amené à conserver son indépendance, son caractère spécial¹¹⁴.

18. La diversité des régimes de responsabilité civile des dirigeants. – De manière analogue, la responsabilité civile des dirigeants est perçue comme une responsabilité spéciale, s'il en est jugé par le nombre d'études qui lui sont consacrées¹¹⁵. Elle est également singulièrement marquée par une très forte hétérogénéité, du moins en apparence.

d'indemnisation des victimes ont bien été élargis, la consécration d'une réparation intégrale n'est toujours pas acquise.

¹¹³ A défaut d'avoir condamné l'absence de réparation intégrale, il ne peut encore être question de réparation de l'indemnisation des victimes. En ce sens, V. not. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Faute inexcusable de l'employeur et droit des victimes d'actes fautifs*, RDLF 2012, p.2136 ; G. VINEY, *L'évolution du droit de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles*, Dr. soc. 2011, p.964.

¹¹⁴ Le terme d'autonomie n'est pas employé, à dessein, car il serait sans doute ici dévoyé. Qu'il s'agisse d'un droit spécial, il faut en convenir mais que celui-ci soit en outre affublé du caractère autonome, cela est certainement discutable (Sur les limites de l'autonomie du droit spécial, V. B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986, spé. n°200 et s.). Un auteur note en effet qu'il n'est possible de parler de régime autonome qu'en présence d'une modification d'une disposition au contact d'une autre règle que celle qui en donne la définition de référence (D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2, p.409, spé. n°5). Or, il n'est pas certain que le phénomène soit vraiment connu du régime des accidents du travail, spécial car il développe ses propres règles, mais non autonome dès lors que ses spécificités découlent de prescriptions écrites et non d'une mise en œuvre autonome des mécanismes de droit commun. Or, « l'autonomie ne peut pas se rencontrer sur le terrain des dispositions expressément dérogoires » (D. REBUT, *op. cit.*, n°6).

¹¹⁵ Par exemple : J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants, La responsabilité personnelle à la dérive* in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.41 ; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Bib. de droit commercial, t. 27, 1974 ; F. CHERCHOULY-SICARD, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion*, thèse Paris, 1982 ; I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants* in *Colloque Entreprise et responsabilité civile*, Dr. et Patrimoine 2003, p.50 ; A. MARTIN-SERF, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil* in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p.385 ; S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009 ; B. PETIT, Y. REINHARD, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com. 1997, p.282 ; J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 517, 2010 ; E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 302, 1998 ; D. VIDAL, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, CDE, 2001, p.16 – D'autres références seront données tout au long de l'étude.

Parler **du** régime de responsabilité civile des dirigeants de groupements est en effet assurément trompeur. Il n'existe pas en effet un régime de responsabilité civile des dirigeants mais **des** régimes de responsabilité civile des dirigeants. Cela s'explique par deux séries de considération. En premier lieu, il n'a jamais existé de droit commun des groupements. Si certains auteurs semblent concevoir son existence comme possible¹¹⁶, à partir du droit applicable aux sociétés, il n'en est toujours rien. Par conséquent, il ne peut exister de droit commun de la responsabilité de leurs organes. Il n'est d'ailleurs pas garanti que l'émergence d'un droit commun des groupements conduise à celle d'un régime unifié de responsabilité civile de leurs organes.

Ainsi, tandis que les sociétés connaissent d'un droit commun¹¹⁷, leurs dirigeants ne sont pas uniformément soumis au même régime de responsabilité. Lors de la réforme du 4 janvier 1978, le législateur n'a pas choisi, en effet, de modifier l'état du droit précédent, et d'intégrer la responsabilité civile des dirigeants dans la partie commune du droit des sociétés. Les textes relatifs à cette question de droit sont donc multiples¹¹⁸. L'impression d'hétérogénéité que cette situation de droit suscite est toutefois assez inexacte puisque la plupart de ces textes prévoient un régime similaire de responsabilité, où il est question de trois catégories de fautes : l'infraction aux lois et règlements, la violation des statuts et la faute commise dans la gestion¹¹⁹. Il est pourtant patent que l'hétérogénéité des régimes de responsabilité civile des dirigeants de société existe, certains dirigeants de société ayant été « oubliés » par le législateur¹²⁰, provoquant des incertitudes quant au régime applicable. A défaut de texte spécial, le recours au droit commun de la responsabilité civile, pourtant controversé¹²¹, apparaît comme seul possible, au risque de constituer des discordances¹²². La doctrine s'étonne alors de ces disparités, estimant que « la mise en cause de la responsabilité civile d'un dirigeant devrait donc obéir à des conditions identiques, à l'exclusion de toute prise en considération de circonstances étrangères aux critères de responsabilité, telles que la forme sociale, l'état financier de la société, ou bien des textes plus ou moins spéciaux applicables »¹²³.

¹¹⁶ M.-L. COQUELET, *La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements* in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz 1999, p.195 ; V. déjà, D. RANDOUX, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982.

¹¹⁷ Articles 1832 à 1844-17 du Code civil.

¹¹⁸ Sociétés civiles (article 1850 du Code civil) ; SARL (article L. 223-22 du Code de commerce) ; SA (articles L. 225-251 et s. et L. 225-256 du Code de commerce) ; SAS (article L. 227-8 du Code de commerce).

¹¹⁹ Articles 1850 du Code civil ; articles L. 223-22, L. 225-251 et L. 225-256 du Code de commerce.

¹²⁰ S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°343.

¹²¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Du droit commun au droit spécial – et retour* in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p.925 ; S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°364 et s.

¹²² V. cependant, J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006. L'auteur considère que les dirigeants sont ou devraient être, de manière homogène, traités comme des mandataires ; leur responsabilité civile n'étant engagée que lorsque les obligations attachées à leur mandat ne sont pas respectées. Son analyse n'est pas sans pertinence (V. *infra* n°607).

¹²³ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°337.

19. L'application uniforme de la faute séparable ou détachable des fonctions. – A cette grande diversité, plus ou moins apparente, la jurisprudence oppose une application uniforme de la faute séparable ou détachable des fonctions pour engager la responsabilité civile du président d'une association¹²⁴, du président d'un syndicat¹²⁵, du dirigeant d'une société commerciale¹²⁶ ou de celui d'une société civile¹²⁷. Elle a même étendu son application à l'associé ou au commissionnaire au compte¹²⁸ – néanmoins en qualité de dirigeants de la société pour laquelle ils agissent¹²⁹.

20. Le rejet de la spécialité de la responsabilité civile de la personne morale. – Alors que la faute de fonction semble jusque-là ne s'inscrire qu'au sein de régimes spéciaux de responsabilité civile, elle paraît, pour la première fois, confrontée au droit commun de la responsabilité civile lorsqu'est envisagée la responsabilité civile de la personne morale. Alors que celle-ci est certainement un sujet de droit très particulier, sa responsabilité civile est en effet généralement envisagée comme une responsabilité de droit commun, fondée, notamment sur l'article 1382 du Code civil¹³⁰. Il en résulte qu'il n'est jamais vraiment question de combinaison de responsabilité civile entre la personne morale et son dirigeant et que la responsabilité civile de la personne morale paraît n'entretenir que des rapports lointains avec la faute de fonction de son dirigeant. Introduire le concept de faute de fonction dans ce régime serait donc assurément une petite révolution car cela conduirait à reconnaître son caractère spécial.

21. La faute de fonction : instrument de passage des régimes spéciaux à un régime spécial. – La faute de fonction semble à l'origine d'un nouveau régime spécial, susceptible, du

¹²⁴ Civ. 2, 19 février 1997 (B. n°53) et 7 octobre 2004 (B. n°439).

¹²⁵ Soc. 9 avril 1975, B. n°174, RTD civ. 1976, p.137, obs. G. DURRY – *Contra* : Soc. 6 janvier 1972, RTD civ. 1972, p.600, obs. G. DURRY.

L'application de la faute de fonction apparaît moins nettement à l'endroit des « gérants » d'un syndicat qu'à l'égard des dirigeants de sociétés. En effet, à ce jour, la responsabilité personnelle de ces personnes physiques a toujours été retenue (c'est le cas dans les deux décisions précitées). En outre, en 1972, la Cour de cassation s'était prononcée de façon très claire et très générale en affirmant que « les mandataires ainsi que les représentants légaux des personnes morales encourent une responsabilité propre, s'ils ont participé sciemment à la perpétration d'un délit ou d'un quasi-délit, même sur l'ordre des organisations qu'ils représentent. ». Pourtant, en 1975, et alors même que sa solution est identique à celle de 1972, la Cour de cassation motive sa décision de telle sorte que la faute de fonction y fait une apparition « en creux » : elle retient en effet que le président « avait [...] commis une **faute personnelle détachable de ses fonctions** » (nous soulignons).

¹²⁶ Arrêt *Seusse*, réf. préc. note de bas de page n°35.

¹²⁷ Civ. 3, 17 mars 1999, RTD com. 1999, p.690, obs. M.-H. MONSIERE-BON – Com. 6 novembre 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 27, obs. R. MORTIER – Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO.

¹²⁸ CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, note P. MERLE – solution contraire : CA Paris 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, note P. MERLE ; JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

¹²⁹ V. aussi à propos des associés siégeant dans les organes collectifs de la personne morale telle que l'Assemblée générale d'une société anonyme : Com. 13 mars 2001, JCP E 2001 p.953 note A. VIANDIER – Com. 22 novembre 2005 (2 espèces) n°03-18.651, JurisData n°2005-030933 et n°03-19.860, JurisData n°2005-030920 ; Rev. sociétés 2006, p.526 note L. GODON .

¹³⁰ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261, RTD civ. 1968, p.149, obs. G. DURRY – Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108.

moins à ce stade des développements, de transcender la diversité des régimes spéciaux des préposé et dirigeant de groupement. L'émergence d'un nouveau régime spécial est-il cependant opportun ?

22. Un nouveau régime de droit spécial ? Opportunité. – A mesure que les droits spéciaux ont émergé de l'intervention, parfois intempestive, du législateur, leurs relations avec le droit commun ont suscité l'attention de la doctrine. C'est ainsi qu'elle s'est prioritairement concentrée sur la justification de leur existence par la démonstration de leur « autonomie »¹³¹. Si cette spécialisation du droit est parfois appréciée, lorsqu'elle permet de répondre aux besoins spécifiques de certaines réalités économiques et sociales, elle est également décriée, comme provoquant le « déclin »¹³² ou l'« émiettement »¹³³ du droit. Or, si par règle de droit commun, il faut entendre celle qui a vocation à s'appliquer à chaque fois qu'une règle d'exception ne l'écarte pas ou à défaut de disposition expresse, le régime de la faute de fonction ne peut appartenir à cette catégorie. Elle est, au contraire, à l'origine d'un régime dérogoire et donc spécial. Partant, elle serait, à ce titre, critiquable.

L'opposition entre règle commune et règle spéciale doit toutefois être relativisée¹³⁴. La faute de fonction interviendrait chaque fois que la responsabilité d'un dirigeant ou préposé quelconque¹³⁵ serait recherchée par un tiers. A certains égards, la faute de fonction pourrait donc être créatrice d'un droit commun à l'intérieur d'un droit spécial¹³⁶. Elle pourrait même être l'occasion de se prononcer sur la cohérence de régimes de responsabilité civile souvent épars et proposer des solutions pour limiter l'entropie dont le droit de la responsabilité est victime¹³⁷.

Encore convient-il de savoir si introduire la faute de fonction en droit de la responsabilité privée ne revient pas à remettre en cause les principes essentiels du droit de la responsabilité.

II. La place de la faute de fonction dans le droit de la responsabilité

23. Origine doctrinale et prétorienne de la faute de fonction. – La doctrine fut très active en ce domaine et la jurisprudence, suivant ou précédant la doctrine, très audacieuse. Il est d'ailleurs fort instructif de noter que certains auteurs donnent plus de place à la doctrine et à la jurisprudence dans la construction d'un droit de la responsabilité civile adapté à

¹³¹ Par exemple, G.-H. CAMERLYNCK, *L'autonomie du droit du travail*, D. 1956, p.23 ; G. STEFANI (sous dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956 – V. *supra* la note de bas de page n°114, le possible galvaudage du terme.

¹³² G. RIPERT, *Le déclin du droit*, réf. préc.

¹³³ A. TUNC, *Le droit en miettes in Jalons : dits et écrits*, Société de législation comparée, 1991, p.205.

¹³⁴ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, p.92, spé. n°1.

¹³⁵ V. cependant les rares exceptions, *infra* n°496 et s.

¹³⁶ G. GASSIN, *op.cit.*, n°16 et s.

¹³⁷ Sur ce point, F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil*, LPA 6 juillet 2005, p.3.

l'évolution des données de fait qu'aux sources légales dont il est parfois dit qu'elles sont restées figées¹³⁸. Le constat est toutefois relativement inexact car si les sources légales de responsabilité intégrées dans le Code civil sont effectivement restées très stables¹³⁹, centrées autour de cinq principaux articles, les sources légales hors Code civil se sont multipliées¹⁴⁰.

Bien que l'article 5 du Code civil interdise les arrêts de règlement, il est incontestable que la jurisprudence a joué et joue encore un rôle important dans la construction du droit¹⁴¹, le phénomène étant particulièrement marqué en droit de la responsabilité civile. Jurisprudence et doctrine forment là un couple quasi-indissociable, la seconde soufflant à la première les moyens de son action¹⁴², voire plus parfois. Ainsi, à propos du sujet abordé, un auteur explique que l'arrêt *Costedoat*¹⁴³ est certainement la conséquence de l'interprétation, jugée extensive, de l'arrêt *Rochas*¹⁴⁴ par le professeur VINEY¹⁴⁵. En somme, l'auteur aurait inconsciemment guidé la jurisprudence vers une solution à laquelle cette dernière n'avait pas songé.

Cette tendance n'emporte pas l'adhésion de ceux qui rappellent que si la doctrine doit rester une force subversive, elle n'a pas pour vocation d'être une force créatrice de droit¹⁴⁶. Or, une doctrine prônant l'introduction de la faute de fonction en droit privé pourrait être, tantôt subversive, tantôt créatrice de droit, selon l'étendue de la compatibilité de la faute de fonction et de son régime avec les principes de responsabilité civile.

24. La compatibilité du régime de la faute de fonction avec les principes de la responsabilité civile. – A cet égard, la situation est contrastée : tantôt les effets de la faute de fonction semblent contrarier certains de ses principes fondamentaux au premier rang desquels se trouve le « primat de la faute »¹⁴⁷, tantôt les effets de la faute de fonction semblent s'aligner sur l'évolution de la responsabilité civile, voire pénale.

De prime abord, l'introduction de la faute de fonction en droit privé semble devoir contrarier la prévalence de la faute dans la responsabilité civile¹⁴⁸. Fondement privilégié du droit commun

¹³⁸ P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal ?* in *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, PU Toulouse, 2005, p.67.

¹³⁹ La seule exception notable est l'introduction des articles 489-2 (devenu 414-1 depuis la réforme des incapacités par la loi du 5 mars 2007) et 1386-1 et suivants.

¹⁴⁰ F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil*, LPA 6 juillet 2005, p.3.

¹⁴¹ P. MORVAN, *En droit, la jurisprudence est une source du droit*, RRJ 2001-1, p.77.

¹⁴² A propos de la notion de doctrine, de son histoire et de son rôle, V. l'ouvrage de référence : P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

¹⁴³ V. réf. *supra*, n°5.

¹⁴⁴ V. réf. *supra*, n°5.

¹⁴⁵ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p.75-76.

¹⁴⁶ P. BRUN, *Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états* in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.145, spé. p.16.

¹⁴⁷ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°148.

¹⁴⁸ Cette prévalence est attestée par la place du principe, énoncé par l'article 1382 du Code civil, en tête du chapitre consacré à la responsabilité délictuelle. La faute a constitué, en 1804, l'épicentre de ce droit (O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 436, 2005), découlant du triptyque plus ou moins dogmatique de l'« universalisme », de l'« individualisme », et du « moralisme » (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 3^{ème} éd., 2008, n°14 et s.).

de la responsabilité civile délictuelle, la faute tient une place encore plus importante dans certains droits spéciaux de la responsabilité civile, tels que celui du droit des affaires¹⁴⁹. Cet attachement particulier au fondement politique de la faute est certainement corroboré par le fondement philosophique¹⁵⁰ de la liberté d'agir¹⁵¹, celle-ci constituant la « genèse de la responsabilité »¹⁵².

Dès lors, il semble tout à fait hors de propos de consacrer, indirectement mais certainement, par le prisme de l'introduction de la faute de fonction en droit privé, l'irresponsabilité d'un agent fautif. Il est, à cet égard, permis de craindre que préposés et dirigeants viennent grossir les rangs de la déjà très critiquée « caste des intouchables »¹⁵³. En outre, si la responsabilité est le corollaire de la liberté, elle est aussi la « rançon de l'autorité »¹⁵⁴. Dès lors, le régime de la faute de fonction du dirigeant en est plus que contrariant, il en devient hérétique.

L'évolution, déjà ancienne et encouragée par l'assurance¹⁵⁵, de la matière vers une responsabilité plus objective, fondée sur le risque¹⁵⁶, ne change rien car le risque ne signe pas la fin de la faute¹⁵⁷. En effet, si elle conduit à autoriser des responsabilités sans faute, elle n'autorise pas à concevoir une culpabilité sans responsabilité. De surcroît, cette évolution de la responsabilité civile n'est pas achevée puisque de nouveaux principes apparaissent, souvent contradictoires avec l'irresponsabilité civile d'un agent fautif¹⁵⁸.

¹⁴⁹ A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 493, 2008, n°290 et s.

¹⁵⁰ Pour une analyse philosophique de la responsabilité, V. J.-M. TRIGEAUD, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, 1999.

¹⁵¹ Comp. la philosophie de SPINOZA, remettant en cause la liberté individuelle et la notion de faute (G. COURTOIS, *Innocence et responsabilité selon SPINOZA* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1977, t. 22, p.97).

¹⁵² J. BALLEST, F. DE BRY, *L'entreprise et l'éthique*, Seuil, coll. Economie humaine, 2011, p.125.

¹⁵³ G. LIET-VEAUX, *La caste des intouchables ou la théorie du délit de service*, D. 1952, p.133.

¹⁵⁴ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, réf. préc., n°16.

¹⁵⁵ G. VINEY, *op. cit.*, n°19 et s. – Cette influence est si marquée, qu'elle en devient parfois décriée (B. S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC 1983, p. 301) – Comp., M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, t. 19, 2006, qui propose une maturation du droit des assurances en vue de satisfaire le double objectif d'indemnisation des victimes et de responsabilisation des assurés.

¹⁵⁶ L'origine de cette responsabilité objective est connue. Elle provient de la nécessité de faire face aux accidents issus de la révolution industrielle. Le machinisme allait en effet donner lieu à une situation jugée paradoxale : la multiplication des dommages occasionnés par l'activité industrielle et l'impossibilité d'en obtenir réparation faute de pouvoir déterminer leur cause exacte.

¹⁵⁷ F. EWALD, *La faute civile, Droit et Philosophie* in *La fin de la faute ?*, Droits 1987, p.45, spé. p.49 ; Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?* in *La fin de la faute ?*, Droits 1987, p.29 ; P. LE TOURNEAU, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, RTD civ. 1987, p.505 ; C. RADE, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p.301.

¹⁵⁸ Ainsi en est-il du principe de précaution (M. DEPINCE, *Le principe de précaution*, thèse Montpellier, 2004 ; D. MAZEAUD, *Responsabilité civile et précaution* in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe s. Bilan prospectif*, RCA 2001, juin 2001, HS n°6 bis ; C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)*, RTD civ. 1999, p.561 – Adde, pour une étude plus transversale de la notion, F. EWALD, *Le principe de précaution*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010). – Le constat serait sans doute plus contrasté à propos de l'indemnisation des dommages corporels (Sur ce point, V. not. C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation* in *Mélanges DALCQ*, Larcier, 1994, p.349).

Le fondement du risque permet en revanche d'admettre l'engagement de la responsabilité du commettant, par exemple, pour la faute de fonction de l'un de ses préposés. De même est-il envisageable que la justification s'étende à l'engagement de la responsabilité civile de la personne morale à raison des fautes commises par ses organes.

Par ailleurs, il est difficile d'imaginer, dans un tel contexte, comment l'irresponsabilité issue d'une faute de fonction pourrait être techniquement atteinte, si ce n'est par le recours à une catégorie « fourre-tout » : l'immunité¹⁵⁹. La doctrine commercialiste, pour sa part, s'appuie sur la théorie l'écran moral ou de la personnalité morale, lorsqu'elle entend expliquer l'irresponsabilité du dirigeant. La faute de fonction ne peut-elle donc correspondre à un mécanisme technique unique et appartenant uniformément au droit de la responsabilité ?

25. La compatibilité du régime de la faute de fonction avec les fonctions de la responsabilité civile. – Les effets de la faute de fonction paraissent mettre à mal les deux principales fonctions de la responsabilité civile¹⁶⁰. En effet, tandis que l'engagement de la responsabilité civile du commettant et de la personne morale poursuit la fonction réparatrice de la responsabilité civile, l'irresponsabilité des fautifs la dessert en faisant disparaître un débiteur possible de l'obligation de réparation. C'est ainsi que les solutions de la jurisprudence ayant statué en ce sens ont paru déraisonnables à une partie de la doctrine, comme ne s'inscrivant pas dans l'évolution de la responsabilité civile, résolument orientée vers la réparation des victimes¹⁶¹. Les critiques seraient peut-être plus modérées s'il était pris soin de distinguer la fonction réparatrice de la responsabilité civile de l'idéologie de la réparation qui suscite, à juste titre, de vives inquiétudes¹⁶². C'est en tous cas une piste possible de raisonnement.

Reste, en définitive, que l'autre fonction de la responsabilité civile, la fonction normative¹⁶³, n'est guère plus respectée dans le régime probable de la faute de fonction. Derechef, l'irresponsabilité d'un agent fautif semble à contre-courant de la résurgence des fonctions punitive et préventive de la responsabilité civile, particulièrement notables en droit des affaires¹⁶⁴. La nécessité de moraliser la vie des affaires¹⁶⁵, relayée par l'importation des

¹⁵⁹ Sur ce point, V. *infra* n°521 et s.

¹⁶⁰ Ces fonctions sont en réalité bien plus nombreuses (V. *infra* n°382). D'ailleurs, une nouvelle fonction a été récemment découverte : la cessation de l'illicite (C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008), encore que son rattachement à la responsabilité civile est parfois contesté (S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 504, 2009, spé. n°452 et s. ; G. VINEY, *op. cit.*, n°43-2).

¹⁶¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTD civ. 1987, p.1.

¹⁶² L. CADIET, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.495 ; D. MAZEAUD, *Famille et responsabilité : réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation* in *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p.569.

¹⁶³ P. BRUN, *op. cit.*, n°12.

¹⁶⁴ A. BALLOT-LENA, *op. cit.*, n°343 et s. et n°360 et s.

¹⁶⁵ *La morale et le droit des affaires*, Colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, Montchrestien, 1996. Tandis que la morale était plus volontiers évoquée au début du XX^{ème} siècle (V. not. G. RIPERT, *Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949), la préférence se porte désormais sur

principes de *corporate governance*¹⁶⁶ en France, participe ainsi de l'attention principalement portée sur la bonne conduite des dirigeants. Comment admettre, dans ces conditions, que celui-ci n'engage pas sa responsabilité civile à raison des fautes qu'il commet ? Le contexte économique actuel, celui d'une crise probablement déclenchée par les agissements peu réfléchis des décideurs privés et publics, n'est évidemment pas propice à l'émergence d'une quelconque indulgence envers les dirigeants, fût-elle incarnée par la faute de fonction.

Deux réponses peuvent être apportées à cette objection. En premier lieu, le comportement du dirigeant d'un groupement, dont la probité et l'éthique sont fréquemment remises en question, est souvent la résultante de la structure même du tissu économique et d'une exigence de maximisation des profits¹⁶⁷. Autrement dit, il ne faudrait pas se tromper quant à l'identité des décideurs réels. Il est ainsi notable que si la notion d'éthique, incontestablement proche de l'idée d'une certaine régulation des conduites managériales, a envahi la littérature consacrée à la gestion d'entreprise¹⁶⁸, les regards se posent prioritairement sur l'entreprise, en tant qu'entité autonome¹⁶⁹. En second lieu, rejeter la faute de fonction à partir de cette seule considération revient à postuler que celle-ci n'est pas un instrument mesuré. Or, à ce stade de l'étude, cela n'est pas démontré.

26. La compatibilité du régime de la faute de fonction avec les principes de responsabilité pénale. – Si les principes de la responsabilité civile semblent contrariés par les effets de la faute de fonction, il ne peut qu'en être de même, en matière pénale. Celle-ci, plus que toute autre, est attachée aux fonctions punitives¹⁷⁰ et préventives¹⁷¹ de la responsabilité, de sorte qu'il semble bien improbable d'admettre la faute de fonction en son sein.

l'éthique. Pour une analyse des liens entre éthique et morale, V. not. P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^{ème} siècle. Essai*, Dalloz, 2000.

¹⁶⁶ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, La « corporate governance »*, D. 1995, p.163 ; N. DION, *Corporate governance et sociétés françaises*, Dr. sociétés 1995, p.8 ; D. HURSTER, *Est-il urgent de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ?* Rev. sociétés 1995, p.634 ; F. PELTIER, *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance*, RDBB 1997, p.49.

¹⁶⁷ V. à ce propos, L. E. MITCHELL, *La Firme irresponsable...*, Economica, coll. Gestion, 2003. Cette référence appelle deux remarques. D'abord, elle constitue une analyse du seul tissu économique américain. Ensuite, l'analyse qu'elle propose est, à n'en pas douter, idéologiquement marquée. Cela étant dit, elle n'en recèle pas moins une certaine vérité. Cette vérité est, en outre, probablement transposable à la situation française, tant il est vrai que les phénomènes économiques finissent toujours par traverser l'Atlantique.

¹⁶⁸ Sans prétendre à l'exhaustivité : J. BALLET, F. DE BRY, *L'entreprise et l'éthique*, Seuil, coll. Economie humaine, 2011 ; A. BOYER, *L'impossible éthique des entreprises*, Organisation, 2002 ; J.-F. CLAUDE, *L'éthique au service du management*, Liaisons, coll. entreprise et carrières, 2002 ; G. DESLANDS, *Le management éthique*, Dunod, 2012 ; Y. PESQUEUX, *L'éthique des affaires : management par les valeurs et responsabilité sociale*, Organisation, 2002.

¹⁶⁹ V. par exemple le développement de la responsabilité sociale **de l'entreprise** (nous soulignons) : J.-P. GOND, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2012 ; J. IGALENS (sous la dir.), *La responsabilité sociale des entreprises : défis, risques et nouvelles pratiques*, Groupe Eyrolles, 2012 ; G. TREBULLE, O. UZAN (sous la dir.), *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés. Droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011.

¹⁷⁰ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°446.

Derechef, la fonction punitive est rattachée à la liberté de l'homme. Le paradigme responsabilité-liberté n'a pas toujours existé, mais il semble que depuis son développement, essentiellement dû à la pensée chrétienne, il ait persisté. Toutefois, le déterminisme a parfois confiné le libre arbitre à des considérations métaphysiques. Il n'en

Pourtant la connaissance, par le droit pénal, de la responsabilité de la personne morale¹⁷² et de la responsabilité du chef d'entreprise¹⁷³ ne manque pas d'interroger sur leur possible cousinage avec la responsabilité civile de la personne morale et la responsabilité civile du commettant, possiblement ordonnées autour de la faute de fonction. En outre, les vagues successives de dépénalisation du droit des sociétés ne sont pas sans faire penser à une possible régression de la régulation pénale du comportement des dirigeants.

Dès lors, et à supposer établie et justifiée l'existence d'une faute de fonction en droit de la responsabilité civile, il faudrait s'interroger sur les possibilités propres du droit pénal à admettre un régime de responsabilité analogue à celui de la faute de service.

Enfin, une dernière problématique, plus générale doit être relevée à propos de la faute de fonction, celle de son appartenance aux catégories de notion fonctionnelle ou de notion conceptuelle.

27. La faute de fonction : une notion fonctionnelle ou conceptuelle ? – Le dernier obstacle à l'admission de la faute de fonction en droit privé pourrait finalement résider dans l'impossibilité de **reconnaître** celle-ci, autrement dit de l'identifier et de la qualifier. Les développements consacrés à la définition de la locution « faute de fonction »¹⁷⁴ en attestent déjà. Ainsi, au lieu de proposer une définition propre de la faute de fonction, il a été seulement proposé de la considérer comme l'avatar de la faute de service du droit administratif¹⁷⁵. L'analogie permettait assurément la compréhension du sujet mais elle ne préjugait pas de critères d'identification de la faute.

La cause de cette définition *a minima* est commune au droit administratif et au droit privé et doit être abordée sous l'angle de la problématique suivante : la faute de fonction est peut-être moins une notion conceptuelle qu'une notion fonctionnelle.

Cette opposition a été systématisée, en droit public, par le doyen VEDEL. D'après son analyse, les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toute [...]. Elles ont une réelle unité conceptuelle [...]. Elles **sont** indépendamment de ce à quoi elles **servent** [...]. L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation.

[...] Les notions fonctionnelles au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité [...]. En certains

reste pas moins que la question reste au cœur de la philosophie pénale (J.-J. LEMOULAND, *Brèves réflexions sur quelques siècles de philosophie pénale*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1987, p.159).

¹⁷¹ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. T. 1. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n°654.

¹⁷² Article 121-2 du Code pénal.

¹⁷³ V. *infra* n°707.

¹⁷⁴ V. *supra* n°2.

¹⁷⁵ V. *supra* n°3.

domaines [...] (le juge) devra recourir à des notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à une inspiration de caractère politique au sens noble du mot, c'est-à-dire à la fonction qui leur est assignée »¹⁷⁶.

Cette distinction¹⁷⁷ a été largement reprise par le droit privé qui reconnaît un caractère fonctionnel aux notions d'affectation¹⁷⁸, de rétroactivité de la condition¹⁷⁹ ou de subrogation réelle¹⁸⁰. Pourtant, le recours à une notion fonctionnelle est jugé potentiellement dangereux dès lors que son contenu non prédéterminé la rend peu prévisible. En effet, « elle ne peut se reconnaître à partir de la seule analyse des faits, avant même de savoir si le fait d'y recourir donnera la solution attendue. Alors que les notions conceptuelles apparaissent comme des outils techniques mis en œuvre *ab initio*, les notions fonctionnelles ne peuvent s'appliquer qu'*a posteriori* ; elle sont seulement représentatives d'effets de droit dont elles donnent la justification sans pouvoir élucider les modes de réalisation de ces effets »¹⁸¹.

A priori, et d'après le bref aperçu qui a été donné de la notion, la faute de fonction paraît appartenir à cette dernière catégorie de notion. Deux considérations conduisent à ce constat. Au premier chef, si la faute de fonction est la transposition de la faute de service, il est probable qu'elle connaisse des mêmes difficultés de définition et de qualification. En effet, la difficulté qu'il y a, en droit administratif, à isoler les fautes de service des fautes personnelles est patente¹⁸². Au second chef, c'est bien cette direction que le droit privé semble avoir suivi s'il en est jugé par la difficulté qu'il a eu à déterminer la faute du préposé génératrice de la responsabilité civile du commettant¹⁸³ et les incertitudes entourant les définitions de la « faute de mission » immunisante du préposé¹⁸⁴ et de la faute détachable ou séparable des fonctions¹⁸⁵, condition de la responsabilité civile du dirigeant.

De l'extérieur, tout semble indiquer que la qualification de ces fautes de fonction dépend davantage de la volonté d'engager ou de rejeter une responsabilité civile que de critères fiables de qualification. Or ceci n'est pas admissible comme portant atteinte au principe de sécurité juridique car le souffle de l'équité n'est pas loin. L'enjeu de l'appartenance de la faute de fonction à l'une ou l'autre des catégories n'est donc pas purement théorique. Au contraire, il est permis de penser que seule une faute de fonction conceptualisable pourrait durablement accéder au rang de notion juridique opératoire.

¹⁷⁶ G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P. 1950, I, 851, n°4.

¹⁷⁷ Pour une critique de la distinction, G. TUSSEAU, *Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle »*, RFDA 2009, p.641.

¹⁷⁸ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 145, 1976, n°51 et s.

¹⁷⁹ P. DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ. 1978, p.1, spéc. n°4.

¹⁸⁰ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 187, 1985, p.25.

¹⁸¹ G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 253, 1997, n°6.1.

¹⁸² V. *infra* n°329 et s.

¹⁸³ V. *supra* n°5.

¹⁸⁴ V. *infra* n°204 et 265.

¹⁸⁵ V. *infra* n°256 et 269.

N'est-il pas possible, dès lors, que la notion fonctionnelle de faute de fonction se résorbe ici en un concept ?

28. La résorption de la notion fonctionnelle en un concept¹⁸⁶. – Bien que notion et concept soient souvent employés comme des terminologies synonymes, il est possible de considérer que le concept est davantage préoccupé par l'essence de ce qui est visé que par son régime¹⁸⁷. Conceptualiser la faute de fonction permettrait incontestablement de passer outre les contingences de la jurisprudence, par un effort d'abstraction et de généralisation¹⁸⁸. Il deviendrait ainsi plus simple de cerner les réalités visées par la faute de fonction. De la sorte, l'insécurité juridique serait ramenée à de plus justes proportions¹⁸⁹. Il n'est pas nécessaire, pour ce faire, de rigidifier à l'excès la notion, ni de la déconnecter totalement de ce à quoi elle sert¹⁹⁰.

Ce mouvement de conceptualisation peut-il s'appliquer à la faute de fonction ? Assurément selon une doctrine qui considère que « toute notion conceptuelle peut être transformée en notion fonctionnelle si on la saisit dans sa fonction juridique. Et toute notion fonctionnelle peut, si l'on en cherche l'origine, retrouver une nature conceptuelle, c'est-à-dire être repensée en elle-même »¹⁹¹.

29. Nécessité d'une double analyse de la faute de fonction. – Tout bien pesé, deux types d'incertitudes font obstacle à l'existence de la faute de fonction en tant que notion juridique opératoire en droit privé. La première catégorie d'incertitudes relève de la manière avec laquelle la faute de fonction peut jouer un rôle dans le droit de la responsabilité. La seconde catégorie d'incertitudes tient à ses capacités à être appréhendée de manière conceptuelle. Ainsi, la consécration de la faute de fonction en tant que notion juridique opératoire sera dépendante du succès de ces deux approches, fonctionnelle et conceptuelle. Considérant que l'analyse fonctionnelle de la faute de fonction est facilitée une fois que la notion est

¹⁸⁶ La doctrine considère généralement que toutes les notions fonctionnelles sont appelées à devenir conceptuelles après une lente et difficile maturation (C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 198, 1987, n°466 ; G. VEDEL, *op. cit.*, n°4).

¹⁸⁷ C. JARROSSON, *op. cit.*, n°454. Pour F. GENY, la notion et le concept se différencieraient en ce qu'ils désigneraient « tantôt par son résultat, tantôt par la matière » l'idée générale de l'objet d'étude (*Science et technique en droit privé positif, T. I*, Sirey, 1927, n°50, spé. p.147).

Pour d'autres auteurs, le concept se distinguerait de la notion : la seconde serait « plus intuitive », tandis que le premier se singulariserait par la précision de ses traits (Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ 1972 p.38).

Comp. X. BIOY, *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction...* in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2009, p.21.

¹⁸⁸ F. GENY, *op. cit.*, n°45.

¹⁸⁹ Celle de l'incertitude propre au travail de qualification.

¹⁹⁰ La doctrine note, à juste titre, qu'une notion n'est jamais purement fonctionnelle. La définition d'une notion peut alors comprendre deux pôles : un aspect conceptuel et un aspect fonctionnel qui prédomine parfois dès lors qu'il est le seul à même de faire ressortir l'utilité et l'originalité de la notion (G. WICKER, *op. cit.*, n°6-1).

¹⁹¹ M.-T. CALAIS-AULOIS, *Du discours et des notions juridiques (Notions fonctionnelles et conceptuelles)*, LPA 9 août 1999, n°157, p.4.

Introduction

circonscrite, l'analyse conceptuelle de la faute de fonction (**Partie 1.**) précédera l'analyse fonctionnelle de la faute de fonction (**Partie 2.**).

PARTIE 1.

L'ANALYSE CONCEPTUELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

30. Objectifs de l'analyse conceptuelle. – Deux problématiques relèvent de l'analyse conceptuelle¹⁹². Conformément à l'idée selon laquelle une notion ne peut être déclarée conceptuelle qu'à partir du moment où sa définition résulte de critères logiques, l'objectif final de l'analyse conceptuelle est de doter la faute de fonction de tels critères. Seulement, à en croire la doctrine, cet exercice serait une gageure, tant la jurisprudence se comporterait envers cette notion de manière erratique. La faute de fonction n'est-elle que celle qui, pour des raisons insondables et/ou intuitives, déclenche exclusivement la responsabilité du commettant et de la personne morale, à l'exclusion de celle du préposé et du dirigeant de la personne morale ? Peut-elle au contraire être identifiée à partir du seul examen des faits ? Si tel est le cas, la faute de fonction du préposé sera-t-elle la faute de fonction du dirigeant de la personne morale ? La dernière question rejoint alors la seconde problématique pouvant être appréhendée de manière conceptuelle : celle de son « champ d'action » ou de son « environnement juridique », bref de son cadre. Autant que sa définition, en apparence approximative, l'usage de la notion, tant à l'égard du préposé qu'à l'égard du dirigeant de la personne morale, dérange quand il n'agace pas. Existe-t-il des raisons logiques pour que la faute de fonction concerne ces deux agents ? Et pourquoi ne concerne-t-elle que ces deux agents ?

31. Articulation des problématiques. – La réponse à la seconde problématique semble à même de conduire à la solution de la première. En effet, les caractéristiques de la faute de fonction – et donc ses critères d'identification – semblent toutes entières tenir aux « liens » que la faute entretient avec l'« environnement juridique » au cours duquel elle survient. Ainsi, certains auteurs évoquent-ils de potentiels liens de causalité entre la faute et la fonction¹⁹³. L'argument peut ne pas convaincre tant il semble que la faute semble plutôt résulter d'une défaillance ou d'un vice propres à une personne, que d'une fonction dont il n'est pas précisé

¹⁹² A propos de celle-ci, V. *supra*, n°27 et s.

¹⁹³ R. SAVATIER, note sous Civ.2, 14 juin 1957, D. 1958, p.53 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Tome 1, Conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°800.

Partie 1. L'analyse conceptuelle de la faute de fonction

d'ailleurs ce qu'elle recouvre¹⁹⁴. Il n'en reste pas moins que la proposition attire l'attention sur la nécessité d'établir un lien entre la faute et la fonction. L'article 1384 alinéa 5 du Code civil lui-même impose le rapprochement de la faute avec les fonctions pour engager la responsabilité du commettant¹⁹⁵.

De ceci résulte la nécessité, afin d'éclaircir pleinement l'analyse conceptuelle de la faute de fonction, de statuer sur deux éléments. En premier lieu, il convient de déterminer son cadre (**Titre 1.**) parce qu'en second lieu, sa définition en découlera (**Titre 2.**).

¹⁹⁴ La notion de causalité est en outre relativement fuyante pour ne pas permettre de résoudre les difficultés de qualification actuelles (G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°800).

¹⁹⁵ Article 1384 alinéa 5 du Code civil : « Les maîtres et les commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. »

TITRE 1.

LE CADRE DE LA FAUTE DE FONCTION

32. Méthodes de recherches possibles. – La découverte de l'« environnement juridique » de la faute de fonction peut être entreprise par deux méthodes différentes.

La première méthode consiste à « remonter » des cas donnés, ici des situations de fait ou de droit qui ont conduit les juges à faire usage de la faute de fonction, vers une proposition plus générale, en l'occurrence un contenu caractéristique du cadre de la faute de fonction. Les réponses données par cette première méthode sont pressenties. La faute de fonction s'épanouit soit au cœur d'un lien de subordination, soit au cœur d'un lien organique. Dès lors, cette méthode inductive présente certains inconvénients. En premier lieu, elle semble uniquement descriptive. En deuxième lieu, et consécutivement, elle n'explique pas que ces deux agents et seulement ces deux agents soient concernés par la faute de fonction et son régime. En troisième lieu, elle est à la merci de potentielles dérives jurisprudentielles visant à voir la faute de fonction là où elle ne devrait pas être pour appliquer de manière opportune son régime.

Une seconde méthode est possible qui s'appuie sur une prémisse pour conclure, en vertu de règles logiques, à une ou plusieurs propositions de représentation abstraite. Suivant cette logique, le cadre de la faute de fonction serait dévoilé à partir de l'analyse juridico-sémantique de la terminologie « faute de fonction ». Cette logique est cependant sujette à caution si elle devait totalement écarter l'analyse du droit positif qu'elle prétend expliquer.

33. Processus de découverte employé. – Finalement, seule la confrontation de ces deux démarches peut satisfaire l'exigence de l'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction, en permettant à chacune des méthodes de remédier aux carences de l'autre et en autorisant la reconnaissance de circonstances analogues de commission de la faute. Ainsi, tandis que la scrutation du droit positif permettra de rendre compte des particularités propres aux deux contentieux concernés par la faute de fonction, la démarche déductive est peut-être seule à même de dépasser ces singularités pour expliquer et pour rationaliser le fait que seuls ces deux agents soient intéressés par la faute de fonction.

C'est pourquoi la détermination du cadre de la faute de fonction résultera de l'exposé successif du cadre induit de la faute de fonction (**Chapitre 1.**) et du cadre déduit de la faute de fonction (**Chapitre 2.**).

CHAPITRE 1.

Le cadre induit de la faute de fonction

34. Un cadre personnel. – Pour découvrir le cadre de la faute de fonction, et conformément à une démarche inductive, il faut s'appuyer sur les situations de fait ou de droit qui ont conduit la loi et les juges à faire application d'un régime de responsabilité dépendant de la qualification d'une faute de fonction. Sans qu'il soit besoin de pousser les investigations très loin, il semble que la jurisprudence ne rattache ce régime qu'à certains agents seulement. Sont ainsi prioritairement concernés par la qualification de faute de fonction les dirigeants sociaux et leur société¹⁹⁶ d'une part, et les préposés et leur commettant d'autre part.

Un tel constat fait dès lors apparaître que la faute de fonction n'existe en tant que notion juridique opératoire qu'en présence de liens personnels spécifiques entre l'auteur de la faute et un autre agent rendu responsable : un lien organique d'une part et un lien de subordination d'autre part.

Deux questions surgissent de ce résultat. Il est permis de s'interroger d'abord sur ce que ces liens personnels pourraient avoir de si particulier qu'ils suscitent un régime de responsabilité atypique. Ensuite, puisque ces liens personnels donnent exclusivement mais communément lieu à régime spécifique, est-il possible d'en dégager des points communs ?

35. Comparaison des liens personnels. – Compte tenu de ces interrogations, il paraît plus judicieux de rejeter la méthode consistant à énumérer les différents liens personnels constituant le cadre de la faute de fonction pour préférer une comparaison de ces divers liens à partir de critères communs. Lorsqu'il s'agit de liens personnels, deux critères semblent immédiatement propices à la comparaison : leur nature et leur source. Nonobstant, un troisième critère pourrait ici se révéler intéressant qui renvoie cette fois à l'objet de ces liens. Autrement dit, il s'agit de répondre à trois questions : quels sont ces liens personnels ? Quelle est leur origine ? A quelle(s) fin(s) ont-ils été créés ? Considérant qu'il convient de savoir en quoi consistent ces liens avant de déterminer leur origine et leur utilité, l'analyse portera d'abord sur la nature desdits liens personnels puis sur leurs sources et enfin sur leur utilité.

C'est ainsi de l'étude comparative de la nature (**Section 1.**) puis des sources (**Section 2.**), et enfin de l'objet des liens personnels (**Section 3.**) que résultera la physionomie précise du cadre personnel induit de la jurisprudence.

¹⁹⁶ L'adverbe « prioritairement » est ici de grande importance car l'état de la jurisprudence montre une situation plus complexe. V. *supra* n°19.

Section 1.

La nature des liens personnels

36. Insuffisance de la définition classique des liens personnels. – La détermination des liens juridiques caractéristiques unissant l’auteur de la faute de fonction et l’agent qui en sera responsable a suscité l’intervention active des juges et a fait l’objet de nombreux développements doctrinaux. Ainsi, le lien de préposition est une condition posée par l’article 1384 alinéa 5 du Code civil pour engager la responsabilité civile des commettants du fait de leurs préposés, tandis que le lien organique est fréquemment une condition posée par la jurisprudence pour engager la responsabilité civile de la personne morale du fait de ses organes. Par conséquent, il est permis de s’interroger sur la nécessité de caractériser de nouveau ces liens juridiques. A l’évidence toutefois, le cadre ainsi proposé à la faute de fonction ne satisfait pas puisqu’il ne parvient pas à emporter l’adhésion de la doctrine sur l’existence d’une faute de fonction commune à toutes les fonctions et à toutes les matières¹⁹⁷. La solution de ce désaccord se trouve peut-être dans une décomposition du lien personnel constituant le cadre prétorien de la faute de fonction. Les analyses majoritaires souffrent en effet de ce qu’elles présentent ce lien personnel comme issu d’un rapport binaire entre deux agents. Pourtant les situations de fait et de droit qui conduisent à l’application de la faute de fonction font au contraire apparaître un rapport ternaire entre les deux agents unis par un lien personnel et une tierce personne¹⁹⁸. Ce rapport ternaire n’est pas sans conséquence sur le lien personnel qui unit commettant et préposé, organe et personne morale puisqu’il permet de dissocier le côté interne du lien juridique de son côté externe.

37. Distinction des côtés interne et externe du lien personnel. – La distinction est bien connue du droit privé : elle est appliquée à l’étude des effets du mandat lorsque sont différenciées les relations entre le mandant et le mandataire, et les relations de ces derniers avec les tiers¹⁹⁹. Elle est également appliquée à l’étude de la personne morale lorsque sont

¹⁹⁷ V. sur ce point, M.-C. GUERIN, *La faute intentionnelle de celui qui agit pour le compte d’autrui*, LPA, 11 janvier 2006, n°8, p.6, spé. n°3 ; V. WESTER-OUISSE, *Critique d’une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*, D. aff. 1999, p.782, spé. p.785 – Contra, G. AUZERO, *L’application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, p.502 ; B. PETIT, REINHARD, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com. 1997, p.282 ; F. POLLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l’action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com.1997 p. 349.

La doctrine est alors partagée sur le point de savoir si la notion de faute de fonction convient mieux à la situation du dirigeant d’une personne morale ou à celle du préposé. Sur ce point, Jean-François BARBIERI se prononce en faveur d’une faute de fonction du dirigeant social et s’oppose à celle du préposé (V. *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants, La responsabilité personnelle à la dérive in Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l’honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p.41 s. spé. n°1 et 8).

¹⁹⁸ Celle-là même qui subit le dommage causé par la faute de fonction et qui demande réparation.

¹⁹⁹ Voir sur ce point, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, spé. n°4040 et s. ; J.-F. BARBIERI, *Contrats civils. Contrats commerciaux*, Armand Colin, 1995, spé. p.379 et s.

envisagées séparément les relations entre celle-ci et ses membres, et les relations entre ces derniers et les tiers ; il alors question d'ordre interne et d'ordre externe à la personne morale²⁰⁰. L'usage de cette distinction a permis de mettre en lumière la dualité organique : ainsi ce lien est de nature différente selon qu'il est envisagé dans sa sphère interne ou dans sa sphère externe. Cette distinction n'a en revanche pas été étendue à la situation du préposé bien qu'aucun argument ne paraisse s'y opposer²⁰¹. Bien au contraire, cette nouvelle façon d'envisager le rapport de préposition permettra peut être de parvenir à l'élaboration d'un cadre unifié à la faute de fonction.

Partant du connu pour aller vers l'inconnu, l'exposé des liens personnels envisagés dans la sphère interne (§ 1.) précèdera l'examen des liens personnels envisagés dans sa sphère externe (§ 2.).

§ 1. La nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne

38. Classification bipartite des liens personnels envisagés dans la sphère interne. – L'extension de la faute de fonction aux préposés a conduit une partie de la doctrine à procéder à un rapprochement des situations du dirigeant social et du préposé²⁰². C'est ainsi que le traitement identique de ces deux « fautifs fonctionnels » trouverait une justification. Bien que la démarche doive être approuvée, elle ne pouvait qu'être vainement proposée à un courant purement positiviste. L'assimilation *totale* de la situation du préposé et de celle du mandataire social paraît en effet fallacieuse à la seule lecture du droit positif. Alors qu'il est question de caractériser les liens qui unissent préposé et commettant d'une part, organe et personne morale d'autre part, une classification bipartite semble plutôt s'imposer: préposé et mandataire social appartiendraient à deux catégories juridiques alternatives qui s'excluent l'une l'autre²⁰³.

39. Double origine du rapprochement des préposés et des mandataires sociaux. – La doctrine ne saurait toutefois être blâmée d'avoir tenté le rapprochement des deux catégories

²⁰⁰ Sont ainsi envisagées les distinctions entre l'ordre interne et l'ordre externe des sociétés (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°278 et s.), l'activité juridique externe et interne des personnes morales (G. WICKER *Personne morale*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°62-95), les relations internes et les relations externes de la société (S. ASECIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. sociétés 2000 p.683, n°12).

²⁰¹ V. *infra* n°69.

²⁰² G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°792. – V. également, G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.5, spé. p.23 : « malgré la différence qualitative et quantitative qui existe entre le représentant et le préposé, tous les deux représentent les intérêts du maître de l'affaire et agissent en vue de leur profit. Egalement, leur activité comporte des risques de nature semblable pour les tiers. Cette affinité foncière juridique et sociale explique les efforts parallèles et conjugués, déployés en leur domaine par la doctrine et la jurisprudence, en vue d'atteindre respectivement le même but [...] »

²⁰³ Selon la doctrine, il n'est pas possible d'être **simultanément** une chose et son contraire (J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984 p.255 s., spé n°15).

tant est difficile la détermination de la nature respective du lien entre commettant et préposé et du lien entre organe et personne morale. En effet, non seulement la définition abstraite du lien organique et du lien de préposition fait l'objet d'une incertitude récurrente mais, de surcroît, les qualifications prétoriennes fragilisent davantage encore l'édifice par leur grande incohérence.

Dès lors, la justification d'une classification bipartite impose que soit démontrée l'affirmation de la dualité des liens personnels, d'abord au stade de leur définition (**A.**), ensuite au stade de leur qualification (**B.**).

A. L'affirmation de la dualité des liens personnels au stade de leur définition

40. Opposition entre préposé et mandataire social. – La question de la nature juridique des liens personnels unissant préposé et commettant, et organe et personne morale a donné lieu à de multiples interrogations doctrinales. Il est vrai que le mutisme de la loi d'une part, et l'incertitude voire le silence de la jurisprudence d'autre part, ne permettent pas de lui apporter une réponse définitive. Pourtant, en dépit de la difficulté des auteurs à retenir une définition consensuelle de ces liens personnels, il est fréquemment affirmé l'incompatibilité de la situation du préposé avec celle de l'organe de la personne morale et plus particulièrement avec celle du mandataire social²⁰⁴.

41. Définition prétorienne du lien de préposition. – Le premier objet de comparaison – le préposé – à défaut d'être défini par la loi²⁰⁵, a été précisé par la jurisprudence à partir du lien qui l'unit à son commettant défini comme « le lien de subordination » résultant du « droit du commettant de faire acte d'autorité en donnant au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, même en l'absence de tout louage de service, l'emploi qui lui est confié pour un temps et un objet déterminés²⁰⁶ ». La formule, bien que d'une apparente clarté, appelle quelques observations. Tout d'abord, elle doit être exploitée sous l'angle du préposé, en mettant en avant sa condition juridique²⁰⁷ : c'est celui à qui l'on commande²⁰⁸ de faire, celui qui est dirigé, surveillé et

²⁰⁴ V. notamment F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p.25, spé p.30.

²⁰⁵ L'article 1384 alinéa 5 du Code civil vise le *préposé* sans préciser ce qu'il faut entendre par là. La notion de fonction donnera lieu à la même remarque, V. *infra* n°101.

²⁰⁶ Crim. 16 avril 1975, B. n°96 – Crim. 30 juin 1987 B. n°278 – Comp. avec la formule initiale, moins exhaustive de la chambre civile qui considère que la responsabilité issue de l'article précité « suppose que le commettant a eu le **droit de donner au préposé des ordres ou des instructions** sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé ; que c'est ce droit qui fonde l'**autorité et la subordination** sans lesquelles il n'existe pas de véritable commettant » (Civ. 4 mai 1937, DH 1937, p.363).

²⁰⁷ Lorsque J. FLOUR envisage le lien de préposition, il précise en effet que les rapports commettant-préposé sont « des rapports d'autorité et de subordination **corrélatives** » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, tome 2, Armand Colin, 14^e éd., 2011, n°209). Dans la très grande majorité des cas, le point de vue adopté est celui du commettant puisque le lien de préposition n'avait jusqu'à

contrôlé²⁰⁹. La doctrine souligne à son égard l'absence d'indépendance dans la façon de mettre en œuvre les instructions données²¹⁰. Ensuite, la formule prétorienne doit être accompagnée d'une précision terminologique : la subordination visée par la Cour de cassation se résout à une subordination juridique. S'il est exclu de se rattacher à une quelconque subordination économique²¹¹, il est donc indifférent que le commettant n'exerce pas effectivement son autorité soit en raison de la distance²¹², soit en raison de son incompétence technique²¹³ ; ce qui importe est que le commettant ait le droit ou le pouvoir²¹⁴ de donner des ordres à son préposé²¹⁵.

42. Incertitudes de la définition prétorienne. – Enfin, cette définition classique est aujourd'hui remise en cause par certains auteurs²¹⁶ au point que la subordination juridique se trouve reléguée au profit d'un autre élément caractéristique qui serait « le fait d'agir pour le compte du commettant et à son profit »²¹⁷. Toutefois, il n'est pas certain que l'affirmation puisse être confirmée et ce, pour deux raisons. Premièrement, la jurisprudence n'a jamais admis explicitement cette délitescence du lien de préposition. Secondairement, il est plus probable que l'élargissement de la notion de préposé provienne d'une distorsion excessive entre sa définition théorique et sa détermination concrète, cette dernière étant principalement

récemment qu'une seule fonction : la désignation d'un responsable secondaire (V. J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°155) ; en ce sens, par ex. Crim. 15 février 1972, D.1972, p.368 ; JCP 1972, II, 17159, note D. MAYER.

²⁰⁸ Civ. 2, 24 février 1971, B. n°62.

²⁰⁹ Com., 26 avril 1969, B. n°146. Aura été reconnu l'usage détourné du triptyque utilisé pour désigner la garde dans le régime de responsabilité générale du fait des choses. Par ailleurs, le critère de contrôle est préféré au critère traditionnel de la subordination en droit anglo-saxon (V. H. SLIM, *Recherche sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé*, RCA hors-série novembre 2000, p.52, spé. n°8).

²¹⁰ P. JOURDAIN, obs. sous Com. 24 janvier 2006, RTD civ. 2006, p.327 ; V également : A. BENABENT « l'indépendance est incompatible avec la qualité du préposé » (*Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd., 2007, n°578) ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, n°7516 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°159.

²¹¹ Crim. 14 juin 1990, D. 1990, IR, p.208 (aide bénévole). La notion de subordination économique doit être rapprochée de celle de « dépendance économique ». Elle fut élaborée par certains auteurs afin de permettre une meilleure qualification du contrat de travail. Ce critère devait donc être juxtaposé à l'existence d'une subordination juridique pour que la figure du contrat de travail soit reconnue (P. CUCHE, *Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, Rev. critique de lég. et de jur., 1913, p.412).

²¹² CA Paris, 7 mai 1987, D. 1987, IR, p.143 (mission à l'étranger).

²¹³ Crim. 13 décembre 1983, B. n°342 – Civ. 2, 11 octobre 1989, B. n°175.

²¹⁴ V. *infra* n°80 la source variée de l'autorité.

²¹⁵ La subordination ne saurait cependant découler de la simple apparence, autrement dit de la croyance légitime par la victime de l'existence d'un lien de préposition (Crim. 15 février 1972, D. 1972, p.368 ; JCP 1972, II, 17159, note D. MAYER).

²¹⁶ E. AYISSI MANGA, *Préposé et responsabilité*, RRJ 2002-2, p.715, spé n°2 ; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°7502 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°792.

²¹⁷ G. VINEY, *op. cit.*, *loc. cit.*

guidée par une logique de réparation²¹⁸. Il est donc plus prudent de retenir l'acception donnée par la jurisprudence et approuvée par la majorité de la doctrine²¹⁹.

43. Définition du lien organique. – Le second objet de comparaison – les personnes agissant pour le compte d'une personne morale – n'est pas plus facile à appréhender. Le lien qui les unit à la personne morale fait en effet l'objet d'une polémique tenace²²⁰ et leur fonction au sein de cette même personne morale est polymorphe (dirigeant, commissaire aux comptes, organe délibérant, etc). Ces différents rôles ont cependant un point commun : ils ne sauraient être tenus sans que soit garantie à leurs détenteurs une totale indépendance. Ainsi, à propos du dirigeant, il est dit que « la condition de l'indépendance ou de la souveraineté semble inhérente à l'exercice d'un pouvoir et notamment d'un pouvoir de direction »²²¹ ; c'est pourquoi « le dirigeant, qu'il soit de fait ou de droit, est, par nature, indépendant »²²². La constatation de toute forme de subordination conduirait le juge à requalifier le dirigeant en préposé ou à exclure la qualification de dirigeant²²³.

De même, le commissaire aux comptes exerce une profession libérale et il doit exercer ses activités de contrôle, d'information et d'alerte en toute indépendance (de fait et de droit) par rapport à la société et aux dirigeants de celle-ci²²⁴.

²¹⁸ V. *infra* n°45.

²¹⁹ M. BACACHE-GIBEILI, sous la direction de C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Tome V, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n°276 ; A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007, n°578 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, tome II, PUF, 1^{ème} éd., 2004, n°1159 p.2333 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, PUG, 2000, n°92 ; P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Responsabilité civile, Délit et Quasi-délit*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2011, n°200 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010, p.320 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, tome 2, Armand Colin, 14^{ème} éd., 2011, n°209 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°159 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n°618 ; MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II, 1^{er} volume, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n°477 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 1^{ère} éd., 2006, n°153 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°829.

J. JULIEN a proposé une analyse moins classique du lien de préposition : « [...] le lien de préposition viserait l'acte de volonté, du commettant, de donner des ordres et des instructions alors que la subordination désignerait l'acte de volonté, de la part du préposé, de s'y soumettre » (*La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°155). Cette conception subjective du lien de préposition a le double mérite de proposer un fondement nouveau à la responsabilité des commettants du fait de leur préposé (la volonté) et de ne pas contredire la définition prétorienne actuelle. Elle sera cependant assez décevante, V. *infra* n°47 – Comp. *infra* n°439.

²²⁰ V. *infra* n°55 et s.

²²¹ N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. sociétés 1997, p.499, n°11.

²²² D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et pat. 1996, p.24, spé. p.26.

²²³ Lorsqu'est recherché un dirigeant de fait, Crim. 28 février 1983, LPA, 8 juin 1984, p.37. – La subordination devra être caractérisée au regard de l'activité de direction précisément, étant entendu que l'agent peut avoir deux activités différentes : une activité de direction et une activité subordonnée.

²²⁴ V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^e éd., 2012, n°842 et s.

Enfin, les personnes physiques siégeant dans les organes délibérants sont des associés dont le statut et la fonction décisionnaire sont en principe incompatibles avec une quelconque subordination²²⁵ envers le dirigeant ou la personne morale.

Quelle que soit la qualification retenue des liens qui unissent chacune de ces personnes physiques à la personne morale, elle sera donc nécessairement compatible avec l'indépendance de celles-là.

Les conditions dans lesquelles préposés et personnes physiques agissent pour le compte, qui du commettant, qui de la personne morale, sont donc en principe diamétralement opposées. Preuve en est également faite lorsque la Cour de cassation s'emploie à qualifier le plus justement possible le lien de préposition, affirmant ainsi que les situations d'indépendant et de préposé sont absolument différenciées.

B. L'affirmation de la dualité des liens personnels au stade de leur qualification

44. Distinction mise à mal au stade de la qualification des liens personnels. – Les difficultés rencontrées par la doctrine pour différencier organe de la personne morale et préposé tiennent à un double rapprochement : d'abord le rapprochement de la situation du préposé de celle d'un travailleur indépendant, ensuite le rapprochement de la situation du dirigeant de celle du préposé. Le second s'explique aisément par la possibilité offerte au juge de requalifier un contrat quelconque (ici celui qui unit le dirigeant à la personne morale) en contrat de travail d'une part, et par la possibilité de caractériser un lien de préposition de fait, indépendamment des qualifications initiales des parties d'autre part²²⁶. Il ne s'agit pas tant, alors, d'un rapprochement de la situation de dirigeant de celle du préposé que de la requalification de la catégorie à laquelle appartient l'individu concerné faisant suite à la caractérisation d'un état de subordination de fait. La substance même de la notion de préposition n'est donc pas nécessairement atteinte par une telle opération.

L'impression d'un rapprochement sensible entre préposé et travailleur indépendant provient donc plutôt d'un forçage réel, relatif ou apparent du lien de préposition.

45. « Forçage²²⁷ » du lien de préposition. – Les juges, sans renier leur propre définition de la préposition, font en effet preuve d'un certain « laxisme²²⁸ » lorsqu'ils entendent favoriser la victime. C'est ainsi que le driver qui court « pour le compte » du propriétaire du cheval sera

²²⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°795-3.

²²⁶ Sur ces deux points, V. *infra* n°80.

²²⁷ L'expression est empruntée au droit des contrats et plus particulièrement à JOSSERAND qui l'emploie pour la première fois dans une chronique au Dalloz (*Le contrat dirigé*, DH 1933 p.89) ; sous cette appellation il désignait le phénomène consistant à développer, à hypertrophier le contenu obligatoire d'un contrat. Cette signification est reprise ici à l'endroit du lien de préposition qui serait l'objet d'une hypertrophie injustifiée.

²²⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°792.

considéré comme son préposé²²⁹ alors même qu'il n'est pas démontré que ledit propriétaire avait le pouvoir de commander son driver. C'est encore le cas du conducteur d'une automobile qui confie momentanément la conduite à un tiers²³⁰ sans que soit établi le pouvoir de commandement de l'un sur l'autre. La multiplication de ces solutions d'opportunité²³¹ fait dire à certains auteurs que la subordination juridique est devenue « fictive »²³². Ces mêmes auteurs admettent néanmoins qu'il ne s'agit que d'un « élargissement sensible de la catégorie des préposés » qui pourrait être endigué par le « transfert sur le terrain de l'article 1384 alinéa 1 du code civil des solutions jusque-là fondées sur l'article 1384 alinéa 5 »²³³. Malgré ces explications convaincantes, les mêmes auteurs procèdent aussitôt à un rapprochement que certains jugent hardi²³⁴ entre dirigeant social et préposé en ce que leur principale caractéristique demeure finalement d'agir pour le compte d'autrui. Il n'est alors plus fait d'égard aux conditions dans lesquelles ils agissent pour autrui, comme si la notion de préposition se réduisait alors en une action pour le compte d'autrui²³⁵.

Toutefois, plutôt qu'une transformation volontaire de la notion de préposition, la logique réparatrice qui guide ici la Cour de cassation est certainement une cause plus probable de cette souplesse. Ce jugement semble partagé par un auteur qui affirme : « la Cour de cassation cherche avant tout un responsable, non le titulaire d'un pouvoir sur autrui ; elle est guidée par le résultat à obtenir, non par un concept »²³⁶. Il n'en reste pas moins que la détermination concrète du lien de préposition apparaît ici en porte-à-faux avec la définition qui en est donnée. Heureusement, ce forçage réel est peu courant, de sorte qu'il ne constitue pas un argument dirimant à l'encontre de la dualité des liens personnels.

46. « Forçage relatif » du lien de préposition. Exemple de la pluralité d'employeurs. –

La jurisprudence adopte en la matière une attitude ambiguë : en recherchant précisément quel employeur déployait son emprise sur le préposé au moment où celui-ci a commis un acte dommageable, les juges réaffirment en même temps les caractéristiques propres au lien de préposition. Indirectement, ils assurent ainsi le maintien de catégories distinctes. Nonobstant,

²²⁹ Civ. 2, 26 octobre 2000, JCP 2000, IV, n°2834.

²³⁰ Civ. 1, 26 janvier 1971, B. n°29.

²³¹ Pour une étude plus exhaustive de la jurisprudence : N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation in Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004 p.495

²³² G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°792.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ J.-F. BARBIERI, note sous CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, § 213, n°2 : l'auteur se dit perplexe du choix opéré par G. VINEY et P. JOURDAIN de traiter de la responsabilité des commettants et de celle de la personne morale pour le fait de ses dirigeants sous la même rubrique « Les responsabilités fondées sur l'idée d'association à l'activité d'autrui ». L'auteur est d'autant plus décontenancé que la responsabilité de la personne morale n'est pas, selon lui, une responsabilité du fait d'autrui (V. *infra* n°552 et s.).

²³⁵ Le terme de réduction est ici ambigu : alors que la mise à l'écart du critère de l'autorité opère une diminution des exigences pour qualifier la préposition, elle entraîne du même coup une augmentation du nombre de cas concrets pouvant être qualifiés de préposition.

²³⁶ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°13.

les critères sur lesquels ils se fondent pour désigner le commettant responsable semblent sans rapport avec l'existence d'une subordination, caractéristique d'un lien de préposition.

L'exemple le plus topique d'une situation de pluralités d'employeurs reste celui de la mise à disposition d'un préposé par un commettant à un autre commettant²³⁷. Ainsi en est-il lorsqu'une société de travail intérimaire met un de ses préposés à disposition d'une entreprise cliente. Si le préposé cause un dommage alors qu'il accomplit une tâche pour le compte de l'entreprise, qui de la société de travail intérimaire ou de l'entreprise utilisatrice sera considérée comme le commettant responsable envers les tiers ? Après avoir rappelé que, par principe, le cumul de commettants n'est pas envisageable²³⁸, la jurisprudence répond à la question en renvoyant à deux types de transfert : d'une part un transfert de responsabilité prévu par les clauses du contrat de mise à disposition²³⁹ qui suffit à faire peser la réparation sur l'entreprise utilisatrice et qui la fait dès lors devenir le commettant du travailleur²⁴⁰ ; d'autre part un transfert d'autorité que les juges constatent par l'examen concret de la situation. Pourtant, il arrive que les juges se contentent d'éléments tendant à démontrer l'intégration réelle du travailleur dans l'entreprise utilisatrice, éléments tels que l'adoption d'un comportement qui se rapproche de celui des salariés permanents²⁴¹. Dans ce dernier cas, les juges s'éloignent de leur définition initiale de la préposition et certains auteurs considèrent alors qu'il est davantage recherché à qui profite la force de travail²⁴² du préposé que le détenteur d'une véritable autorité sur lui, cependant que la notion de profit semble tout à la fois compatible avec la préposition **et** l'indépendance du travailleur.

Plus fréquemment, toutefois, c'est bien sur la désignation de « l'autorité principale » que se fonde le juge pour choisir le commettant responsable²⁴³. La recherche d'un lien de préposition

²³⁷ Pour une étude approfondie, V. F. GAUDU, *La responsabilité civile du prêteur de main d'œuvre*, D. 1988, p.235.

²³⁸ A ce propos on notera une certaine similitude entre le régime de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé et celui du fait des choses. Si garde ou autorité ne sauraient être cumulatives (Soc. 30 janvier 1985, RTD civ. 1986, p.132, obs. J. HUET – Civ.1, 10 mai 1995, B. n°194 (implicitement) pour le commettant), elles peuvent être collectives lorsque plusieurs personnes exercent simultanément un pouvoir ou une autorité de même nature sur la chose ou le préposé (Com. 4 novembre 1953, JCP 1954, II, 8134 – Civ. 2, 9 février 1967, RTD civ. 1967, p.634, obs. G. DURRY pour le commettant).

²³⁹ Civ. 1, 4 janvier 1974, D. 1974, p.461.

²⁴⁰ Deux thèses s'opposent pour savoir si le contrat de mise à disposition porte sur un transfert de responsabilité entraînant transfert de pouvoir (SAVATIER R., note sous Civ. 19 janvier 1927, DP 1928, p.17) ou s'il porte sur un transfert de pouvoir entraînant un transfert de responsabilité (J. FLOUR, *Les Rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du code civil*, thèse Caen, 1933, p.294 et s.).

²⁴¹ Soc. 15 décembre 1983, B. n°626 (conditions de travail identiques) – Soc. 5 mai 1983, JCP 1983, IV, p.214 (identité de tâches, de lieu et de matériel).

²⁴² En ce sens, C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n°327. – Certains auteurs mettent d'ailleurs en exergue ce critère du profit en dehors de la situation du transfert de préposé, en estimant qu'à côté du lien d'autorité unissant le commettant et le préposé, le caractère profitable au commettant de l'activité du préposé constitue le second fondement de la responsabilité du commettant (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010, p.322). – V. *infra* n°430 et s.

²⁴³ F. GAUDU, *op. cit.*, spé. n°24 et s.

se fait alors plus rigoureuse, garantissant une vraie dissociation entre les situations de préposé et d'indépendant.

47. « Forçage » apparent du lien de préposition. – Outre le laxisme des juges tendant à favoriser la victime par la désignation *de lege feranda* d'un responsable solvable, la complexité des situations concrètes explique également l'impression d'un rapprochement des catégories de préposé et de travailleur indépendant. Tel est le cas dans l'hypothèse du préposé salarié. Dans ce cas de figure, la délitescence apparente du lien de préposition provient directement de la mutation qu'a connue le critère de la subordination en droit du travail. En effet, les juges font traditionnellement usage d'un syllogisme *a priori* irréprochable : le lien de subordination est un lien de préposition ; un contrat de travail se caractérise par l'existence d'un lien de subordination ; donc l'existence d'un contrat de travail fait présumer un lien de préposition²⁴⁴. Or, ce syllogisme souffre de la méconnaissance ou de l'indifférence des juges à deux données essentielles. D'abord la notion de subordination a connu de profondes transformations dans le sens d'un assouplissement voire d'un relâchement²⁴⁵ qui a permis, notamment, que les professions libérales puissent aujourd'hui être exercées sous forme salariale²⁴⁶. Ensuite cette notion n'est pas toujours le critère de qualification du contrat de travail²⁴⁷. C'est qu'en effet le droit social poursuit un objectif différent du droit de la responsabilité civile qu'est la protection sociale²⁴⁸ du travailleur salarié.

Le juge devrait-il alors abandonner ce syllogisme ? Il est un cas de figure, en effet, qui mériterait d'être exposé : celui des professions indépendantes qui ont accédé au statut

²⁴⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°793.

²⁴⁵ De nombreux doutes sont apparus en jurisprudence s'agissant de la définition de la subordination si bien qu'une partie de la doctrine, guidée par la jurisprudence, a fini par admettre que celle-ci pourrait se résoudre avantageusement à la simple « participation à l'entreprise d'autrui » (H. GROUDEL, *Le critère du contrat de travail in Tendances du droit français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p.49). V. en ce sens, M. DESPAX qui proposait que soit recentré le critère de la subordination autour de l'analyse de la volonté du travailleur de mettre ou non en œuvre sa propre entreprise (*L'évolution du rapport de subordination*, Dr. Soc. 1982, p.11).

²⁴⁶ Il en est ainsi des médecins, des sages-femmes mais aussi des avocats.

²⁴⁷ La subordination juridique s'étant révélée inefficace à caractériser la relation de travail salariée pour les travailleurs jouissant d'une certaine autonomie technique, la Cour de cassation a eu recours à la notion de « service organisé » par autrui. Après quelques excès dans l'utilisation de cette nouvelle notion (V. A. ARSEGUÉL, *Des limites à la dérive de la notion de service organisé*, Dr. Soc. 1992, p.295), le juge l'envisage aujourd'hui comme un « critère alternatif mais non décisif de l'état de subordination » (Y. AUBREY, *Contrat de travail (Existence-Formation)*, Rép. Trav. Dalloz, 2011, n°40) essentiellement à l'égard de professions par tradition indépendantes. Cette notion de service organisé rappelle, en outre, les nouveaux critères élaborés par la jurisprudence anglo-saxonne pour remplacer le critère classique du contrôle (V. *supra* n°41) : le plus utilisé d'entre eux est dit *organisation test*, *enterprise control test* ou *integration test*. Ce critère ne fait pas non plus l'unanimité dans ce système juridique (V.H. SLIM, *Recherche sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé*, RCA hors-série novembre 2000, p.52, spé. n°8.).

²⁴⁸ La subordination est en effet un critère usité tant pour l'application du droit du travail (syndicalisme, protection de l'intégrité physique et morale des travailleurs, etc) que pour celle du droit social (paiement des cotisations sociales, bénéfice de l'affiliation au régime salarié, etc). On notera sur ce point que la définition de la subordination a longtemps été divergente entre les deux matières avant de connaître une certaine réunification (T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, CNRS, 1988, p. 41 et s.).

salarié²⁴⁹. La chambre criminelle a ainsi admis que « l'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de service le liant à un tiers »²⁵⁰, ce qui a suscité une certaine réprobation de la doctrine ayant noté le paradoxe qu'il y a à admettre dans le même temps l'indépendance et la subordination du médecin. Une solution à ce problème a été suggérée par un auteur, qui voit dans le lien de préposition la **volonté** du préposé de se soumettre aux ordres du commettant et la **volonté** du commettant de soumettre le préposé²⁵¹. Cette conception plus subjective du lien de préposition permettrait de légitimer la qualification de médecin préposé. Ce médecin aurait accepté de soumettre l'organisation de son travail aux ordres de la clinique commettant tandis que cette dernière aurait la volonté de diriger l'activité du médecin, ce qui suffirait à créer un lien de préposition²⁵². Cette argumentation, bien que séduisante, peut être contrée puisqu'elle ajoute à la conception objective plus qu'elle ne comble ses insuffisances. En effet, la volonté des protagonistes ne peut suppléer un rapport d'autorité objectivement impossible.

Partant du principe que le lien de préposition, s'il vise le droit ou le pouvoir de donner des ordres, renvoie également à la possibilité pour le commettant de sanctionner la désobéissance du préposé²⁵³, il faut remarquer que les « nouveaux » subordonnés échappent en partie à un rapport d'autorité objectif. Autrement dit et très concrètement, alors que le médecin salarié est soumis à l'autorité du commettant en ce qui concerne les horaires de travail par exemple et qu'il peut donc être sanctionné par l'employeur en cas de retards répétés²⁵⁴, il ne peut recevoir d'ordres en matière strictement médicale, sur la manière de mener une intervention notamment, et corrélativement, il ne pourra être sanctionné par le commettant en cas de faute intervenue à cette occasion. Seul le conseil de l'Ordre des médecins est effectivement compétent, quel que soit le cadre dans lequel s'exerce la pratique médicale. Ainsi, lorsque le dommage est causé lors d'une opération médicale, l'employeur du médecin ne saurait être son commettant²⁵⁵. C'est pourtant dans ce cas de figure que la responsabilité du commettant est recherchée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du code civil. La volonté des protagonistes est ici inopérante à créer le lien de subordination puisque le droit objectif que constituent les règles déontologiques s'y oppose. L'auteur ne dit pas autre chose lorsqu'il prend soin de ne voir la subordination que dans « l'organisation du travail » et pas dans

²⁴⁹ Ces catégories font l'objet des mêmes incertitudes dans la plupart des systèmes juridiques.

²⁵⁰ Crim. 5 mars 1992, B. n°101 ; RTD civ. 1993, p.137, obs. P. JOURDAIN.

²⁵¹ J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°154 et s.

²⁵² J. JULIEN, *op. cit.*, n°162.

²⁵³ Y. AUBREE, *Contrat de travail (Existence-Formation)*, réf. préc., n°39. Il est vrai que ce pouvoir ou droit de sanction n'est pas évoqué par la jurisprudence et qu'il n'est conçu par la doctrine que comme un indice de dépendance juridique ; mais le pouvoir de donner des ordres serait parfaitement fictif s'il ne s'accompagnait d'un pouvoir de sanction, étant entendu que cette sanction peut aussi bien être morale ou matérielle (en cas d'autorité de fait) que juridique ou disciplinaire (en présence d'un salarié).

²⁵⁴ L. MELENNEC, *Le médecin salarié, Les critères du salariat médical*, Gaz. Pal. 1998, 1, doctr., 440.2.

²⁵⁵ En ce sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2009, 2^{ème} éd., n°442 ; *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?)* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.105, spé. n°21.

l'activité médicale²⁵⁶. Ce faisant, il ne répond pas aux critiques adressées aux juges d'admettre l'existence d'une subordination là où il ne peut y en avoir, dans l'exercice médical²⁵⁷.

48. Justification du « forçage » apparent du lien de préposition. – La position adoptée par la Cour de cassation semble pourtant être fondée sur la philosophie de l'article 1384 alinéa 5 du code civil²⁵⁸. La qualification de médecin salarié, et donc de médecin préposé, peut être légitimée en deux temps.

Tout d'abord, il doit être rappelé que la loi n'exige pas que le lien de préposition existe à l'égard de l'**acte dommageable**. Ainsi le Code civil dispose que les commettants sont responsables des dommages causés par leurs préposés « dans leurs fonctions ». Cela semble viser un **contexte général** de subordination et non un rapport d'autorité établi lors de l'acte dommageable²⁵⁹. Ce point de vue est renforcé par la jurisprudence relative au lien de préposition qui n'exige pas que l'autorité soit effective²⁶⁰ et par la jurisprudence relative à l'abus de fonction qui admet que des actes peu compatibles avec les fonctions restent garantis par le commettant²⁶¹.

Ensuite, résoudre le problème du médecin salarié revient à résoudre le problème plus général de la qualification juridique. En effet, alors qu'en théorie les catégories juridiques sont clairement circonscrites, certaines réalités concrètes posent difficulté. Ici entre la catégorie de travailleurs salariés et de celle de travailleurs indépendants existe une « zone grise²⁶² » constituée de « chimères à corps de travailleur subordonné et à tête d'indépendant²⁶³ ». A leur égard deux solutions sont possibles²⁶⁴ : soit on leur applique par principe le droit des subordonnés par assimilation totale, soit on les exclut par principe de la catégorie des subordonnés mais en leur appliquant ponctuellement certaines dispositions du droit du travail. Sans qu'il soit besoin de se prononcer de manière globale ici, on peut affirmer qu'en droit de la responsabilité civile ces « chimères », souvent désignées par le terme de « parasubordonnés²⁶⁵ » sont aujourd'hui considérées par la jurisprudence comme des

²⁵⁶ J. JULIEN, *op. cit.*, n°162.

²⁵⁷ Il ne nous semble pas en effet que la doctrine soit hostile à ce que soit reconnue la subordination des médecins salariés à la clinique lors de leurs activités administratives par exemple. Cette distinction fut pendant un temps celle du droit anglo-saxon qui admettait la responsabilité des cliniques pour les dommages rattachés aux tâches administratives du médecin tandis qu'il rejetait une telle responsabilité pour les dommages liés à l'exercice de la médecine. Aujourd'hui cette distinction n'est plus usitée et la responsabilité de la clinique est largement admise (V. H. SLIM, *op. cit.*, n°8.).

²⁵⁸ *Contra*, P. BRUN, *op. cit.*, *loc.cit.*

²⁵⁹ Cette conception extensive est partagée par d'autres systèmes juridiques qui admettent « de manière générale, que l'appréciation de la subordination, du contrôle ou du droit de donner des instructions doit porter sur l'organisation générale du travail et non sur le détail de l'exécution d'une tâche précise » (H. SLIM, *op. cit.* n°5.)

²⁶⁰ V. *supra* n°41.

²⁶¹ V. *infra* n°233 et s.

²⁶² A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. Soc. 2000, p.131, spé p.142.

²⁶³ J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 20^e éd., 2000, n°127, note 4, p. 149 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures).

²⁶⁴ A. SUPIOT, *op. cit.*, p.142.

²⁶⁵ V. J. BARTHELEMY, *Le professionnel parasubordonné*, JCP E 1996, I, 606 ; A. SUPIOT, *ibidem*.

subordonnés donc comme des préposés. Il demeure toujours possible d'admettre par ailleurs que le médecin salarié constitue une **catégorie particulière de préposé** qu'il conviendra de traiter singulièrement²⁶⁶. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence n'entend alors pas dénaturer totalement la notion de préposé mais souhaite plutôt trouver une solution admissible à un problème de qualification. Cette solution n'est d'ailleurs pas contraire à l'esprit de la loi puisque les rédacteurs du code civil eux-mêmes ne semblaient pas exiger un rapport d'autorité drastique : ainsi pour justifier de la responsabilité des maîtres et commettants, BERTRAND DE GREUILLE explique notamment que « la loi leur délègue une **portion d'autorité**²⁶⁷ suffisante pour retenir [...] les ouvriers qui sont sous leur direction dans les bornes de la circonspection et du devoir [...] »²⁶⁸. Par ailleurs cette situation n'est pas propre au système juridique français : l'ensemble des droits romano-germaniques ou anglo-saxons ont dû adapter les critères traditionnels du lien de préposition à l'organisation des entreprises modernes dont les préposés sont devenus plus qualifiés que leur commettant²⁶⁹.

49. Qualification stricte du lien de préposition. – Alors que les juges font parfois preuve d'une souplesse excessive, ils ont montré par exemple une certaine exigence dans la caractérisation d'un lien de préposition entre un comité et le skipper auquel il avait confié la direction d'un navire²⁷⁰. Les faits sont topiques d'un « retour » à l'orthodoxie par la Cour de cassation : la Cour d'appel de Caen ayant constaté que le comité avait confié la direction du navire au skipper et qu'il avait donc le pouvoir de donner à ce dernier des instructions sur la manière de remplir sa mission, elle en avait déduit l'existence d'un lien de préposition. La chambre commerciale rétorque que « ces motifs sont impropres à caractériser le lien de subordination requis pour l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. ». Ayant en mémoire certaines décisions admettant un lien de préposition lorsqu'un individu avait agi au profit d'un autre²⁷¹, l'analyste aurait pu s'attendre à ce que soit acceptée ici une relation commettant-préposé. Il n'en est rien. La prudence est néanmoins de mise sur la portée de cette exigence renouvelée tant la jurisprudence a, par le passé, changé de ligne de conduite²⁷².

Par ailleurs la jurisprudence démontre, à travers la situation particulière du médecin agissant dans le cadre d'une clinique, qu'elle ne confond pas indépendance et préposition : elle s'attache en effet à opérer une distinction entre le médecin *préposé* d'un établissement de soins

²⁶⁶ V. *infra* n°80 et 495.

²⁶⁷ Nous soulignons.

²⁶⁸ P.-A. FENET, F. EWALD, *Naissance du code civil : la raison du législateur : travaux préparatoires du code civil*, Flammarion, 1989, chapitre 7, p.345, spé. p.347.

²⁶⁹ V. sur ce point H. SLIM, *Recherche sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé*, RCA hors-série novembre 2000, p.52, spé. n°5.

²⁷⁰ Com. 24 janvier 2006, JCP 2006, IV, 1334 ; RTD civ. 2006, p.327, obs. P. JOURDAIN.

²⁷¹ V. *supra* n°45.

²⁷² V. la démonstration de N. MOLFESSIS sur l'inconstance de la jurisprudence (*La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation in Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p.495, spé. n°17).

(lié par un contrat de travail) et le médecin *collaborateur* d'un établissement de soins (lié par un contrat d'exercice libéral)²⁷³.

50. Portée de la dualité des liens personnels dans la sphère interne. – Ainsi la dualité du lien personnel envisagé dans la sphère interne relève non seulement de la théorie mais aussi de la pratique judiciaire : les juges notent une différence entre les conditions dans lesquelles les préposés et les organes agissent pour autrui. Subordination pour les uns, indépendance pour les autres, cristallisent la différence de nature qui peut exister entre les liens personnels en présence.

De ce constat doivent être tirées plusieurs conclusions. D'abord, la nature des liens personnels, tels qu'envisagés par le droit positif dans la sphère interne, paraît inapte à constituer un critère efficace d'identification du cadre de la faute de fonction. Cette dernière s'ancre dans une relation de dépendance et d'autorité avec autrui lorsqu'elle concerne le préposé, mais peut également prendre racine dans une relation d'indépendance totale. Les deux catégories renvoient à l'ensemble des situations possibles et n'offrent aucun critère d'exclusion, de sorte que toute personne agissant pour le compte d'une autre entre dans le cadre de la faute de fonction. Ce n'est pourtant pas rendre compte du droit positif puisque les fautes du commissionnaire ne « bénéficient » pas, à ce jour, de la qualification de faute de fonction²⁷⁴.

Ensuite, et consécutivement, la nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne ne pourra en aucun cas constituer un fondement unique à un régime propre à la faute de fonction. Une nouvelle approche de ces liens personnels est cependant possible, la nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe, qui permettra peut-être de trouver une réponse satisfaisante à la question du cadre induit de la faute de fonction.

§ 2. La nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe

51. Précisions sur la définition de la sphère externe. – La sphère externe des liens personnels constituant le cadre de la faute de fonction désigne le côté externe de ce rapport c'est-à-dire les relations du préposé et de son commettant ou de l'organe et de la personne morale avec les tiers.

²⁷³ Civ. 1 26 mai 1999, D. 1999, p.719, note E. SAVATIER ; JCP 1999, II, 10112, rapport P. SARGOS ; RTD civ. 1999, p.634, obs. P. JOURDAIN : l'arrêt exige que soit établi entre clinique et médecin un contrat de travail pour engager la responsabilité de la clinique. Néanmoins, ce arrêt est ambigu puisqu'il est pris au visa de l'article 1147 du Code civil. Dès lors, quelle est la nature de la responsabilité en cause : contractuelle ou délictuelle ?

²⁷⁴ Pour l'exposé du régime des obligations du commissionnaire, V. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012-2013, n°4876, 4883 et s. ; V. également, P. CHAUVEL, *Commissionnaire*, Rép. com. Dalloz, 2012, spé. n°150 et s.

La notion de tiers est difficile à appréhender²⁷⁵ notamment parce qu'elle appartient à la catégorie des notions relatives qui ne se définissent qu'à l'aune d'une autre notion²⁷⁶ : ainsi, il s'agit de « toute personne étrangère à une situation juridique »²⁷⁷. Cette acception dite « matérielle »²⁷⁸ sera ici retenue. Positivement, le tiers doit donc être identifié comme le tiers au lien personnel entre préposé et commettant ou entre organe et personne morale. Négativement, le tiers ne doit pas nécessairement être compris comme un tiers *penitus extranei*, c'est-à-dire comme un agent n'entretenant aucun rapport juridique préalable à la commission de la faute avec les protagonistes du lien personnel : ainsi, reste un tiers, le cocontractant du commettant car il est étranger au lien de subordination existant entre commettant et préposé.

52. Relation entre sphère interne et sphère externe. – Il découle de ce qui précède que l'analyse du lien personnel envisagé dans la sphère externe ne saurait affecter celle du lien personnel interne. Les deux analyses se superposent pour rendre compte d'un lien personnel rendu complexe par l'existence de relations ternaires. Subséquemment, la nature des relations entretenues avec les tiers doit être compatible avec la nature des relations internes aux liens personnels concernés.

53. Difficultés de l'analyse des liens personnels envisagés dans la sphère externe. – Ces difficultés tiennent en premier lieu à la démarche inductive retenue pour l'étude de ces liens personnels. Alors que la nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne est explicitement abordée par la loi et les juges, la teneur des liens personnels envisagés dans la sphère externe ne ressort que très implicitement du droit positif, et uniquement pour ce qui concerne le mandataire social. Les difficultés d'une telle analyse tiennent en second lieu aux querelles persistantes portant sur la personne morale et sur la notion de représentation. Il est donc indispensable de revenir sur la nature controversée du lien organique envisagé dans la sphère externe (A.) avant de se prononcer sur la nature ignorée du lien de préposition envisagé dans la sphère externe (B.).

²⁷⁵ Elle est « souvent fuyante et multiforme » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, T.1, Les sources, Sirey, 2^{ème} éd., n°261 p.272).

²⁷⁶ « A partir du moment où le tiers est défini, [...], comme toute personne étrangère à une certaine base de référence, l'essentiel est dit ; la qualité de tiers ne pouvant être que relative et circonstancielle » (J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 179, 1984, n°3 p.25).

²⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, V° Tiers.

²⁷⁸ Par opposition à une définition plus juridique, par référence à l'acte juridique (P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 333, 2000).

A. La nature controversée du lien organique envisagé dans la sphère externe

54. Précisions liminaires. – Deux précisions doivent être apportées avant que le fond du sujet soit abordé : une précision sémantique, d’abord, rappelant que la terminologie employée (« lien organique ») se veut impartiale, sans orientation vers une qualification juridique plutôt qu’une autre ; par souci de neutralité, la question aurait pu être traitée comme celle de « la qualification juridique des dirigeants sociaux », à ceci près que la dénomination aurait été tout aussi trompeuse puisque, et il s’agit ici de la seconde précision, le champ d’investigation de l’étude dépasse celui de la société pour explorer la vaste étendue que représente le groupement personnifié. Les références récurrentes voire systématiques à l’analyse de la société ne devront donc pas être retenues comme une réduction du débat mais comme la conséquence d’une littérature hypertrophiée consacrée au dirigeant de société²⁷⁹.

55. Les qualifications juridiques du lien organique. – La question de la nature juridique des membres dirigeants d’un groupement personnifié fait l’objet d’un traitement différencié selon le groupement en question. Ainsi, il semble acquis depuis un arrêt de la première chambre civile du 5 février 1991 que « le président d’une association est un mandataire de cette personne morale dont les pouvoirs sont fixés conformément aux dispositions de la convention d’association »²⁸⁰. La solution de droit positif ne laisse pas de place au doute même si elle suscite quelques remarques négatives²⁸¹. Identiquement, le président ou le secrétaire d’un syndicat sont considérés comme des mandataires ou des représentants²⁸². A l’opposé, la qualification juridique du mandataire social est en proie à de plus grandes incertitudes. Plusieurs conceptions s’affrontent : certains auteurs voient dans le dirigeant social un organe de la personne morale, tandis que d’autres préfèrent la qualification de représentant ; en outre les partisans de la qualification de représentant ne s’accordent pas sur la nature de celle-ci, contractuelle ou légale.

²⁷⁹ A propos de la sur-représentation du concept de société dans l’analyse de la personne morale, V. J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 510, 2009 – Sur la transposition des concepts de la société à d’autres groupements, V. notamment : R. BRICHET, *Association et syndicat*, Litec, 6^e éd., 1992, spé. n°2 – *Comp.* la proposition d’un droit commun des groupements (D. RANDOUX, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982 ; M.-L. COQUELET, *La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements* in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz 1999, p.195).

²⁸⁰ Civ. 1, 5 février 1991, B. n°45 ; Rev. sociétés 1991, p.773 note D. RANDOUX.

²⁸¹ D. RANDOUX y voit « le caractère archaïque des règles relatives à l’association », *op. cit.* Le commentateur prône en effet l’élaboration d’un droit commun des groupements quelle que soit la forme adoptée, sociale ou associative (*Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982). J.-F. QUIEVY propose en ce sens d’étendre au président d’association la qualification juridique applicable au dirigeant social (*op. cit.*, n°186 et s.) – Sur la qualification retenue par l’auteur, V. *infra* n°63.

Pour une opinion contraire, Y. CHARTIER (*L’association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l’honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003 p.195).

²⁸² Ainsi en attestent les décisions de la Cour de cassation qui motivent l’engagement de leur responsabilité par la formule suivante : « les mandataires ainsi que les représentants légaux des personnes morales encourent une responsabilité propre, s’ils ont participé sciemment à la perpétration d’un délit ou d’un quasi-délit, même sur l’ordre des organisations qu’ils représentent. » (Soc. 6 janvier 1972, RTD civ. 1972, p.600, obs. G. DURRY).

56. Droit comparé. – Bien qu’ayant une aptitude limitée à être transposées en droit français, les solutions des droits étrangers sur la question permettent de rendre compte de l’éventail des qualifications juridiques possibles. Ainsi, en droit allemand de la société anonyme, la qualification juridique du dirigeant social est duelle. Les relations internes à la société sont régies conventionnellement par un contrat d’entreprise (*Dienstvertrag*) si les fonctions sont rémunérées, ou par un contrat de gestion gratuite des affaires d’autrui (*Auftrag*), si elles ne le sont pas. Les relations externes sont en revanche régies par la loi qui institue un véritable pouvoir de représentation de la personne morale par le dirigeant social à l’égard des tiers. Le droit allemand nous oriente ainsi vers la qualification juridique de représentant, et plus particulièrement de représentant légal.

A l’inverse, en droit québécois, le dirigeant d’une société est un « mandataire »²⁸³ à l’instar du dirigeant d’une *private limited company* qui est vu comme un *agent* des actionnaires c’est-à-dire une sorte de mandataire en droit américain. La qualification juridique retenue diffère ici du droit allemand en ce que la représentation est de source conventionnelle.

57. Droit positif français. – La loi et la jurisprudence ne proposent pas réellement de qualification juridique pour le dirigeant social. Au contraire, le déferlement de textes législatifs²⁸⁴ ou de décisions jurisprudentielles²⁸⁵ en la matière ne fait qu’obscurcir un débat doctrinal toujours aussi vif. Cet enlisement de la discussion traduit, paradoxalement, l’insuffisance de réglementation en la matière : on dénonce « les lacunes de la loi de 1867, l’état de celle de 1966, les apories de celle de 2001 »²⁸⁶ ; et puisque la qualification juridique des mandataires sociaux ou plus généralement des dirigeants de groupements personnifiés se répercute directement sur leur statut, leurs pouvoirs ou encore sur les conditions de mise en œuvre de leurs responsabilités, il ne peut être fait l’économie de sa détermination pour qui souhaite combler le vide juridique en ce domaine.

Malgré l’insuffisance du droit positif, il est toutefois possible de s’appuyer sur deux catégories d’indices : d’abord, la sémantique employée pour désigner le dirigeant social ; ensuite, le régime spécifique établi à son intention.

A s’en tenir à la terminologie de la loi, les administrateurs de la société anonyme ont été des « mandataires » des actionnaires²⁸⁷, des « mandataires de la société »²⁸⁸ voire des

²⁸³ Articles 2138, 2147, 2157, 1420 et 1421 C.c.Q.

²⁸⁴ Surtout en droit des sociétés où l’inflation législative sur ce sujet est particulièrement remarquable. Pour une énumération exhaustive, V. J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, spé. n°111.

²⁸⁵ *Ibidem.*

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ Article 22 issu de la loi du 24 juillet 1867.

²⁸⁸ Article 39 issu de la loi du 24 juillet 1966 ; articles L. 225-102-1 et L. 225-21 alinéa 1^{er} du Code de commerce, introduits par la loi du 15 mai 2001. Il est de surcroît fait mention du « mandat » reçu par eux (ex. articles 52, 92, 115, 116, 246 issus de la loi de 1966).

« représentant[s] léga[ux] » de la société²⁸⁹. Enfin, l'organe et le représentant de la personne morale semblent devoir être distingués d'après le Code pénal²⁹⁰. De son côté la jurisprudence a parfois adopté la terminologie de mandataire²⁹¹ tandis qu'elle semble se prononcer pour la qualification de représentant légal²⁹² ou d'organe²⁹³ dans d'autres décisions. Finalement, cette terminologie doit être utilisée avec précaution dès lors qu'elle révèle plus un tâtonnement du droit positif quant à la dénomination à retenir que l'affirmation d'une qualification juridique solide. Identiquement, le statut construit spécifiquement à l'endroit des dirigeants sociaux doit être manipulé avec méfiance car ce statut légal est loin d'être exhaustif. Ce constat peut recevoir deux analyses. On peut, en premier lieu, considérer que le législateur n'a statué que sur des points qu'il souhaite déroger au droit commun : rien n'empêche alors que le dirigeant social soit un mandataire de droit commun soumis, à raison de l'objet de son mandat, à quelques règles exorbitantes. On peut, en second lieu, considérer que le législateur a involontairement omis certains points lors de l'élaboration d'un statut qu'il a désiré créer de toute pièce et que par conséquent, le dirigeant social ne peut pas être un représentant conventionnel. En résumé, le droit positif met à notre disposition un faisceau d'indices auquel il est difficile d'accorder pleinement crédit. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à une démarche théorique revenant sur l'analyse des groupements personnifiés, bref sur l'analyse de la personne morale.

58. Retour sur l'analyse de la personne morale. – S'il est un point d'accord en doctrine à propos de l'analyse de la personne morale, il ne saurait résider que dans un sentiment mélangé de curiosité, d'inconfort et de résignation face à l'insaisissabilité de ce que les juristes du Moyen Âge dénommaient le *corpus mysticum*. Il n'est qu'à parcourir rapidement les quelques lignes introductives de la très grande majorité des études consacrées au sujet pour s'en convaincre : l'observation sonne comme un avertissement au lecteur à qui est précisé par

²⁸⁹ Article 56 du Code de procédure civile.

²⁹⁰ L'article 121-2 du Code pénal dispose en effet que « les personnes morales [...] sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » (nous soulignons). La jurisprudence pénale réaffirme la distinction entre organe et représentant lorsqu'elle décide qu'« ont la qualité de représentant au sens de l'article 121-2, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires en raison d'une délégation de pouvoir de la part des organes de la personne morale [...] » (Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC).

²⁹¹ Crim. 1^{er} février 1972, JCP 1973, II, 17304 (gérant d'une SARL).

²⁹² Com. 21 janvier 1997, B. n°26 (gérant de SARL).

²⁹³ Le directeur général de société a ainsi été qualifié d'organe (Crim. 26 juin 2001, *op. cit.*) ; tout comme le président-directeur général d'une entreprise (Trib. corr. de Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT). Schématiquement, il ressort de la jurisprudence pénale que les dirigeants sociaux (présidents-directeurs généraux et directeurs généraux) sont des organes tandis que les salariés ayant reçu délégation de pouvoir par ces organes ou subdélégation de pouvoirs par une personne déléguée par ces organes sont des représentants de la personne morale (V. Crim. 26 juin 2001, *op. cit.* – Crim. 9 novembre 1999, B. n°252 ; RSC 2000, p.600, obs. B. BOULOC – Crim. 14 décembre 1999, B. n°306 ; RSC 2000, p.600, obs. B. BOULOC préc. – Crim. 30 mai 2000, B. n°206 ; RSC 2000, p.816, obs. B. BOULOC). Cet état du droit fait l'objet de certaines critiques dès lors que les travaux préparatoires de la loi consacrant la responsabilité pénale des personnes morales avaient indiqué qu'un salarié ne pourrait engager la responsabilité pénale de la personne morale (V. *infra* n°739 et s.).

exemple, que « la personnalité morale se laisse malaisément dompter »²⁹⁴ ou qu'elle constitue « l'une des plus belles controverses que le droit ait connues, qui mettait en cause des questions fondamentales : les notions de personnes et de patrimoine »²⁹⁵. Consécutivement, il n'est pas étonnant que le consensus s'arrête là. Depuis la fin de XIX^e siècle les auteurs s'affrontent en effet dans une interminable joute dialectique²⁹⁶ qui a porté tantôt sur la source et les critères d'attribution de la personnalité morale tantôt sur l'organisation et le fonctionnement de ce groupement personnifié²⁹⁷.

Quatre écoles de pensée se sont succédé : dans un premier temps les partisans de la théorie de la fiction se sont montrés assez hostiles à la reconnaissance de la personnalité juridique des groupements, postulant, à l'instar des juristes romano-canonistes du XIII^e siècle, que seuls les êtres humains sont des personnes, des sujets de droits²⁹⁸. Ainsi, lorsque le droit positif octroie la personnalité juridique à des groupements, il crée artificiellement des sujets de droit. La qualité de sujet de droit est alors une fiction que certaines finalités pratiques exigent. Ce caractère artificiel justifie que seul l'Etat soit à même d'accorder cette personnalité juridique et que celle-ci soit limitée dans ses effets. Cette école de pensée appartient semble-t-il aujourd'hui à l'Histoire et ce pour deux raisons majeures : d'abord, cette théorie n'explique rien²⁹⁹ ; ensuite, elle est fondée sur l'amalgame erroné de l'être humain et du sujet de droit³⁰⁰.

A cette théorie a succédé sa parfaite antithèse, la théorie de la réalité, dont le principal mérite était de ne pas soumettre l'attribution de la personnalité morale à la seule décision arbitraire du législateur. Il serait d'ailleurs plus juste de parler *des* théories de la réalité³⁰¹. En effet cette réalité peut être « [...] d'ordre *psychologique*, résidant dans la volonté collective, distincte des volontés individuelles de ses membres. Pour d'autres, elle est d'ordre *organique*, le

²⁹⁴ Phrase introductive de la thèse de J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 510, 2009.

²⁹⁵ P. MALAURIE, *Nature juridique de la personnalité morale*, Defrénois, 1990, art. 34848.

²⁹⁶ D'éminents auteurs ont ainsi exprimé leur résignation de ne pouvoir aboutir à une synthèse qui emporterait l'adhésion véritable d'une doctrine majoritaire : ainsi sont évoquées la « résignation des auteurs » (J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006, n°130), ou leur « lassitude » (P. MALAURIE, *op. cit.* n°2)

²⁹⁷ Ce dernier point intéresse tout particulièrement le sujet de la faute de fonction.

²⁹⁸ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, Maresq, 2^{ème} éd., 1880, p.341 : « Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit, que l'homme seul est destinataire des droits, l'on ne s'arrête plus dans la voie de la personnification. [...] Non ! Les véritables sujets des droits, ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés. » ; R. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guenous, t. II, Firmin-Didot, 2^{ème} éd., 1860 p.223 et s.

²⁹⁹ P. MALAURIE, *op. cit.* n°5.

³⁰⁰ R. MARTIN, *Personne et sujet de droit*, RTD civ. 1981, p.785, spé n°5 *in fine* : « la personne physique n'est pas le lieu exact du sujet : il ne coïncide pas avec lui, sinon par approximation. » – M. WALINE, *Précis de droit administratif*, t. 2, Montchrestien, 1970, p.157-158 : « [...] la théorie des personnes morales a la réputation d'être difficile et confuse [parce qu'] en réalité, elle a été obscurcie par une notion tout à fait fautive de la personne juridique. On confond le sens que prend le mot « personne » dans le langage courant, et la notion juridique de personne, qui est quelque chose de tout à fait différent [...]. Le mot personne, dans le vocabulaire juridique, a un sens précis, bien déterminé : il veut seulement dire un être capable d'être sujet de droit, d'avoir des droits subjectifs. Mais rien n'autorise à penser que la catégorie des sujets de droit devrait *a priori* coïncider à celle des êtres humains [...]. »

³⁰¹ V. par exemple, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°132.

groupement étant comparable à l'être humain, doté comme lui d'un corps, d'organes, de membres qui perdent leur individualité pour se fusionner dans un tout indépendant [...] »³⁰². Le groupement ayant une existence réelle, organique ou psychologique, il « mériterait » la qualité de sujet de droit sans qu'une intervention du législateur soit nécessaire. Ces deux approches n'ont pas obtenu le succès escompté. L'approche organique³⁰³ a connu un rapide déclin en raison de ses inclinaisons « romantique[s] » voire « mystique[s] » et surtout de certains excès évidents³⁰⁴. L'approche psychologique, a connu, elle aussi, l'échec. Cela est dû en grande partie à son rattachement à l'école subjectiviste laquelle plaçait au cœur de son analyse la notion de volonté. Le propre de l'Homme et donc du sujet de droit³⁰⁵ est sa capacité à former une volition. Or, cette conception fut attaquée de toutes parts. Rejetée par la doctrine³⁰⁶, démentie par le droit positif³⁰⁷, qui lui préfèrent la notion d'intérêt, la désuétude de cette école subjectiviste a entraîné celle de la théorie de la réalité psychologique. On notera par ailleurs que la référence à la *conscience* ou la *volonté* de la personne morale pourrait sans doute faire peser sur cette théorie les mêmes critiques que la théorie organique.

Certains auteurs se sont totalement démarqués de cette opposition entre réalité et fiction en affirmant l'inutilité du recours à la personnalité morale pour justifier des conséquences patrimoniales voulues par les membres du groupement et nécessitées par les exigences de la pratique commerciale. Ces auteurs se penchent tantôt sur le concept de patrimoine collectif selon lequel les biens appartiennent non au groupement mais aux membres de ce groupement³⁰⁸ tantôt sur le concept de patrimoine d'affectation selon lequel il est inutile de lier

³⁰² H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, coll. Traités, 2003, n°1213.

³⁰³ V. l'ouvrage de référence, R. WORMS, *Organisme et société*, thèse Paris, 1896. On parle volontiers de théorie organiciste en lieu et place de théorie de la réalité organique (L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. TROTABAS, 1924, note n°1 sous n°59 p.129).

³⁰⁴ Ainsi, on dérivera rapidement vers un anthropomorphisme exacerbé par la description du cœur, de l'âme, du cerveau, de l'appareil digestif, des muscles de ces êtres (A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1886 ; SPENCER, *Principe de sociologie*, t.II, VI et s., cités par B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p.335) ou par l'étude du sexe des personnes morales (M. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'Etat*, trad. A. DE RIEMATTEN, Guillaumin, 2^{ème} éd., 1881, L.I, chap. I, p.7 qui considère ainsi que l'Etat est masculin tandis que l'Eglise est féminine).

³⁰⁵ *Adde*, on retrouve ici l'axiome dénoncé de l'assimilation du sujet de droit à l'être humain, R. MARTIN, *op. cit.* et J. WALINE, *op. cit.*

³⁰⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 56 et s.

³⁰⁷ V. l'arrêt fondateur rendu le 28 janvier 1954 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, *Comité d'établissement de Saint-Chamond* (D. 1954, p.2417, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. LEMOINE) : « La personnalité civile n'est pas une création juridique ; 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 protégés » (nous soulignons).

³⁰⁸ V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Traité élémentaire de droit civil. t.I.Principes généraux, personnes, biens*, par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 5^{ème} éd., 1950, n°705 : « L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la *propriété collective*, à côté de la *propriété individuelle* ». – V. également, M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, LGDJ, 1919.

l'existence d'un patrimoine à une personne³⁰⁹ : la personne morale serait un patrimoine sans sujet, par lequel une masse de biens est affectée à certaines fins³¹⁰. Ces propositions doctrinales, qui s'inspirent largement du droit allemand³¹¹, n'ont pas reçu un large accueil en France. Leur transposition en droit français semble en effet contestable³¹².

Enfin, la théorie la plus récente et la plus partagée à l'heure actuelle est la théorie de la réalité technique³¹³ apparue au XX^e siècle. Contrairement à ce que sa dénomination pourrait indiquer, il ne s'agit pas d'une autre théorie de la réalité³¹⁴. Les partisans de la théorie de la réalité technique n'affirment jamais que la personne morale est une réalité tangible, semblable à la personne humaine, soit par son aspect organique, soit par son aspect psychologique. De fait, ses partisans ne se posent guère la question de sa réalité concrète³¹⁵. Ils se penchent plutôt sur ses capacités à être sujet de droit. De la sorte, ils échappent à tout anthropomorphisme, tout en limitant l'attribution arbitraire de la personnalité morale par le législateur. La théorie de la réalité technique est issue d'une analyse renouvelée des droits subjectifs : « le fondement du droit subjectif réside dans la notion d'intérêt, c'est la constatation d'un intérêt particulier qui fonde la reconnaissance de droits subjectifs par le droit objectif, et en conséquence la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à certains centres d'intérêts »³¹⁶. Bref, « une personne juridique est un centre d'intérêts socialement protégés »³¹⁷. Les deux conditions nécessaires et suffisantes à l'octroi de la personnalité morale se résument donc à « un intérêt distinct des intérêts individuels »³¹⁸ et « une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt³¹⁹ ». Cette théorie, fort répandue en doctrine, semble également avoir reçu l'assentiment du droit positif³²⁰ : la multiplication des

³⁰⁹ A propos du caractère protéiforme de la notion de patrimoine d'affectation : A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine*, RLDC 2010, n°3864.

³¹⁰ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, éd. La Mémoire du droit, 2003 (réimpression de l'éd. 1910) p.447 et s., spé. p.476.

³¹¹ Il faudrait dire de la doctrine allemande car le droit positif allemand a, comme le droit français, préféré consacrer la personnalité morale plutôt qu'un patrimoine sans sujet. V. notamment, T. RIEHM, *Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés*, RLDC 2010, n°4066.

³¹² V. la justification de cette non-transposition par J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°219.

³¹³ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. TROTABAS, 1924.

³¹⁴ Gaston LAGARDE l'exprime ainsi : « [...] dans le vaste rayon des théories de la réalité, une importante fraction de la doctrine a découvert, pour élaborer une « motion de synthèse », la *réalité technique*. La formule comporte un élément de vérité : une construction juridique qui est réellement appliquée – capacité de jouissance effectivement reconnue à un groupe de personnes – n'est pas une fiction. Mais autre chose est la réalité du recours à la technique, autre chose la réalité *extra legem* du droit naturel de recourir à cette technique. » (*Propos de commercialiste sur la personnalité morale, Réalité ou réalisme ?* in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p.429, spé.p.441.)

³¹⁵ R. MARTIN, *op.cit.*, n°16 – Sur la distinction entre réalité concrète et réalité technique, V. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 253, 1997, n°212 et s. et 215 et s.

³¹⁶ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.* n°140.

³¹⁷ J. WALINE, *op. cit.* p.159.

³¹⁸ L. MICHOU, *op. cit.*, n°53.

³¹⁹ L. MICHOU, *op.cit.*, n°54 b.

³²⁰ V. l'arrêt *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, deuxième chambre civile, 28 janvier 1954, préc.

dispositions légales accordant ou refusant expressément la personnalité morale ou subordonnant son octroi à certaines formalités est en effet contrebalancée par une adhésion jurisprudentielle évidente³²¹. En outre, sa réception en droit positif a été confirmée par réponse ministérielle³²². Le fait que le législateur intervienne pour octroyer la personnalité morale à certains groupements n'est ainsi pas un argument dirimant pour dénoncer cette théorie. En effet, l'attribution de la personnalité juridique dépend toujours de la volonté du législateur, qu'elle intéresse la personne physique ou la personne morale³²³. En revanche, cette théorie est insuffisante à permettre la qualification juridique précise du lien organique. En effet, elle est susceptible de mener à deux qualifications incompatibles selon qu'elle est éclairée par l'analyse contractuelle ou institutionnelle de la société.

59. Retour sur la nature institutionnelle ou contractuelle du groupement personnifié³²⁴. – Les controverses qui entourent l'existence et l'organisation des groupements personnifiés ont toujours été sous-tendues par des oppositions idéologiques. Ainsi, la vivacité des discussions à propos de la nature de la personnalité morale s'expliquait en partie par l'opposition entre l'Etat et la liberté d'association – religieuse notamment³²⁵. La pérennisation du débat opposant partisans de la société-contrat et partisans de la société-institution, s'inscrit également dans une bataille idéologique. En effet, la thèse contractualiste aurait pour double objectif de prémunir la société d'une réglementation trop rigoureuse et de restaurer les associés dans leur rôle de maîtres du jeu. La thèse institutionnelle, au contraire, justifierait une intervention étatique importante et la confiscation par les dirigeants du pouvoir de contrôle et de direction à la place des associés. Même si ces considérations politiques n'ont pas disparu³²⁶,

³²¹ Soc. 23 janvier 1990, Rev. sociétés 1990, p.444, note R. VATINET ; Dr. Soc., 1990, p.322, note J. SAVATIER (à propos des comités de groupe) – Soc. 17 avril 1991, JCP 1992, II, 21856, note H. BLAISE (à propos des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail).

³²² Rép. Min. n°51033, JOAN Q 20 août 1984, p.3650 : « le silence de la loi ne saurait être interprété, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme déniait au comité de groupe la personnalité civile. »

³²³ V. G. GOUBEUX, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens* in *Etudes Roblot*, LGDJ, 1984, p.199, spé n°7 : « C'est donc la loi qui attribue la capacité de jouissance. Qu'elle le fasse très généreusement au profit des êtres humains ne modifie pas l'analyse. [...] La capacité de jouissance est accordée à l'enfant simplement conçu et la loi donne effet à la décision de l'intéressé lui-même pour fixer, au cours de la période légale de gestation, le moment précis de l'acquisition de cette capacité (article 311 alinéa 2 du Code civil). On ne saurait mieux démontrer que l'aptitude à être sujet de droits peut dépendre d'un choix arbitraire. Ce qui est vrai pour l'attribution de la capacité de jouissance aux personnes physiques vaut évidemment pour les personnes morales ».

³²⁴ Pour l'application de la théorie de l'institution à des groupements autres que la société, V. R. BRICHET, *Association et syndicat*, Litec, 6^e éd., 1992, spé. n°2.

³²⁵ G. LAGARDE, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale, Réalité ou réalisme ?* in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974 p.429, spé. p.433-435 ; P. MALAURIE, *Nature juridique de la personnalité morale*, Defrénois 1990, art.34848, spé. n°1.

³²⁶ Ainsi, le renouveau actuel de la thèse contractualiste serait dû à l'émergence en droit français de la théorie anglo-saxonne de la *corporate governance*, modèle selon lequel la société serait la chose des actionnaires (pour des développements plus exhaustifs, V. J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p.595, spé. n°36.).

elles ne peuvent guider efficacement la discussion, qui doit être, avant tout, d'essence technique. Elle sera donc exposée suivant cette inclinaison.

Selon l'analyse contractualiste, la société est « le fruit d'un contrat multilatéral conclu entre un certain nombre d'associés qui conviennent de mettre en commun un ensemble de forces ou de moyens pour réaliser un but particulier »³²⁷. La société prend ainsi naissance dans un acte juridique de nature conventionnelle³²⁸. De plus, le fonctionnement de la société est entièrement tourné vers la satisfaction de l'intérêt personnel de ceux qui l'ont créée. A cet égard, le contrat de société ne peut être tout à fait assimilé aux « classiques » contrats-échange. C'est pourquoi la doctrine le classe au sein d'une toute autre catégorie : celle des contrats-organisation³²⁹. Plus récemment encore, il a été défini comme un contrat-concentration³³⁰ relevant d'une catégorie plus générique : celle des contrats-coopération.

Selon l'analyse institutionnelle élaborée par P. DURAND³³¹ et tirée de la théorie publiciste de M. HAURIOU³³², la société est un groupement organisé de façon durable et impérative autour d'un but déterminé³³³. Consécutivement, les droits et intérêts des associés sont ici soumis, voire potentiellement sacrifiés à l'intérêt supérieur de l'institution qui transcende les intérêts individuels de ses membres.

³²⁷ J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006, n°154.

³²⁸ La nature exacte de cet acte est discutée parmi les partisans de l'école contractualiste : ainsi, l'acte constitutif de la société serait un contrat lorsque la société est pluripersonnelle, tandis qu'il serait un acte juridique unilatéral lorsqu'elle est unipersonnelle (Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002 n°3.) ; mais parce que le contrat se caractérise par une opposition d'intérêts des contractants, qui n'existe pas dans la société, la qualification d'acte unilatéral conjonctif, collectif ou individuel lui est parfois préférée, l'acte unilatéral poursuivant un intérêt unique (G. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 27, 1961 – Sur la qualification d'acte unilatéral collectif ou individuel : J.-P. BERTREL, *op. cit.*, n°29 ; J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°159 et s. ; G. WICKER, *Personne morale*, Rép. Civ. Dalloz, 2012, n°27 ; G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT in Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, n°44 – Sur la notion d'acte conjonctif, V. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 213, 1990). La dimension contractuelle n'est toutefois pas exclue de cette qualification (F. DEBOISSY, *Le contrat de société*, Association Henri Capitant, Journées brésiliennes 2005, n°29 ; J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.* n°175).

³²⁹ P. DIDIER, *Brèves notes sur le contrat-organisation in L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François TERRE*, PUF, 1999, p.635.

³³⁰ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 27, 2012, n°69 et s. Cette nouvelle figure contractuelle permet à l'auteur de rejeter la proposition institutionnelle et la proposition de l'acte unilatéral collectif.

³³¹ *Rapport de M. Paul DURAND in La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T.III, 1947, p.45.

³³² M. HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire in Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, Paris, p.134 ; *L'institution in Les principes de droit public*, Sirey, 1910 p.123 s. ; *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, réimpr. Dalloz 2002 ; *La théorie de l'institution et de la fondation in Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°4, Bloud et Gay, 1925. – *Adde*, pour un aperçu de l'évolution de la pensée de M. HAURIOU, G. MARTY, *La théorie de l'institution in La pensée du doyen Maurice HAURIOU et son influence*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1968, p. 29 s. et E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et société 30/31-1995 p.381. – Le doyen HAURIOU n'a jamais appliqué sa théorie institutionnelle à la société.

³³³ Selon HAURIOU, trois éléments caractérisent une institution : « 1° l'idée de l'œuvre à réaliser dans le groupe social ; 2° le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation ; 3° les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation » (*La théorie de l'institution et de la fondation*, réf. préc.). Ces trois éléments sont repris par Paul DURAND.

Il résulte de cet exposé lapidaire³³⁴ que le point d'achoppement principal des deux thèses³³⁵ réside dans la détermination de l'intérêt de la société. La théorie de la réalité technique place au centre de l'attribution de la personnalité juridique cette même notion d'intérêt. La combinaison de chacune des deux thèses avec la théorie de la réalité technique conduit donc à deux éclairages différents du groupement personnifié : dans l'optique de la société-institution, un groupement doit être personnifié dès lors qu'il existe un intérêt propre de celui-ci, intérêt qui est totalement distinct de celui de ses membres³³⁶. Il y a donc une parfaite étanchéité entre les intérêts de la personne morale et ceux de ses membres. Dans l'optique de la société-contrat, s'il peut être dégagé un intérêt propre du groupement apte à lui faire acquérir la personnalité juridique, cet intérêt n'est pas sans lien avec celui de ses membres dès lors qu'il est sélectionné au sein des intérêts individuels, par l'acte constitutif du groupement³³⁷.

De ceci découlent deux conceptions distinctes de la personnalité morale : d'après la conception institutionnelle, la personnalité morale confère au groupement non seulement une existence distincte de celle de ses membres mais également une situation d'altérité entre les membres et le groupement³³⁸. Selon la conception contractualiste en revanche, la personnalité morale n'est pas une condition d'existence de la société. Cette dernière préexiste en tant qu'acte juridique, mais dépourvue de la personnalité juridique, et conformément au principe de l'effet relatif des contrats³³⁹ elle n'entraîne d'effets de droits qu'à l'égard des associés. La personnalité morale en faisant « rayonner [l'acte de société] vers l'extérieur »³⁴⁰ apparaît donc comme une technique d'opposabilité aux tiers des dispositions contenues dans l'acte constitutif du groupement³⁴¹. Entendue comme une technique d'opposabilité aux tiers, la personnalité morale

³³⁴ Pour des développements plus exhaustifs, V. références précitées.

³³⁵ V. également, l'adoption par certains auteurs d'une conception mixte (J.-P. BERTREL, *op. cit.* n°39) ; sur la critique de cette conception, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, note n°643 sous n°157.

³³⁶ Sur la définition de cet intérêt propre, V. les apports et les limites de la théorie de l'entreprise, *infra* n°180 et s.

³³⁷ G. WICKER, *Personne morale*, réf. préc. n°26 ; également en ce sens, G. SOUSI : « [...] il n'y a d'autres intérêts dans une société que ceux des personnes physiques qui la constituent.[...] cette affirmation conduit aussi à admettre que le prétendu intérêt social est en fait l'intérêt des associés [...] » (*L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon III, 1974, spé. n°280). – *Adde*, pour d'autres auteurs, cet intérêt « n'est jamais que la majorité qui se dégage de l'assemblée des personnes physiques qui la composent » (V. WESTER-OUISSE, *Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences*, JCP 2009, Doctr.137, spé. n°15).

³³⁸ Cette altérité apparaît ostensiblement par l'existence de deux patrimoines distincts : celui de la personne morale et celui des associés. Or, si l'on s'appuie sur le triptyque élaboré par AUBRY et RAU – « [...] Les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; [...] toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait aucun bien ; [...] la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot. [...] » (*Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t.9, Marchal et Godde, 5^{ème} éd., par E. BARTIN, 1917, § 573, spé. p.336) – les droits et donc les intérêts de la personne morale sont parfaitement autonomes de ceux des personnes physiques qui en sont les membres.

³³⁹ Article 1165 du Code civil.

³⁴⁰ F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°12.

³⁴¹ F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°12 ; J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°147 et s. ; G. WICKER, *Personne morale*, réf. préc., n°20 – V. également, en ce sens J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, 1984, n°241.

ne saurait donc modifier la nature du groupement initial³⁴². Dès lors, il apparaît erroné de parler de césure totale entre le groupement et ses membres³⁴³.

Bien qu'imparfaite³⁴⁴, la conception contractualiste doit être retenue en raison de la qualité de son fondement : la technicité de celui-ci face aux concepts ajuridiques³⁴⁵ sur lesquels s'appuie la conception institutionnelle lui garantit une incontestable supériorité.

60. Liens entre l'analyse de la personne morale et la qualification juridique du lien organique. – L'analyse de la personne morale n'est pas sans conséquence sur la qualification juridique du dirigeant social, c'est pourquoi un retour sur la personnalité morale était préalablement nécessaire. Nonobstant, il serait incorrect de dire qu'à chaque école correspond une seule qualification idoine. En effet, il semble que l'affirmation de J. CARBONNIER selon laquelle il existe autant de théories de la personne morale que d'auteurs³⁴⁶ se vérifie également s'agissant de la qualification juridique du mandataire social. Chaque école propose donc parfois plusieurs théories différentes. C'est pourquoi, il serait non seulement inopportun de rattacher les qualifications proposées à des écoles en particulier, mais encore inadéquat de prétendre retenir une qualification juridique en raison de son rattachement à la conception de la personnalité morale à laquelle il a été fait allégeance. Il n'est pas faux de dire cependant que si toutes les qualifications juridiques *sui generis* peuvent être invoquées par chaque école, certaines qualifications communes ne peuvent être admises qu'en adhérant à l'approche contractualiste. Sera donc retenu cet autre classement, s'articulant autour d'une distinction entre des qualifications juridiques *sui generis* (1.) c'est-à-dire spécifiques à la personne morale et des qualifications juridiques communes appliquées à l'« organe » de la personne morale (2.).

1. Les qualifications juridiques *sui generis*

61. Théorie classique de l'organe. – Bien que la terminologie d'organe soit également employée par d'autres écoles, la théorie classique de l'organe découle directement de l'analyse

³⁴² G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, n°22.

³⁴³ L'affirmation a nécessité de longs développements portant sur l'aspect patrimonial de la personnalité morale ; les tenants de la théorie contractualiste ont ainsi démontré qu'il n'existait pas non plus d'altérité absolue entre les droits de la personne morale et ceux de ses membres. A l'appui de leur raisonnement, ils font appel tantôt à la notion d'affectation (F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°20 ; J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°208 et s. ; G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, réf. préc., n°48) tantôt aux notions de surpropriété et de subpropriété (J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°49 et s. – Sur ces deux notions, D. R. MARTIN, *La propriété de haut en bas*, D. 2007, p.1977).

³⁴⁴ La nature ambiguë de l'acte constitutif du groupement (acte essentiellement unilatéral mais non sans composante contractuelle) fragilise l'analyse contractuelle de la société.

³⁴⁵ V. *supra* note de bas de page n°333.

³⁴⁶ *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadriges Manuels, PUF 2004, n°376 p.739.

organiciste de la personne morale³⁴⁷. Elle oppose radicalement représentant et organe de la personne morale. D'abord, la qualité d'organe ne découle pas d'un acte juridique ou de la loi, ce qui est le cas pour la qualité de représentant, mais de la constitution même de la personne morale. L'« organe n'est pas quelque chose de distinct d'elle [la personne morale] ; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main ; [...] [il] est un corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence. »³⁴⁸. L'organe, contrairement au représentant, **est** donc la personne morale³⁴⁹. Ensuite, l'organe n'est pas non plus générateur de la volonté de la personne morale mais un vecteur incarné qui en permet l'expression. Pour résumer, « l'activité, la volonté et les décisions de l'organe sont [...] réputées être celles de la personne morale elle-même »³⁵⁰.

Cette théorie encourt de nombreuses critiques, toutes en lien direct avec celles adressées aux théories de la réalité élaborées pour l'analyse de la personne morale. D'abord, l'identification des organes de la personne morale aux organes de la personne physique procède d'une analogie biologique fallacieuse car « les organes de l'homme ne sont pas par eux même doués de volonté, ce sont de simples instruments qui lui permettent de manifester extérieurement sa pensée, et d'exécuter les actes qu'il a conçus. [...] la vie descend de la volonté de l'homme à son organe ; dans la théorie [...], au contraire, elle remonte de l'organe à la personne morale »³⁵¹. Cette première critique est donc directement liée aux reproches adressés à la théorie organiciste : celle-ci n'est qu'une métaphore³⁵², certes dotée d'une certaine valeur descriptive voire sociologique, mais paradoxalement assez éloignée de la réalité. Ensuite, la théorie de l'organe suppose que la personne morale soit capable d'une volonté propre, ce qui est largement contesté notamment par les partisans de la réalité technique qui considèrent que « la personne morale n'a de volonté et d'intelligence *que par lui* [l'organe] »³⁵³. Cette seconde critique renvoie exactement à celle qui fut opposée à la théorie de la réalité psychologique, qui s'appuyait sur l'existence d'une conscience ou volonté propre de la personne morale³⁵⁴. De surcroît, cette théorie ne propose pas de vraie qualification juridique aux liens qui unissent le

³⁴⁷ L. MICHOUUD évoque d'ailleurs l'agacement des partisans de la théorie organiciste qui découle de cette situation (*op.cit*, note n°1 sous n°59 p.129).

³⁴⁸ L. MICHOUUD, *op. cit.*, n°60 p.129.

³⁴⁹ « Le représentant et le représenté sont et restent deux ; le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne », G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, 1911-1913, t. II, p.248 et s., cité par L. MICHOUUD, *op.cit*, note n°2 sous n°60 p.129.

³⁵⁰ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°229.

³⁵¹ M. LORNE, *De la responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants*, thèse Paris, 1910 p.91.

³⁵² B. STARCK dénonce le « caractère artificiel de la notion d'organe, considéré comme partie intégrante de la personne morale, et revient en réalité à reconnaître en la matière une responsabilité du « fait d'autrui ». » (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.257).

³⁵³ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. TROTABAS, 1924, n°63 p.136. – Egalement en ce sens, B. STARCK, *op. cit.*, p.257.

³⁵⁴ Finalement, donc, la théorie de l'organe « remplace une fiction (la personne morale être fictif) par une autre fiction (la personne morale être réel, mais doté d'une volonté fictive). » (B. STARCK, *op. cit.*, p.257). – V. *supra* n°58.

dirigeant social et la personne morale³⁵⁵. Enfin, l'opposition radicale entre représentant et organe a fait l'objet de critiques fondées³⁵⁶ sous-entendant l'hérésie juridique de cette théorie.

62. Théorie « moderne » de l'organe³⁵⁷. – Les prémices de cette théorie moderne de l'organe apparaissent très tôt parmi les partisans de la réalité technique notamment. Ainsi L. MICHOUUD jugeait la théorie de l'organe « acceptable » sous réserve de deux conditions : d'une part, il rejette l'idée que la personne morale soit *toute entière* dans ses organes, à défaut desquelles celle-là serait un néant³⁵⁸ ; d'autre part et surtout, il précise que le mot *organe* ne doit être employé qu'à titre de comparaison³⁵⁹ puisque contrairement à l'organe de la personne physique, l'organe de la personne morale a pour support une personne physique dotée de volonté et d'intelligence. Consécutivement, parmi les actes du dirigeant, il faudra distinguer ceux qui lui restent personnels (parce qu'ils relèvent de l'action de la personne physique) et ceux qui seront attribués à la personne morale (parce qu'ils relèvent de l'action de l'organe). De plus, puisque personne morale et organe personne physique ont des existences autonomes, des relations s'établissent entre eux, relations qui doivent être définies par le droit³⁶⁰. L'auteur se prononce alors sur la nature de ces relations : il semble favorable à ce qu'elles se définissent comme des liens de représentation spéciale puisqu'il affirme que « la théorie de l'organe [...] est très supérieure à la théorie de la représentation légale ³⁶¹[...]. [...] Sa supériorité consiste surtout à expliquer le fait, pour nous indéniable, que la représentation de la personne morale³⁶² présente *plus d'étendue* que celle de la personne physique »³⁶³. Dans sa théorie de l'organe, il s'agit donc bien de lien de représentation mais dont l'ampleur dépasse celle usuellement constatée entre deux personnes physiques. Selon lui, par exemple, contrairement à un représentant légal, l'organe peut accomplir pour le compte de la personne morale des actes impliquant sa conscience ou sa volonté personnelle, y compris des actes illicites qui seront

³⁵⁵ Les partisans de la théorie de l'organe n'envisagent d'ailleurs pas de rapport juridique entre l'organe et la personne morale puisque celui-là est une partie de celle-ci.

³⁵⁶ R. SAVATIER explique ainsi que « [...] c'est à tort, [...], qu'ils [les juristes] tendent volontiers à distinguer de l'organe des personnes morales, les représentant des personnes quelconques. Car toute représentation fait du représentant, l'organe de la vie juridique du représenté [...] » (*L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté*, D. 1959, p.9, spé. n°8).

³⁵⁷ La terminologie a déjà été employée par un auteur pour désigner la théorie de la représentation légale (J-C PAGNUCCO, *op. cit.*, n°233), dès lors que les auteurs proposant d'analyser le lien entre personne morale et dirigeant comme un cas de représentation légale spéciale continuent d'employer le terme d'organe (V. par exemple, Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 10^e éd., n°94 : « [...] il y a une représentation originale de la personne morale par les *organes* que la loi a institués » – Adde, G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977). Il semble pourtant qu'il existe une théorie moderne de l'organe distincte de la théorie de la représentation légale. C'est de cette théorie qu'il sera question ici tandis que la représentation légale sera abordée plus tard.

³⁵⁸ L. MICHOUUD, *op. cit.*, n°63 p.136-137.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ V. *infra* n°65.

³⁶² Nous soulignons.

³⁶³ L. MICHOUUD, *op. cit.*, n°64.

imputables à la personne morale et qui engageront sa responsabilité civile³⁶⁴ et plus rarement sa responsabilité pénale³⁶⁵.

Cette qualification juridique n'est pas à l'abri des contestations : d'abord, si elle revient sur certains points discutables de la qualification classique de l'organe, elle n'apporte pas de véritable solution. En quoi la distinction entre organe et personne physique investie dans cette fonction renseigne-t-elle sur la nature juridique de la relation entre organe et personne morale ? En outre, admettre dans le même temps la représentation et l'incarnation relève du paradoxe.

63. Théorie de l'incarnation/figuration. – La théorie de l'incarnation est la plus récente des qualifications juridiques *sui generis* proposées³⁶⁶. Elle se rapproche de la théorie de l'organe en ce qu'elle affirme la confusion des personnalités entre l'être social et le dirigeant. Elle s'en distingue en revanche en ce qu'elle affirme la fictivité de la personne morale³⁶⁷. Cela signifie que si *en fait*, le dirigeant émet toujours sa propre volonté, *en droit*, les actes commis par le dirigeant *sont* ceux de la personne morale, qu'il s'agisse d'actes juridiques ou de faits juridiques. Exceptionnellement, toutefois, *en droit*, l'identification du dirigeant et de la personne morale cesse, faisant ressurgir l'Homme derrière l'« hypostase »³⁶⁸. Ici, la responsabilité du dirigeant peut alors être recherchée tandis que celle de la personne morale disparaît³⁶⁹ ; là, les obligations de la personne physique s'accroissent pour protéger la personne morale³⁷⁰.

Cette dernière qualification juridique *sui generis* présente les mêmes qualités et les mêmes défauts que celles qui l'ont précédée : si l'effort entrepris pour passer « de la métaphore [de l'incarnation] au concept »³⁷¹ est louable car correspondant au besoin vital d'élaboration de nouvelles techniques juridiques à fin de lecture rétrospective ou prospective du droit positif, il se révèle altéré par le vice de méthode consistant à vouloir justifier d'un régime exorbitant par la découverte d'un concept inconnu. En clair, le défaut majeur et irréductible de l'ensemble de ces qualifications juridiques *sui generis* réside dans le fait qu'elles sont purement fonctionnelles, sans existence préalable au régime qu'elles souhaitent justifier. Dépourvues de toute justification propre, elles ne sauraient elles-mêmes faire office de fondement solide à un

³⁶⁴ L. MICHOD, *op. cit.*, *loc. cit.* ; l'auteur nuance toutefois son propos puisqu'il précise que l'acte illicite est en général étranger à la volonté de la personne morale. Pourtant, ce raisonnement doit céder devant l'exigence d'indemnisation du tiers, victime du dommage et l'exigence d'un équilibre entre les bénéfiques et les charges tirés de ce qui se fait au nom de la personne morale (*op. cit.*, n°281 p.251)

³⁶⁵ En effet, le délit ou le crime devront être considérés comme excédant les limites des fonctions de l'organe, même s'ils ont été accomplis dans l'intérêt de la personne morale (*op. cit.*, n°281 p.250). – *Contra*, A. MESTRE qui envisage plus largement la responsabilité pénale des personnes morales en y incluant crimes et délits (*Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899, spé. p.251).

³⁶⁶ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 510, 2009.

³⁶⁷ J.-F. QUIEVY, *op. cit.* n°180 et s. – *Contra*, la théorie de l'organe qui s'appuie sur l'école de la réalité, *supra* n°58.

³⁶⁸ J.-F. QUIEVY, *op. cit.* n°208 et s. – *Comp.* avec la théorie moderne de l'organe qui distingue les actes de l'organe des actes de la personne physique, *supra* n°62.

³⁶⁹ J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°211 et s.

³⁷⁰ J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°225 et s.

³⁷¹ J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°157.

régime. Elles sont ainsi condamnées à l'abandon. Sans préjuger de leur adéquation à la situation en présence, les qualifications juridiques communes appliquées à la personne morale ne sauraient, en principe, recevoir la même critique.

2. Les qualifications juridiques communes appliquées à l' « organe » de la personne morale

64. Points communs et différences des qualifications juridiques communes possibles. – Alors que les qualifications juridiques *sui generis* avaient toutes en commun de rejeter tout lien de représentation entre l'organe et la personne morale³⁷², les qualifications juridiques communes s'appuient au contraire sur cette figure juridique connue pour expliquer les relations qui unissent l'organe et le groupement. Toutefois, alors que certaines propositions doctrinales s'orientent sans ambages vers la qualification de mandataire, seule figure de représentation conventionnelle conçue par le Code civil, d'autres se révèlent plus ambiguës, préférant la qualification de représentant « spécial ». Ce faisant, ces dernières s'exposent aux mêmes critiques que les qualifications *sui generis*.

65. Théorie du représentant légal et théorie du représentant légal « original ». – Initialement, il a été enseigné que la personne morale était privée, à l'instar de l'incapable, de sa capacité d'exercice. Sa situation exigeait donc que cette capacité d'exercice soit déléguée à une personne physique susceptible de mettre en œuvre et de défendre ses droits³⁷³. Cette assimilation du dirigeant social à un représentant légal « classique » n'a pas totalement convaincu. Très vite, il a été objecté que la situation des personnes physiques incapables et celle des personnes morales n'était guère comparable³⁷⁴ : ainsi, alors que l'incapacité des personnes physiques est fondée sur l'impossibilité pour elles d'exprimer un consentement libre et éclairé, l'incapacité des personnes morales découle plutôt de leur impossibilité à émettre une volonté propre³⁷⁵ et plus généralement à accomplir des actes juridiques. Autrement dit, et en s'appuyant sur la distinction de J. CARBONNIER entre les incapacités d'exercice naturelles et les incapacités d'exercice juridiques, il est possible que l'incapacité des personnes physiques soit le plus souvent d'ordre juridique (le mineur peut matériellement accomplir des actes juridiques mais la loi le lui interdit pour le protéger)³⁷⁶ alors que l'incapacité des personnes morales est *toujours* d'ordre naturel, de sorte que cette incapacité d'exercice est totale. En outre, les pouvoirs du représentant de la personne morale sont « autrement [plus] étendus que

³⁷² V. *supra* n°61 et s.

³⁷³ Certains auteurs font encore référence à l'incapacité d'exercice des personnes morales (par exemple, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, coll. Traités, 2003, n°1238.

³⁷⁴ Pour une comparaison exhaustive, V. J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°145 et s.

³⁷⁵ *Contra*, dans les théories de la réalité psychologique, V. *supra* n°58.

³⁷⁶ Par exception, l'incapacité des personnes physiques peut être d'ordre naturel, par exemple lorsque l'incapable est plongé dans le coma.

ceux des représentants [légaux] ordinaires »³⁷⁷. L'abandon de la qualification de représentant légal ne fut pourtant pas total.

L'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 règlementant avec précision le statut des dirigeants sociaux eut à cet égard deux effets : d'abord, elle emporta ou consolida l'opinion de la doctrine selon laquelle le dirigeant social était un représentant légal de la personne morale ; mais paradoxalement, elle participa ensuite de leur orientation vers une représentation spéciale puisque l'étendue des pouvoirs du dirigeant social dépassait celle d'un représentant légal ordinaire. Ce modèle de représentation légale est très proche de celui de l'organe moderne³⁷⁸ et comme lui, il n'apporte pas de réponse satisfaisante. En effet, alors que l'enjeu de la qualification juridique de l'organe reste de trouver des solutions à certains vides juridiques dans son statut ou de justifier l'intervention des juges en ce sens, le recours à une qualification juridique inconnue dont le régime est en construction, donc tout aussi inconnu, est inopérant. En outre, l'analyse selon laquelle la source de la représentation de la personne morale par ses organes est légale apparaît erronée. Ce raisonnement peut ne pas convaincre, qui repose sur une confusion entre l'existence d'un régime particulier imposé par la loi et la source de la représentation. Généralement, est un représentant légal celui à qui la loi confère, impérativement, le pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'autrui. Ainsi en est-il pour les représentants des incapables majeurs ou mineurs. En droit des sociétés, la situation est différente puisque si la loi impose l'existence d'un représentant pour la personne morale, la détermination de ce dernier relève de la décision des associés³⁷⁹. La réglementation étroite des pouvoirs du dirigeant n'assure pas non plus la supériorité de la représentation légale sur la représentation conventionnelle. En effet, la réglementation impérative d'un contrat ne conduit pas à la négation de sa nature conventionnelle : les exemples de la donation ou du contrat de vente portant sur un bien immobilier en sont autant de preuves. Rien n'empêche dès lors de rechercher l'existence d'un contrat de mandat, d'une représentation conventionnelle de la personne morale.

66. Théorie du représentant conventionnel. – L'affirmation de la qualité de mandataire conventionnel des associés prend sa source dans la théorie de la fiction de la personne morale ; elle a connu un déclin important par la suite, avec l'avènement des théories de la réalité et de l'approche institutionnelle de la société. Cette qualification devenait alors non seulement « techniquement » incompatible avec l'analyse de la personnalité morale mais, en outre,

³⁷⁷ G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy 1977, n°73.

³⁷⁸ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. T. 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011, n°1149 : « Il y a une représentation originale de la personne morale par les organes que la loi a institués[...] ». En ce sens, Ph. MESTRE, *op. cit.*, n°94. – V. également, J.-C. PAGNUCCO (*op. cit.*, n°233 et s.) qui assimile la théorie moderne de l'organe et la théorie de la représentation légale spéciale.

³⁷⁹ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°235. La désignation des représentants peut alors se faire à la majorité sans que cela constitue une atteinte au principe du consensualisme du droit civil dès lors que la règle de la majorité a été acceptée par avance et à l'unanimité des associés (en ce sens, B. DONDERO, *L'immunité des dirigeants d'entreprise* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, CEPRISCA collection colloques, 2009, p.37, spé. n°11).

idéologiquement contraire aux thèses de l'institution et de l'entreprise : opter pour la qualification de mandataire, c'est en effet reconnaître que la société est une « chose » au service des associés, qui en contrôlent la direction par le biais du mandat donné aux dirigeants. Le « renouveau » de l'approche contractualiste a rouvert la voie à cette qualification juridique : le nouvel éclairage contractualiste ne s'oppose, ni à ce que soient prises en compte des considérations supérieures aux intérêts des associés (grâce à une réglementation légale par exemple), ni à l'identification technique d'un mandat. Un auteur démontre cette compatibilité technique ainsi : « puisque le dirigeant social est un représentant parfait, c'est dans ce cadre qu'il faut chercher sa qualification principale. Or, celle-ci est, dans ce cadre, déterminée par ses sources et son mécanisme. Comme en l'espèce il s'agit de sources contractuelles, le dirigeant ne peut être qu'un mandataire puisque le mandat est le mode unique de représentation parfaite conventionnelle [...] »³⁸⁰. Cette affirmation se vérifie de surcroît à l'épreuve de la définition légale du mandat.

L'article 1984 du Code civil dispose que « le mandat [...] est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». A s'en tenir aux termes de la loi, le dirigeant social peut effectivement être le mandataire de la collectivité des associés. D'abord, ce sont bien les associés qui attribuent la fonction de mandataire au dirigeant puisque celle-ci découle tantôt de l'acte constitutif du groupement, tantôt d'une délibération de l'Assemblée générale, tantôt de la décision d'un mandataire délégué à cette fin par l'un ou l'autre de ces actes juridiques³⁸¹. De plus, le principe majoritaire applicable à l'Assemblée générale n'est pas un argument dirimant dès lors que les minoritaires ont tacitement consenti en adhérant au groupement à faire leur la décision de la majorité d'entre eux.

Ensuite, à supposer que la représentation doive être limitée à l'accomplissement d'actes juridiques³⁸², rien ne s'oppose à ce que le dirigeant accomplisse des actes matériels rendus nécessaires pour l'efficacité de sa mission principale. Il n'est donc pas inéluctable de réfuter la qualification de mandat³⁸³, dès lors que l'activité juridique correspond à son activité principale³⁸⁴.

³⁸⁰ S. ASECIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. soc. 2000 p.683, spé. n°10 et s. Cet auteur retient toutefois la qualification de mandat *spécial*, parce qu'il qualifie la société de contrat spécial, note n°51 sous n°8. – Sur les liens qui unissent contrat de mandat et représentation, V. *infra* n°70. – Sur les notions de représentations parfaite ou imparfaite, V. M.-L. IZORCHE, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999, p.369.

³⁸¹ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°246 et s.

³⁸² R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 4, Marescq, 3^{ème} éd., trad. MEULENAERE, 1888, §63, n°3 s. ; M. STORCK *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 172, 1982 – *Contra*, P. DIDIER, *La représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 179, 2000, n°146 et s.

³⁸³ M. STORCK distinguait selon que le dirigeant agissait en vertu de pouvoirs propres (pour les actes matériels) et de pouvoirs de représentation (pour les actes juridiques), (*op. cit.*, n°284).

³⁸⁴ Celle-ci pourrait être double : gestion et représentation de la personne morale, sachant que la seconde activité est difficilement détachable de la première. Sa fonction correspondrait alors à un contrat de gestion agrégeant un contrat d'entreprise et un contrat de mandat (à propos de ce contrat, V. J.-P. CUIF, *Le contrat de gestion*,

Enfin, s'agissant de l'objection tenant à ce que le dirigeant social agisse au nom de la *société* et non des *associés*³⁸⁵, elle peut être surmontée par la « nouvelle » approche contractualiste de la société qui rejette l'idée de césure totale entre société et associés : l'imputation des actes à la société n'est ainsi que la « conséquence logique de la technique sociétaire »³⁸⁶ derrière laquelle se trouve la communauté des associés³⁸⁷.

La qualification de mandataire de droit commun de la collectivité des associés semble ainsi pouvoir être soutenue³⁸⁸ ; elle présente en outre un avantage lui conférant sa supériorité sur toutes les autres analyses, elle est bien connue du droit positif³⁸⁹. A n'en pas douter, les réponses aux questions restées en suspens à propos du régime du dirigeant social se trouveront majoritairement dans l'abondante jurisprudence relative au régime du mandataire de droit commun³⁹⁰. Qui plus est, la plupart des règles actuellement applicables aux organes de la personne morale pourraient être justifiées par une application particulière du droit du mandat³⁹¹.

67. Extension de la qualification de mandataire aux commissaires aux comptes ayant commis une faute de fonction. – Il a été vu précédemment que le commissaire aux comptes d'une société se voyait également appliquer la faute de fonction³⁹². Cette référence à la fonction de commissaire aux comptes avait pu laisser penser à un nouveau lien personnel donnant lieu à l'application de la faute de fonction. L'analyse méticuleuse de la situation en cause permet d'affirmer le contraire. En effet, si la faute de fonction s'applique ici aux commissaires aux comptes ce n'est pas en raison de cette qualité, mais parce qu'en exerçant cette fonction, ils se comportent comme les mandataires de la société de commissaires aux comptes. Pour bien comprendre la situation, il convient donc de distinguer la situation du commissaire aux comptes d'une société anonyme de celle des personnes physiques agissant

Economica, 2004). Pour d'autres auteurs, la gestion de la personne morale *est* la mission du représentant, rendant inutile le recours à un contrat complexe (J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°646 et s.).

³⁸⁵ P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 2009, n°94 ; J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°123.

³⁸⁶ S. ASECIO, *op. cit.*, n°22.

³⁸⁷ Traitant de la délégation de pouvoirs comme moyen de défense du chef d'entreprise pénalement poursuivi, un auteur affirme ainsi que « dans une société le pouvoir émane de l'ensemble des associés [...]. L'existence d'un organe de gestion constitue la « délégation à un préposé investi de l'autorité et de la compétence nécessaire », et « elle exonère automatiquement les associés. » (J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, spé. n°40). Ce faisant, l'auteur semble adhérer à la théorie du représentant conventionnel des **associés**.

³⁸⁸ Elle est parfois énoncée par la doctrine comme relevant de l'évidence. Ainsi, un auteur affirme que « les dirigeants d'une société, qu'elle soit de capitaux ou de personnes, sont les mandataires des associés » (B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p.301, spé. p.302).

³⁸⁹ En ce sens, G. WICKER, *op. cit.*, n°76.

³⁹⁰ V. cependant, *infra* n°430, la justification distincte des règles de responsabilité délictuelle. La situation est logique puisqu'il s'agit d'appréhender un phénomène délictuel là où le mandat limite son influence à la sphère contractuelle.

³⁹¹ Sur le régime du mandat de droit commun applicable au dirigeant social, V. notamment, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*

³⁹² La jurisprudence fait en effet usage de la faute de fonction à l'endroit de ces professionnels (CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, note P. MERLE – *Contra* CA Paris, 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, note P. MERLE ; JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER).

dans le cadre d'une société de commissaires aux comptes et qui, à cette fin, doivent elles-mêmes posséder la qualité de commissaire aux comptes. Dans le premier cas, le commissaire aux comptes ne peut pas être considéré comme un mandataire de la société anonyme et ce, en raison de l'indépendance qui doit être la sienne pour exercer régulièrement son travail de contrôle³⁹³. Dans le second cas, en revanche, les personnes physiques (commissaires aux comptes) agissent au nom et pour le compte de la société de commissaires aux comptes à laquelle ils appartiennent : ils en sont donc les mandataires³⁹⁴ même si, là aussi le consensus n'existe pas³⁹⁵.

Ces personnes physiques pouvant être, selon la jurisprudence, des associés, des actionnaires ou des dirigeants, cela postule que toutes ces personnes, indépendamment de leur qualité originaire, peuvent se voir confier un mandat social devant s'analyser comme un mandat de droit commun.

68. Théorie du représentant conventionnel et nature du lien juridique dans la sphère externe. – A l'issue de cette analyse, la nature du lien organique se précise : il s'agit d'un **lien de représentation**³⁹⁶. Cette qualification n'était pas apparue au stade de l'étude de la nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne et cela se justifie aisément car la représentation ne se conçoit vraiment que dans les rapports avec les tiers³⁹⁷. Dès lors, la question se pose de savoir si cette qualification pourrait apparaître également dans l'analyse de la nature jusqu'ici ignorée du lien de préposition envisagé dans la sphère externe.

B. La nature ignorée du lien de préposition envisagé dans la sphère externe

69. Lien de préposition et sphère externe. – Tandis que l'existence d'une relation ternaire apparaît explicitement dans les dispositions légales encadrant le mandat³⁹⁸, elle ne

³⁹³ En effet, l'indépendance s'entend ici non comme la liberté d'agir, caractéristique des pouvoirs du mandataire, mais comme l'absence de tout conflit d'intérêt. Or, le mandataire social doit agir dans l'intérêt de la société et le commissaire aux comptes dans l'intérêt de la loi. On parle pourtant volontiers du « mandat » de commissaire aux comptes (V. notamment, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^e éd., 2012, n°843 ; G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, réf. préc., n°52).

³⁹⁴ Ils pourraient même en être les préposés s'il était possible d'établir un lien de subordination entre eux et la société de commissaires aux comptes.

³⁹⁵ Pour le rejet de cette qualification, V. P. MERLE, note sous CA Rennes, 16 septembre 2005, réf. préc., spé. n°8 ; pour l'admission de cette qualification, V. J.-J. CAUSSAIN, FI. DEBOISSY, G. WICKER, note sous CA Paris, 14 mai 2003, réf. préc., spé. p.666 *in fine*.

³⁹⁶ Sur les liens qui unissent le contrat de mandat et la notion de représentation, V. *infra* n°70.

³⁹⁷ S. ASECIO, *op. cit.*, n°12 : « [...]le mécanisme de représentation n'a en général de sens que dans le cadre de rapports que l'on pourrait qualifier d'externes car tournés vers la réalisation de relations juridiques extérieures au représenté [...] » ; l'auteur décèle néanmoins une représentation de type interne dans le pouvoir du dirigeant sur les salariés ; on peut ne pas adhérer à cette conception (V. en ce sens, J.-F. PAGNUCCO, *op. cit.*, note n°876 sous n°236) qui inclut le salarié dans la sphère interne alors qu'il est extérieur au contrat de société.

³⁹⁸ La loi prévoit ainsi les obligations du mandataire (articles 1991 à 1997 du Code civil) et les obligations du mandant (articles 1998 à 2002 du Code civil) ; Or, si cela n'apparaît pas formellement dans le plan adopté par le

surgit, à propos du lien de préposition, que dans l'article 1384 alinéa 5 du Code civil prévoyant l'engagement de la responsabilité délictuelle du commettant pour les fautes commises par son préposé. Cette disposition a donné lieu à de nombreux examens : analyses portant sur les conditions d'engagement de la responsabilité du commettant, analyses sur l'étendue de ses effets et, à fin de justifications de ces dernières, analyse du fondement de cette responsabilité. Parce que cette disposition a pour vocation d'être utilisée par des *tiers* au lien de préposition, le fondement de cette responsabilité a ainsi pu être recherché dans les relations ternaires s'établissant entre commettant, préposé et tiers. Fort de l'appui de certains auteurs classiques qui voyaient le fondement de cette responsabilité « dans le fait que le préposé n'est qu'un instrument entre les mains du commettant, de telle sorte que, quand le préposé agit, tout se passe exactement comme si le commettant agissait lui-même [...] Le préposé n'est pas autre chose que le bras du commettant [...] »³⁹⁹, Edmond BERTRAND propose de recourir à la notion de représentation⁴⁰⁰. Sa thèse ne sera ni restituée ni développée ici puisque la question du cadre de la faute de fonction est distincte de celle du fondement de la responsabilité du commettant⁴⁰¹. Cependant, certains propos de l'auteur se révéleront utiles, qui reviennent notamment sur la notion controversée de représentation et sur la possibilité de considérer le préposé comme un représentant du commettant. Cette qualification de représentant permettrait en effet d'unifier le cadre induit de la faute de fonction par l'identité de la nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe.

70. Représentation et mandat. – La première étape de la démonstration d'E. BERTRAND consiste en une dénonciation de la confusion doctrinale entre mandat et représentation⁴⁰². Selon lui, les deux notions doivent être dissociées ainsi que l'enseignait JHERING : « le mandat désigne le côté interne du rapport existant entre le mandant et le mandataire ; le mot représentation désigne le côté externe du rapport, les relations de ceux-ci avec les tiers [...] Cette distinction constitue le fondement même de la théorie de la représentation. ». Cette dissociation entre mandat et représentation est reprise par une partie de

Code civil, ces dispositions concernent tantôt les rapports entre le mandant et le mandataire (ex. articles 1986, 1991, 1992, 1993, 1999, 2000 du Code civil) tantôt les rapports de ces derniers avec les tiers (ex. article 1998 du Code civil), ce que la doctrine fait apparaître dans ses études du contrat de mandat en distinguant les effets du mandat entre les parties et les effets du mandat à l'égard des tiers (P. LE TOURNEAU, *Mandat*, Rép.civ. Dalloz, 2012, n°197 et s. ; *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, n°4040 et s.).

³⁹⁹ H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, n°935. – V. également, CHIRONI, qui voit dans le lien de préposition une « représentation générique impropre », cité par E. BERTRAND, *Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation*, Marseille, 1935.

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 219 et s.

⁴⁰¹ La représentation est toutefois encore présentée dans certains manuels comme un fondement envisageable bien que discutable de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil (V. en ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, tome 2, Armand Colin, 14^e éd., 2011, n°206).

⁴⁰² Il aurait fallu préciser « représentation conventionnelle ». En effet, il a toujours été reconnu à la représentation une existence autonome du mandat puisque était admise la représentation légale (des mineurs par leurs parents par exemple).

la doctrine moderne⁴⁰³, qui s'appuie sur la singularité du régime du mandat ou sur une transposition du modèle germanique. En analysant le régime applicable au contrat de mandat, un auteur⁴⁰⁴ a noté l'inaptitude de la théorie moniste du mandat à fournir une explication à certaines règles⁴⁰⁵. Il pense donc qu'une structure dualiste du mandat serait ainsi plus adéquate au régime applicable. Le mandat se décomposerait alors en un « contrat de gestion des affaires d'autrui » qui stipulerait les obligations réciproques des parties et un acte juridique unilatéral d'habilitation donnant pouvoir au gérant contractuel de représenter le donneur d'ordre. Cette analyse dualiste, outre qu'elle permet d'expliquer le régime applicable au mandat, est assez proche du modèle germanique⁴⁰⁶.

Selon ce modèle, il convient de distinguer d'une part la procuration, acte juridique unilatéral par lequel une personne donne pouvoir à une autre de conclure pour son compte et en son nom des actes juridiques, et d'autre part le contrat de base établissant les droits et les obligations des contractants. Ainsi, la procuration s'intéresse aux rapports externes du représenté et du représentant avec les tiers et le contrat de base gouverne les relations internes entre les parties. L'analyse a été transposée⁴⁰⁷ à l'article 1984 du Code civil qui comporte deux alinéas : le premier alinéa⁴⁰⁸ contiendrait la procuration attribuant le pouvoir de représentation ; le second alinéa⁴⁰⁹ renverrait au contrat de mandat dont l'ordonnancement est détaillé dans les articles suivants. Cette « interprétation-création »⁴¹⁰ de l'article 1984 du Code civil autorise à admettre que la procuration puisse accompagner d'autres contrats de base, tels qu'un contrat d'entreprise ou un contrat de travail⁴¹¹.

Ainsi, la doctrine moderne a poussé la dissociation entre mandat et représentation plus loin que ne l'avait fait BERTRAND. En effet, ce dernier intégrait le mécanisme de représentation dans le contrat de mandat. Au contraire, la doctrine moderne exclut en quelque sorte le caractère conventionnel de la représentation. Elle se place, de la sorte, en porte-à-faux avec l'avant-

⁴⁰³ C'est le cas, par exemple, quand un auteur distingue, pour les nécessités de sa démonstration, les différentes conceptions du mandat *puis* les différentes conceptions de la représentation. L'auteur conclut qu'il ne peut y avoir de mandat sans représentation. Toutefois, elle ne conclut pas qu'il ne puisse y avoir de représentation sans mandat (M.-L. IZORCHE, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999, p.369).

⁴⁰⁴ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 510, 2009, n°118.

⁴⁰⁵ Par exemple, le droit du mandant de révoquer unilatéralement et discrétionnairement l'habilitation du mandataire (article 2004 du Code civil).

⁴⁰⁶ Ce modèle a inspiré d'autres droits : le droit suédois (§ 10, Lois des contrats), le droit italien (art. 1387, Codice civile), le droit grec (art. 2.11 et s. C.c.) et le droit portugais (art. 3.60 et s. C.c.).

⁴⁰⁷ F. LEDUC, *Deux contrats en quête d'identité, Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p.595, spé. n°20.

⁴⁰⁸ « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. »

⁴⁰⁹ « Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

⁴¹⁰ F. LEDUC, *op. cit.*, n°20.

⁴¹¹ *Ibidem*.

projet de réforme CATALA qui prévoit le caractère légal, judiciaire ou *conventionnel*⁴¹² de la représentation⁴¹³.

71. Approches renouvelées de la représentation. – L'œuvre fondatrice sur la question de la représentation est la thèse du professeur Michel STORCK⁴¹⁴ selon laquelle la représentation est une technique de réalisation d'actes juridiques⁴¹⁵. L'accomplissement de tout acte juridique requiert la mise en œuvre de droits subjectifs déterminés⁴¹⁶. Or, le droit subjectif est divisible. Il « est un *titre* qui confère une *puissance*, et ce n'est pas nécessairement l'attributaire de ce droit qui a l'exercice effectif de cette puissance »⁴¹⁷; cette puissance peut être concédée notamment au mandataire. Autrement dit, « la représentation est un mécanisme permettant la dissociation de l'exercice et de la jouissance du droit subjectif »⁴¹⁸. L'aptitude à agir ou puissance, désignée par le terme de « capacité d'exercice » lorsqu'elle est exercée par le titulaire du droit subjectif, prend les contours d'un « pouvoir » lorsqu'elle est exercée par le représentant pour le compte du représenté, titulaire du droit subjectif⁴¹⁹. L'élément caractéristique de la représentation est donc ce pouvoir d'agir *au nom et pour le compte d'autrui*. Cette analyse exclut de l'objet de la représentation les actes matériels et les faits juridiques⁴²⁰.

⁴¹² Nous soulignons.

⁴¹³ Articles 1119 à 1120-2 de l'avant-projet. Ce faisant, l'avant-projet de réforme intègre une partie de la recherche moderne sur le mécanisme de la représentation mais délaisse les approches renouvelées de la matière.

⁴¹⁴ *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 172, 1982.

⁴¹⁵ M. STORCK, *op. cit.*, n°76 et s.

⁴¹⁶ M. STORCK, *op. cit.*, n°17 et s.

⁴¹⁷ M. STORCK, *op. cit.* n°132; nous soulignons. – Dans un sens proche, il est également défini comme un lien juridique existant entre le sujet et l'objet de son droit et un ensemble de prérogatives juridiques (G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 253, 1997, n°23).

⁴¹⁸ J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006, note n°901 sous n°241.

⁴¹⁹ M. STORCK, *op. cit.* n°172 et s. – Adde G. WICKER : « [...] en matière de représentation, l'antinomie du droit subjectif et du pouvoir signifie seulement que les prérogatives relatives à l'exercice du droit subjectif et les pouvoirs de représentation sont deux modes alternatifs d'exercice d'un même droit subjectif. [...] Il ressort [...] que, plutôt que la substitution d'un pouvoir à un droit subjectif, il y a transfert au représentant des prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif du représenté, lesquelles prennent alors le caractère de pouvoirs. [...] » (G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, réf. préc., n°62). – Pour une analyse plus exhaustive des notions de capacité, de compétence, de droit et de pouvoir, V. *infra* n°134.

⁴²⁰ M. STORCK, *op. cit.*, n°259 : « l'exercice de droits au nom d'autrui étant inconciliable avec la définition même des faits juridiques, ne peuvent être accomplis au nom d'autrui que des actes, non des faits juridiques [...] » ; n°260 : « Ce n'est pas en qualité de représentant, mais par application d'une autre technique juridique, que l'auteur d'un fait juridique ou d'un acte matériel a la possibilité de lier directement ou indirectement un tiers par son action [...] » – V. également en ce sens, E. GAILLARD, qui considère que la notion de pouvoir ne se conçoit qu'à propos de l'accomplissement d'un acte juridique (*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°225-226).

V. déjà en ce sens, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.236-237 : « Préposition et représentation sont deux institutions distinctes mais parallèles. La préposition est dans le domaine des *faits juridiques* ce que la représentation est dans celui des *actes juridiques* : un moyen de réaliser ses droits grâce aux services d'un tiers. »

Une seconde analyse de la représentation vient à contre-courant de la première⁴²¹ : en abandonnant la recherche d'un concept de représentation, il est non seulement possible d'admettre que la représentation ne se résume pas à la figure du mandat⁴²² mais également concevable d'affirmer que les faits juridiques puissent faire l'objet d'une représentation⁴²³. Selon cette approche, la représentation est un cas d'imputation dérogatoire fondée sur le fait que la décision prise (par le représentant) est présumée conforme aux intérêts de la personne à qui on l'impose⁴²⁴.

L'un des points communs de ces analyses réside toutefois dans l'exclusion de toute idée de représentation dans le cadre du lien de préposition. En effet, si l'obstacle constitué par l'incompatibilité de la représentation avec l'activité matérielle du préposé n'est pas retenu par l'analyse récente de la représentation, l'obstacle tiré de l'origine de l'imputation dérogatoire des actes du préposé au commettant suffit à emporter le rejet de l'idée de représentation dans le lien de préposition. La cause de l'imputation dérogatoire étant ici la puissance du commettant sur le préposé et non la définition de l'intérêt d'une personne par une autre, il en résulte une distinction absolue entre représentation et préposition⁴²⁵. Cette nouvelle approche de la représentation ne saurait donc appuyer la recherche actuellement entreprise. De surcroît, alors que sa perspective ne donne pas entièrement satisfaction à qui recherche un concept justifiant d'une imputation dérogatoire, elle n'apparaît pas indispensable au dépassement des limites imposées par la première conception⁴²⁶. Sera donc exclusivement retenue la proposition selon laquelle la représentation est un mode d'exercice des droits subjectifs.

72. Représentation et préposition. – Dans la conception de la représentation retenue, le représentant est attributaire d'un véritable *pouvoir* de représentation, le pouvoir d'agir *au nom et pour le compte d'autrui*. L'action pour le compte d'autrui devant être comprise comme l'action menée dans l'intérêt d'autrui et dont les effets sont imputés directement à cet autrui. Cette condition peut être remplie par le préposé dont l'action, même fautive, engage le commettant⁴²⁷. En revanche, la condition tenant au *pouvoir d'agir au nom d'autrui* soulève davantage de problèmes. Schématiquement, découlent de cette condition deux types d'obstacles à la reconnaissance de la qualité de représentant pour le préposé : un obstacle tenant à l'objet de la représentation (**1.**) et un obstacle tenant à la situation du représentant (**2.**).

⁴²¹ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.339, 2000.

⁴²² P. DIDIER, *op. cit.*, n°38 et s.

⁴²³ P. DIDIER, *op. cit.*, n°146 et s.

⁴²⁴ P. DIDIER, *op. cit.*, n°179 et s.

⁴²⁵ P. DIDIER, *op. cit.*, n°199.

⁴²⁶ V. *infra* n°75 et 77.

⁴²⁷ Cela est particulièrement vrai au terme de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. – Pour un exemple d'action pour le compte d'autrui produisant des effets sur la tête de cet autrui, donné par M. STORCK : les fautes commises par l'organe de la personne morale qui engagent la responsabilité civile de la personne morale (*op. cit.*, n°164)

1. L'exclusion de la qualification de représentant à raison de l'objet de la représentation

73. Action au nom d'autrui et objet de la représentation. – « Représenter c'est agir au nom d'autrui [...] »⁴²⁸ et « agir au nom d'autrui, c'est exercer les droits subjectifs dont une autre personne est attributaire »⁴²⁹. L'exercice des droits au nom d'autrui est par conséquent inconciliable avec l'accomplissement de faits juridiques et d'actes matériels⁴³⁰. Seule la réalisation d'actes juridiques supposerait en effet l'exercice d'un droit subjectif⁴³¹. Partant de ce postulat, l'activité du préposé peut-elle constituer l'objet d'une représentation ? Une réponse positive s'impose lorsque la mission du préposé consiste à conclure des actes juridiques au nom du commettant⁴³² ; il y aurait alors juxtaposition des règles de la représentation et d'un autre mécanisme⁴³³. La réponse est plus délicate en revanche lorsque l'activité envisagée est étrangère à la réalisation d'actes juridiques. Cette situation doit faire l'objet d'une analyse différenciée selon que l'activité envisagée est licite ou illicite.

74. Préposition, représentation et acte illicite. – Alors qu'E. BERTRAND avait proposé d'analyser la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés par le prisme de la représentation⁴³⁴, le professeur STORCK rejette ici l'utilité de ce mécanisme puisque la faute du préposé est un fait juridique ne pouvant faire l'objet d'une représentation⁴³⁵. Ce rejet de la représentation semble en l'espèce pertinent et il est partagé par une large partie de la doctrine actuelle⁴³⁶. Seulement le fondement de ce rejet doit résider non pas dans la qualification de fait juridique mais dans celle d'acte illicite : « on ne commet pas de faute par procuration »⁴³⁷. Il

⁴²⁸ M. STORCK, *op. cit.*, n°130.

⁴²⁹ *Ibidem*.

⁴³⁰ M. STORCK, *op. cit.*, n°261 et s.

⁴³¹ M. STORCK, *op. cit.*, n°17 et s.

⁴³² Longtemps la nature de l'activité devant être développée a servi de critère de distinction entre le contrat de mandat, le contrat d'entreprise et le contrat de travail. Le premier aurait pour objet la conclusion d'actes juridiques tandis que les seconds auraient pour objet l'accomplissement d'actes matériels. La réalité est aujourd'hui toute autre qui admet certes qu'un mandataire accomplisse certains actes matériels accessoires à sa mission principale (V. *supra* n°66) mais surtout qu'un entrepreneur ou un salarié ait pour mission de conclure des actes juridiques (E. BERTRAND, *Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation*, Marseille, 1935, p.231 – V. également à propos du contrat d'entreprise, F. LEDUC, *Deux contrats en quête d'identité, Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008 p.595).

Une partie de la doctrine a relevé des indices en ce sens dans la jurisprudence (V. V. MESTRE, *L'activité contractuelle des préposés*, RTD civ. 1989, p.307) : une décision de la chambre commerciale rendue le 24 novembre 1987 affirme ainsi que « le conducteur d'un camion dont le commettant est un entrepreneur de transport *représente* celui-ci pour tout ce qui a trait à l'exécution du transport dont il est chargé » (B. n°248).

⁴³³ M. STORCK, *op. cit.*, n°269.

⁴³⁴ M. STORCK, *op. cit.*, p.219 et s.

⁴³⁵ M. STORCK, *op. cit.*, n°269.

⁴³⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, tome 2, Armand Colin, 14^e éd., 2011, n°206.

⁴³⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°206 – *Contra*, P. DIDIER, *op. cit.*, n°153 : « Les auteurs allemands pouvaient se passer d'envisager la représentation dans la faute. Mais les auteurs français n'auraient pas dû pouvoir s'en dispenser. Faute d'avoir procédé à cette recherche, la représentation a été exclue

est certain en outre que la commission d'une faute ne saurait correspondre à l'exercice d'un droit subjectif. Pourtant, le recours à la technique de la représentation est persistant pour expliquer le phénomène de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui », alors même qu'il devrait être exclu puisque l'exécution malhonnête ou défectueuse des actes juridiques présente un caractère illicite. A la suite d'E. BERTRAND⁴³⁸, une partie de la doctrine moderne⁴³⁹ affirme en effet que si le débiteur est contractuellement responsable de la faute commise par le préposé qui exécute son obligation c'est parce que celui-ci représente celui-là dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Cet argument ne peut être retenu pour affirmer la qualité de représentant du préposé car il repose tout entier sur l'existence fallacieuse d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui⁴⁴⁰ en droit français⁴⁴¹. Cette fausse figure juridique prend sa source dans une analogie abusive entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, analogie qui a conduit à affirmer dogmatiquement que le fait générateur de la responsabilité contractuelle est une faute personnelle du débiteur. Cette analogie est aujourd'hui sévèrement dénoncée par une partie de la doctrine⁴⁴² bien qu'elle soit « encouragée » par la jurisprudence qui subordonne l'octroi de dommages et intérêts à la démonstration d'une faute⁴⁴³, d'un préjudice⁴⁴⁴ et d'un lien de causalité entre les deux⁴⁴⁵. Sans qu'il soit nécessaire de condamner absolument le concept de responsabilité contractuelle⁴⁴⁶, il

arbitrairement alors qu'elle reflète le droit positif d'un certain nombre de situations (art. 1384, [...]) ». Le propos de l'auteur doit être bien compris : si celui-ci n'exclut pas la représentation dans la faute, il ne fonde pas la responsabilité du commettant sur la technique de la représentation. – Sur les cas de représentation dans la faute envisagés par l'auteur, V. *op. cit.*, n°303 et s.

⁴³⁸ *op. cit.*, p.231 et s. ; p.243 : « Seule, elle [la représentation] permet d'expliquer la responsabilité contractuelle du fait des préposés, que ceux-ci accomplissent un acte juridique ou matériel. »

⁴³⁹ H. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II., 1^{er} volume, Montchrestien, 1998, n°486 et 487 ; D. TARDIEU-NAUDET, *L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé (Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui)*, RRJ 1979-1980, p.99 (1^{ère} partie) et RRJ 1981, p.80 (2^{ème} partie).

⁴⁴⁰ C'est paradoxalement à un opposant de son existence que revient la paternité de l'expression : E. BECQUE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, RTD civ. 1914, p.251.

⁴⁴¹ Il existe une règle en droit allemand qui prévoit explicitement la « responsabilité pour la faute commise par les personnes dont (le débiteur) se sert pour exécuter son obligation » (§ 278 BGB).

⁴⁴² D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2, p.409, spé. n°31 et s. ; P. REMY, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, p.323 ; D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle* in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p.429 – V. également, P. BRUN, note sous AP 25février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°14 – *Contra*, P. JOURDAIN, *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, coll. Publications de la Faculté de droit de Poitiers, t. 32, PUF, 1998 p.65 ; G. VINEY, *Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, RCA 2000, HS n°11 bis, p.31.

⁴⁴³ Par exemple, Civ. 1, 7 octobre 1992, JCP 1993, II, 22071, note F. CHABAS.

⁴⁴⁴ Civ. 1, 2 avril 1997, RTD civ. 1997, p.665, obs. P. JOURDAIN.

⁴⁴⁵ Civ. 1, 14 mars 1995, RJDA 1995, n°934.

⁴⁴⁶ En ce sens, G. VINEY, *La responsabilité contractuelle en question ?* in *Le contrat à la fin du XXe siècle, Etudes en l'honneur de Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.921 – *Contra*, P. REMY, *op. cit.* – V. sur ce point le propos plus mitigé d'E. SAVAUX (*La fin de la responsabilité contractuelle ?* RTD civ. 1999, p.1) et de P. ANCEL (*La responsabilité contractuelle in Les concepts contractuels français à l'heure des principes européens du droit des contrats*, Dalloz, 2003, p.243).

La responsabilité contractuelle n'est peut-être pas seulement une exécution en équivalent dès lors qu'elle peut se cumuler avec la résolution du contrat. L'article 1184 du Code civil prévoit la possibilité de procéder à la

convient en effet d'en souligner la spécificité en droit français⁴⁴⁷ : la loi ne lie pas l'obligation de payer des dommages et intérêts à une faute du débiteur contractuel ; elle subordonne cette obligation à la seule *inexécution contractuelle*⁴⁴⁸. Pour caractériser cette inexécution contractuelle, il suffit en principe de comparer la promesse faite et le résultat obtenu, rendant le détour par la faute contractuelle inutile⁴⁴⁹. A l'évidence, cette comparaison s'effectue différemment selon que ce qui a été promis est un « résultat » ou des « moyens »⁴⁵⁰ : lorsque la promesse vise un résultat précis, aucun jugement de valeur portant sur l'exécution de l'obligation n'est nécessaire, il suffit de constater l'existence ou l'absence du résultat. En revanche, lorsque la promesse vise des moyens c'est-à-dire une « exécution diligente⁴⁵¹ », l'inexécution contractuelle découle d'un hiatus entre l'exécution constatée et l'exécution du bon père de famille. L'appréciation de l'inexécution contractuelle s'apparente alors indiscutablement à l'appréciation d'une faute⁴⁵².

résolution du contrat et d'octroyer des dommages et intérêts. En raison de l'anéantissement rétroactif du contrat, le fondement de l'obligation de payer des dommages et intérêts devrait être délictuel. Il est contractuel. De quel contrat, alors, la « responsabilité contractuelle » est-elle l'exécution par équivalent ? Le professeur REMY propose une explication de ce cumul, compatible avec la thèse de l'exécution par équivalent : pour ce faire, il s'appuie sur le droit étranger qui distingue deux types de dommages et intérêts. Certains dommages et intérêts ont pour fonction de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté tandis qu'une seconde catégorie de dommages et intérêts vise à placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu. Dès lors, lorsque le contrat n'est pas anéanti, c'est à la première catégorie de dommages et intérêts qu'il conviendra de se référer ; en revanche, lorsque la résolution est obtenue, c'est la seconde catégorie de dommages et intérêts qui interviendra (P. REMY, *Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat* in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVRAT*, PUF, 2001 p.121, spé. p.123-124).

Une doctrine récente a souhaité concilier les deux courants antagonistes en proposant que la responsabilité contractuelle tende à permettre l'exécution non seulement de l'obligation contractuelle mais aussi d'une obligation de réparation (B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *Analyse de la responsabilité contractuelle en termes d'obligation*, RRJ 2011-2, p. 655).

La portée de l'abandon du concept de responsabilité contractuelle doit en outre être bien mesurée puisqu'un tel revirement pourrait par exemple rendre impossible l'application des règles de la responsabilité contractuelle par le juge répressif, ce qui est pourtant couramment encouragé par une partie de la doctrine actuelle (en ce sens, C. OPHELE, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p.263, spé. p.276-277).

⁴⁴⁷ L'inexécution contractuelle connaît à l'étranger des traitements différents : dans la *common law*, la faute n'entre aucunement dans la définition du *breach of contract* (G. H. TREITEL, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, 13^{ème} éd., 2011, p.731 : « A breach of contract is committed when a party without lawful excuse fails or, refuses to perform what is due from him under the contract [...] »). En droit allemand, la responsabilité du débiteur est engagée pour inexécution fautive, en raison d'un principe général de culpabilité (§ 276 BGB) – Sur la responsabilité contractuelle en droit comparé (droit allemand et droit anglais), V. notamment, L.-J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart-Bruxelles, 1960, n°137 et s.

⁴⁴⁸ Article 1147 du Code civil.

⁴⁴⁹ V. en ce sens, D. TALLON, *op. cit.*, p.437.

⁴⁵⁰ L'abandon de la responsabilité contractuelle souhaitée par une partie de la doctrine ne saurait donc permettre d'évacuer la distinction des obligations de moyens et de résultat (en ce sens, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°30 ; Adde, P. ANCEL, *op. cit.*, p.243, spé. n°13 p.252 – *Contra*, P. REMY, *op. cit.*). La distinction élaborée par DEMOGUE (*Traité des obligations*, t. V, 1^{ère} éd., 1922 n°1237) risque même de connaître un regain d'intérêt si la disparition de la responsabilité contractuelle a lieu.

⁴⁵¹ D. REBUT, *op. cit.*, n°37 p.434.

⁴⁵² L'analyse selon laquelle « la responsabilité du débiteur d'une obligation de résultat est une responsabilité sans faute » tandis que la responsabilité du débiteur d'une obligation de moyens est une responsabilité pour faute prouvée doit donc être admise (V. MALABAT, *De la distinction des obligations de moyens et des obligations de*

Toutefois, il faut bien comprendre que cette faute n'a pas besoin d'être personnelle au débiteur pour engager sa responsabilité contractuelle parce que ce à quoi s'était engagé le débiteur était une exécution objectivement diligente, « sans qu'il soit nécessaire de restreindre cette exigence à la seule personne du débiteur »⁴⁵³. Tout juste est-il possible pour le débiteur de démontrer que cette inexécution ne lui est pas *imputable* parce qu'elle résulte d'un cas de force majeure⁴⁵⁴. Cette « relecture » des mécanismes de responsabilité contractuelle permet – voire commande – de faire l'économie de la technique de la représentation pour expliquer que la responsabilité contractuelle du commettant puisse être engagée alors qu'il avait confié l'exécution de ses obligations à son préposé⁴⁵⁵.

La représentation est encore invoquée par la doctrine se réclamant de l'héritage d'E. BERTRAND pour expliquer que la faute qualifiée du préposé dans l'exécution des obligations contractuelles de son commettant provoque les mêmes effets sur le régime de responsabilité contractuelle du débiteur que la faute qualifiée du commettant-débiteur⁴⁵⁶. En vertu de la représentation, tout se passe comme si le commettant-débiteur avait personnellement commis la faute dont son préposé est l'auteur⁴⁵⁷. Il est notamment fait application par les juges de l'article 1150 du Code civil qui « déplaçonne » le montant des

résultat in Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, PUB, 2003, p.439, spé. n°24), même si, ce faisant, elle facilite un rapprochement potentiellement dangereux avec la distinction dans le domaine délictuel des responsabilités pour faute et des responsabilités sans faute.

⁴⁵³ D. REBUT, *op. cit.*, n°37 p.433. – Dans le même sens, P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Responsabilité civile, Délits et quasi-délits*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2011, n°176 : « La responsabilité contractuelle repose sur l'exécution défectueuse du contrat ; peu importe que cette exécution ait été directement le fait du contractant ou de son préposé ou de son substitué. Le contractant est tenu du seul fait de la mauvaise exécution de l'obligation. ». Il y a quelque maladresse, toutefois, à affirmer dans le même temps que « La responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle n'est qu'une forme particulière de responsabilité du fait personnel ».

⁴⁵⁴ Article 1147 du Code civil. L'exigence de la démonstration d'un cas de force majeure pour exonérer le débiteur ne doit donc pas être réduite à la démonstration de l'absence de faute personnelle du débiteur. En outre, contrairement à ce qui a pu être jugé (AP, 15 novembre 1985, D. 1986 p.81, note AUBERT ; JCP 1986, II, 20568, note G. VINEY ; RTD civ. 1986, p.128, note J. HUET) ou écrit (J. HUET, note sous AP 15 novembre 1985 ; H. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II, 1^{er} volume, Montchrestien, 1998, n°485 *in fine* ; G. VINEY, note sous AP 15 novembre 1985), l'abus de fonction du préposé peut ne pas être un cas de force majeure et au contraire constituer l'inexécution contractuelle. Toute transposition de la notion en matière contractuelle doit donc être rejetée (Civ. 1, 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET ; D. REBUT, *op. cit.*, n°20 et 21) – Sur ce point, V. *infra* n° 476.

⁴⁵⁵ La même économie pourrait être réalisée toutes les fois où la loi prévoit expressément la responsabilité du débiteur pour les fautes commises par ses collaborateurs en ayant recours à la notion de garantie légale (par exemple, la loi du 13 juillet 1992, article 23, qui prévoit la responsabilité des organisateurs ou vendeurs de voyages ou de séjours des prestataires de services auxquels ils ont recours pour exécuter leurs obligations).

⁴⁵⁶ D. TARDIEU-NAUDET, *op. cit.*

⁴⁵⁷ Les partisans de la théorie de la représentation n'ont pas été les seuls à proposer un fondement à l'aggravation de la responsabilité du débiteur en cas de fautes qualifiées des préposés ou substitués du débiteur : ainsi certains auteurs considérant qu'il convient de ne pas permettre au débiteur d'alléger sa responsabilité en confiant l'exécution du contrat à un tiers justifient ainsi qu'il convienne de « faire abstraction de la personnalité du tiers et apprécier la responsabilité du débiteur comme si c'était lui qui avait agi » (G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°836). D'autres auteurs admettent cette aggravation si, et seulement si, elle est sous-tendue par une volonté législative de prévention des fautes (H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, n°1002-2, p.1060).

dommages et intérêts en cas de dol du débiteur⁴⁵⁸ et qui a pour effet indirect d'écartier les clauses limitatives de responsabilité⁴⁵⁹. Or, si la faute personnelle du débiteur n'est pas une condition légale de l'octroi de dommages et intérêts, le dol dont il est question dans l'article 1150 du Code civil semble être le dol personnel du débiteur, comme le suggère l'adjectif possessif « son »⁴⁶⁰. Une lecture attentive des motifs accompagnant ces décisions incite cependant à la prudence. Les juges justifient en effet leur solution en avançant qu'« au dol du débiteur est *assimilé*⁴⁶¹ celui émanant de toute personne qu'il a introduite, déléguée ou commise dans l'exécution de la convention et dont il doit contractuellement répondre »⁴⁶². Il n'est pas certain que la jurisprudence entende par là que la faute de l'un est la faute de l'autre. La lecture « moderne » de la responsabilité contractuelle propose d'ailleurs une autre analyse justifiant de l'aggravation de la responsabilité du débiteur par la faute qualifiée de ses préposés sans avoir recours ni à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ni à la théorie de la représentation. Cette justification est fondée sur le partage légal des risques de l'inexécution : l'article 1150 du Code civil ayant réparti ces risques entre le débiteur (pour les conséquences prévisibles) et le créancier de l'obligation (pour les conséquences imprévisibles). Lorsque l'inexécution procède d'un dol, cette répartition n'est plus légitime et il convient dès lors que les conséquences imprévisibles de l'inexécution soient également mises à la charge du débiteur⁴⁶³, qu'il soit ou non l'auteur des faits dolosifs⁴⁶⁴.

Cette démonstration est assurément plus convaincante que la théorie de la représentation car il reste difficile d'admettre l'idée de représentation dans la faute. D'ailleurs, ce n'est pas l'idée défendue par la doctrine de la représentation : au contraire, elle précise que « la représentation ne s'accomplit pas au moment où est commis le fait délictueux ; elle existe antérieurement, au moment où le préposé est chargé de l'exécution de la fonction au sens technique et matériel du terme »⁴⁶⁵. Une fois établie cette précision, il apparaît que sa démonstration ne peut venir étayer la qualification de préposé-représentant car elle soulève deux objections majeures. D'abord, le mécanisme de la représentation semble ici conçu comme un métissage malheureux entre la technique de la représentation proprement dite et la théorie du risque⁴⁶⁶.

⁴⁵⁸ V. les références citées par D. TARDIEU-NAUDET, *op. cit.*

⁴⁵⁹ Par ex., Com. 17 novembre 1981 (JCP 1982, II, 19811, note D. TARDIEU-NAUDET) : « le débiteur ne peut se prévaloir de la limitation contractuelle d'indemnisation prévue à son profit en cas de vol commis par son préposé ».

⁴⁶⁰ Article 1150 du Code civil : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par *son* dol que l'obligation n'est point exécutée » (Nous soulignons).

⁴⁶¹ Nous soulignons.

⁴⁶² CA Amiens, 24 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. 642, note D. TARDIEU-NAUDET.

⁴⁶³ Celui-ci pourra ensuite exercer sa propre action contractuelle contre son exécutant.

⁴⁶⁴ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LDGJ, 2003, n°391.

⁴⁶⁵ D. TARDIEU-NAUDET, *op. cit.*, p.127

⁴⁶⁶ Cela ressort des propos tenus par D. TARDIEU-NAUDET : « Si la mission est correctement exécutée, les effets juridiques se produisent en faveur du commettant [...], si, en revanche, le préposé défaille, les conséquences juridiques de la mauvaise exécution pèsent également sur le débiteur de l'obligation. » (*op. cit.*, p.127).

Consécutivement, cette conception extensive de la représentation s'écarte de celle qui a été retenue⁴⁶⁷. De plus, si cette doctrine affirme que le préposé représente le commettant quand il exécute les obligations contractuelles de ce dernier, elle ne le démontre jamais.

L'apport essentiel de cette doctrine réside dans la distinction qu'elle opère entre la représentation dans la faute, qui doit être absolument exclue sous peine de porter atteinte au principe de la responsabilité du fait personnel, et la représentation dans l'activité antérieure à la commission de la faute. Ce qui précède la commission de la faute désigne en effet le cadre de la faute de fonction. De surcroît, l'activité visée est parfaitement licite, caractère qui n'empêche donc pas la figure de la représentation. Il convient donc de s'attarder sur cette représentation dans l'activité matérielle licite.

75. Préposition, représentation et activité matérielle licite. – Pour le professeur STORCK, il est absolument exclu qu'un agent puisse accomplir des actes matériels au nom et pour le compte d'autrui. Si cet agent déploie une activité matérielle pour le compte d'autrui, ce ne peut être qu'en vertu de pouvoirs qui lui sont propres et non de pouvoirs qui lui auraient été délégués par cet autrui. L'opinion n'est pas reprise par une partie de la doctrine actuelle qui considère que l'accomplissement d'actes matériels accessoires à sa mission principale n'est pas exclusif de la qualification de représentant⁴⁶⁸. Ce n'est toutefois pas dire que les actes matériels peuvent faire l'objet de la représentation mais que l'accomplissement de ceux-ci n'entraîne pas la requalification du contrat de mandat en contrat d'entreprise⁴⁶⁹. Au contraire, un auteur a pris nettement position en faveur de l'admission des faits juridiques parmi les objets possibles de représentation⁴⁷⁰. Cependant, il est difficile de s'appuyer sur son analyse puisque d'une part, elle ne repose pas sur la représentation-mode d'exercice alternatif d'un droit subjectif, et d'autre part, elle tend à appliquer la technique de la représentation à des faits illicites ce qui a été précédemment dénoncé⁴⁷¹.

Reste donc à tenter de construire la démonstration autour de l'idée qu'il est possible d'exercer les droits subjectifs d'autrui en accomplissant une activité matérielle. Certaines analyses doctrinales semblent aller dans ce sens : J. DABIN est ainsi suivi par une partie de la doctrine⁴⁷² lorsqu'il affirme que la mise en œuvre des droits subjectifs peut se faire par des

⁴⁶⁷ Pour dire que le préposé est un représentant du commettant, D. TARDIEU-NAUDET explique qu'« il accomplit à sa place et dans son intérêt une fonction ». Or, cette définition correspond au concept de « représentation imparfaite » ou encore à celui de « représentation des intérêts d'autrui » (sur ces notions, V. M.-L. IZORCHE, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999, p.369), qui ne sont pas équipollents à la représentation-mode alternatif d'exercice des droits subjectifs d'autrui (V. *supra* n°71).

⁴⁶⁸ J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006, n°240.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ P. DIDIER, *op. cit.*, n°146 et s.

⁴⁷¹ V. *supra* n°74.

⁴⁷² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1984, n°224 ; F. LEDUC, *Deux contrats en quête d'identité, Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p.595, spé. n°21.

actes juridiques *ou matériels*⁴⁷³, et il est vrai que cela peut être le cas, par exemple lorsque le commettant confie au préposé un instrument de travail dont il reste le propriétaire. En utilisant cet outil, le préposé exerce l'une des prérogatives (l'*usus*) issues du droit de propriété du commettant. En accomplissant un acte matériel, il exerce bien le droit subjectif d'autrui⁴⁷⁴. Toutefois, si certaines activités matérielles correspondent à l'exercice d'un droit subjectif, *toutes* les activités matérielles ne sont pas concernées. Surtout, agir au nom d'autrui signifie que le représentant est animé non seulement de la volonté d'exercer les droits d'autrui mais également de la volonté d'établir un lien de droit entre le représenté et un tiers⁴⁷⁵. En aucun cas le préposé exerçant une activité matérielle n'exprime cette volonté, y compris le préposé qui exerce le droit subjectif du commettant en usant de l'instrument de travail confié par ce dernier. Il semble plus correct, dès lors, de souscrire à l'idée selon laquelle « dans l'exécution matérielle, il y a adjonction de deux activités, de deux forces dont l'une se met au service de l'autre »⁴⁷⁶. En conclusion, il convient de rejeter la qualification de représentant dans la sphère externe puisque l'activité développée par le préposé est généralement incompatible avec l'objet de la représentation. L'étude comparée de la situation du représentant et du préposé renforcera ce rejet.

2. L'exclusion de la qualification de représentant à raison de la situation du représentant

76. Représentation, autonomie de la volonté et indépendance du représentant. – A une époque où était affirmé avec force le principe de l'autonomie de la volonté selon lequel nul n'est engagé que par sa propre volonté, il était apparu opportun de soutenir que le représentant rendait présent le représenté et que ce dernier était, par fiction, censé agir lui-même lors de la réalisation de l'acte juridique. Il était alors admis que le représenté exprimait fictivement sa volonté par l'intermédiaire du représentant⁴⁷⁷. Plus récemment, le recours à cette fiction juridique a été rendu inutile par l'apport combiné des analyses modernes du droit subjectif et de la représentation, qui a permis de voir dans le pouvoir de représentation, une prérogative déléguée par le titulaire du droit subjectif⁴⁷⁸. Dire que le représentant exerce les droits subjectifs d'un autre c'est donc dire qu'il est habilité à substituer sa décision à celle du

⁴⁷³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.93 : « La mise en œuvre des droits, *par des actes matériels ou juridiques*, a pour instrument nécessaire la volonté [...] » (nous soulignons).

⁴⁷⁴ V. *infra* n°145.

⁴⁷⁵ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 172, 1982, n°159.

⁴⁷⁶ E. BECQUE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, RTD civ. 1914, p.263.

⁴⁷⁷ R. SAVATIER dénonce cette fiction dans un article : *L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne*, D. 1959 p.47 spé. n°4.

⁴⁷⁸ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 253, 1997, n°62.

représenté⁴⁷⁹, autrement dit, ce sera bien la volonté du représentant qui obligera le représenté. De plus, de la nature de la prérogative déléguée découle la nécessité de l'indépendance de la volonté du représentant⁴⁸⁰. En effet, « le titulaire du pouvoir est celui qui décide pour autrui »⁴⁸¹. C'est pourquoi si la liberté et l'indépendance du représentant vis-à-vis du représenté peuvent être restreintes par certaines directives expressément stipulées par le représenté conventionnel, le représentant conventionnel doit conserver une certaine marge de manœuvre à défaut de laquelle le contrat de mandat peut être requalifié⁴⁸².

77. Indépendance et préposition. – L'affirmation selon laquelle le préposé ne peut être représentant parce qu'il n'est pas indépendant⁴⁸³ appelle deux précisions.

En premier lieu, l'impossibilité pour le préposé d'être un représentant n'est pas fondée sur son incapacité morale à exprimer une volonté propre. Il n'est donc pas question d'affirmer que le préposé ne peut exercer les droits subjectifs de son commettant parce que sa volonté est contrainte, entravée par son état de subordination. Cette précision vise ainsi à désamorcer l'argument selon lequel si un mineur non émancipé (donc un incapable) peut être un représentant selon la loi (article 1990 du Code civil), le préposé en a également la capacité (morale). Ce dont il est question ici c'est de l'incompatibilité entre son état de subordination et un éventuel pouvoir de représentation, qui ne saurait être entravé par l'obligation d'obéir aux ordres de celui pour lequel il agit.

En second lieu, l'affirmation de l'incompatibilité entre la qualité de préposé et de représentant indépendant pourrait relever du truisme si certaines décisions jurisprudentielles et certaines voix doctrinales ne s'étaient pas, en apparence, élevées à son encontre, rendant nécessaire sa démonstration. Ainsi, la première chambre civile décide que « la qualité de mandataire [représentant conventionnel] n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé »⁴⁸⁴ tandis qu'une partie de la doctrine se prononce en faveur de la qualification de représentant pour le préposé dès lors que la subordination qu'il supporte d'une part et que l'indépendance dont doit en principe jouir le représentant d'autre part sont tout à fait relatives⁴⁸⁵. Ces obstacles peuvent être facilement surmontés.

⁴⁷⁹ F. LEDUC, *Deux contrats en quête d'identité, Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p.595, spé. n°21 ; R. SAVATIER, *op. cit.*, spé n°4 p.48 : « la représentation consiste pour réaliser un acte juridique, à substituer, à la volonté de la personne que touchera cet acte, la volonté d'une autre personne [...] Par l'effet de cette fonction, ce n'est plus la volonté de la première qui fait sa loi, mais la volonté de son représentant. » – Dans le même sens, V. E. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897 p.42.

⁴⁸⁰ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, n°3992.

⁴⁸¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°216 ; bien que l'idée puisse être combattue dans le cadre d'une théorie générale du pouvoir (V. *infra* n°144 et s), elle apparaît tout à fait pertinente dans le cadre du pouvoir de représentation.

⁴⁸² En contrat de travail : Soc. 5 mars 1981, B. n°196.

⁴⁸³ V. *supra* n°41 pour la définition du lien de préposition.

⁴⁸⁴ Civ. 1, 27 mai 1986, B. n°134.

⁴⁸⁵ D. TOMASIN, *À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail* in *Mélanges dédiés à Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2001, p.203.

D'abord, il n'y a point de paradoxe à admettre que les qualités de préposé et de mandataire (donc de représentant) peuvent être cumulées dès lors que le commettant exerce une autorité sur le préposé sans toutefois donner des ordres sur la façon dont le préposé doit conclure des actes juridiques. La possibilité de cumuler les qualités de préposé et de représentant est ainsi facilitée par l'élasticité du lien de préposition, qui peut être resserré ou distendu. Finalement, cette conciliation entre indépendance et préposition est analogue à celle qui s'opère à l'égard des « parasubordonnés » tels que les médecins ou les avocats salariés⁴⁸⁶. La possibilité de cumuler les qualités de préposé et de représentant ne signifie donc pas que *tous* les préposés sont des représentants de leur commettant. Ainsi, l'admission de la figure de la représentation quand l'activité du préposé consiste à conclure des actes juridiques⁴⁸⁷ doit être assujettie à la constatation de la liberté du préposé. A cet égard, la qualification doit être rejetée dès lors que le préposé ne joue aucun rôle dans l'établissement des modalités de l'acte juridique, ce qui est le cas par exemple lorsque le vendeur d'un magasin conclut un contrat de vente avec un client pour le compte de son employeur.

Ensuite, la relativité de l'opposition entre la subordination du préposé et l'indépendance du représentant est largement admise. Nul ne conteste en effet que dans les *faits*, distinguer les deux situations peut se révéler périlleux. Reste qu'en *droit*, la distinction peut être maintenue⁴⁸⁸. Ici encore, la justification tient à la nécessité de retenir l'une des qualifications : le droit ne connaissant que la situation de subordination ou celle de l'indépendance, la constatation d'une situation intermédiaire dans les faits doit être surmontée pour opérer un choix⁴⁸⁹.

Il est donc possible de revenir à notre point de départ : le préposé ne peut être qualifié de représentant dans la sphère externe du lien personnel qui l'unit à son commettant parce qu'il n'est pas maître de l'activité qu'il déploie pour le compte de celui-ci.

78. Conclusion de la section 1. – Après avoir examiné la nature des liens personnels tels qu'envisagés par le droit positif dans la sphère externe, le constat d'une classification bipartite s'impose : figurent ainsi d'un côté, le mandataire social, véritable représentant de la personne morale, et de l'autre le préposé dont les caractéristiques constituent autant d'obstacles à la qualification de représentant. Cette classification bipartite rejoint celle qui avait résulté de l'étude de la nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne, de sorte qu'il est possible d'affirmer que la nature des liens personnels ne saurait constituer un cadre unifié pour la faute de fonction. Il est déjà pressenti que l'étude des sources de ces liens personnels ne pourra remédier à cette hétérogénéité.

⁴⁸⁶ V. *supra* n°47 et s.

⁴⁸⁷ V. *supra* n°73.

⁴⁸⁸ Par exemple, P. LE TOURNEAU admet que « [...] l'autonomie de l'agent général d'assurances est souvent en fait limitée, mais en droit elle est sauve. » (*Mandat*, Rép. Civ. Dalloz, 2012, n°77).

⁴⁸⁹ V. *supra* n°48, sur la qualification des « parasubordonnés ».

Section 2.

Les sources des liens personnels

79. Sources des liens personnels et cadre de la faute de fonction. – La recherche d'un cadre unifié pour la faute de fonction n'impose pas immédiatement l'étude des sources des liens personnels, à plus forte raison lorsqu'il a été établi que lesdits liens personnels ne pouvaient constituer ce cadre. Pourtant, une telle étude est nécessaire pour préciser le champ d'application de la faute de fonction.

80. Hétérogénéité des sources du lien de préposition. – Schématiquement, le lien de préposition peut résulter soit d'un *titre juridique* soit d'une *situation de fait*. Ainsi, le lien de préposition peut découler d'un contrat de travail, *titre conventionnel* qui confère à l'employeur le droit de donner des ordres et des instructions à ses salariés pour l'exécution de leurs tâches⁴⁹⁰. En outre, et logiquement, il pourra émaner d'un autre type de contrat requalifiable⁴⁹¹ ou requalifié en contrat de travail par le juge⁴⁹². Enfin, il pourra résulter d'un accord de volontés dont l'objet est la mise à disposition par l'une des parties d'une activité sous la subordination de l'autre partie, sans qu'une quelconque rémunération soit envisagée. Tel est le cas notamment d'un contrat de mandat qui, même s'il ne l'implique pas généralement, n'est pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Le lien de subordination est en effet le critère principal du contrat de travail, V. *supra* n°47.

⁴⁹¹ La juridiction qui procède à la qualification du lien de préposition est généralement saisie pour l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Par voie de conséquence, elle est dans l'impossibilité de procéder à la requalification du contrat en contrat de travail, d'une part parce qu'elle est tenue par un objet de litige différent et d'autre part parce qu'elle est incompétente *ratione materiae*. L'application de l'article 1384 alinéa 5 pourrait toutefois faire suite à une requalification opérée par la juridiction sociale.

Ce type de situations est le plus souvent envisagé sous l'angle du lien de préposition de fait. Certains auteurs distinguent en effet les prépositions créées de fait en dehors de toute relation contractuelle et les prépositions caractérisées en présence d'un lien contractuel. Dans ce deuxième cas de figure, l'autorité resterait factuelle car l'acte juridique n'organiserait aucune subordination (G. DURAND-PASQUIER, *Préposé de fait et responsabilité* in *Autorité par lien de subordination et responsabilité*, RLDC, supplément au n°51, juillet/août 2008, p.49, spé. p.51). Au contraire, il semble qu'en la matière, le propos doive être nuancé : en effet, si dans certains cas la subordination « s'installe » factuellement entre les parties au contrat, dans d'autres situations, les germes de la préposition font l'objet de stipulations contractuelles.

⁴⁹² Pour un exemple de contrat d'entreprise requalifiable en contrat de travail, V. notamment : Crim. 22 mars 1988, B. n°142 ; RTD civ. 1988, p.774, obs. P. JOURDAIN. D'abord les juges du fond ont relevé que la société confiait à un travailleur indépendant le soin d'assurer l'installation et la mise en service des appareils. Ensuite ils ont constaté qu'à cette fin, la société lui remettait une carte de travail comportant les indications nécessaires relatives à la clientèle, à l'appareillage, aux travaux à effectuer et aux horaires. En outre, ils ont noté qu'en rémunération de son travail l'intéressé percevait de la société une somme forfaitaire. Sachant que le contrat de travail est circonscrit par la jurisprudence (la Cour de cassation n'a jamais proposé de véritable définition) comme « une convention par laquelle une personne physique ou morale (l'employeur) s'engage à fournir un travail rémunéré à une personne physique qui s'oblige à exécuter celui-ci en respectant les instructions données » (synthèse proposée par J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012, n°190), la requalification ne saurait être exclue en l'espèce.

⁴⁹³ Civ. 1, 27 mai 1986, B. n°134. La figure envisagée est alors celle d'un mandat à titre gratuit. Si ce dernier est conclu à titre onéreux, il n'est pas exclu qu'il puisse être requalifié en contrat de travail. Le contenu de la

Par ailleurs, un *titre légal* peut octroyer la qualité de préposé à un individu. C'est le cas de l'article 511-1 du Code des assurances qui *assimile* les employés ou mandataires d'entreprises d'assurance à des préposés afin que leurs victimes puissent bénéficier de l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

De surcroît, le lien de préposition peut provenir d'une simple *situation de fait* : tel est le cas d'une assistance bénévole implicite ou tacite. A propos de ce dernier cas de figure, il est difficile de dire si le lien de préposition prend sa source dans une convention ou dans une situation de fait. Il existe en effet une certaine hostilité de la doctrine et du droit positif à reconnaître que des prestations de services gratuites fassent naître un contrat⁴⁹⁴. Le seul contre-exemple en droit positif reste la convention d'assistance et il ne semble pas que cette convention fasse naître un lien de préposition puisque le juge a recours à ce « contrat » lorsqu'il lui est difficile de caractériser la subordination⁴⁹⁵.

A l'opposé, le lien de préposition peut provenir d'une situation objective en l'absence de tout accord de volonté⁴⁹⁶ ; voire lorsque la subordination est imposée par la violence⁴⁹⁷. Il convient dès lors de constater non pas le « droit » de donner des ordres et des instructions mais le « pouvoir » de donner des ordres et des instructions⁴⁹⁸.

Le droit positif admet implicitement, et à ce jour, que tous les liens de préposition quelles que soient leurs sources constituent un cadre à la faute de fonction⁴⁹⁹. Nonobstant, il ne faudrait

prestation du mandataire (actes juridiques ou actes matériels) pourrait alors jouer un rôle important dans cette opération de qualification, V. *supra* n°70 et s.

⁴⁹⁴ J. GUESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, p.147, spé. p.152.

⁴⁹⁵ La jurisprudence ignore parfois la possible existence d'un lien de préposition pour préférer la qualification de convention d'assistance (Civ. 1, 17 décembre 1996, B. n°463, D. 1997, somm., p.288, obs. P. DELEBECQUE ; à comparer avec des faits analogues qui ont suscité la qualification du lien de préposition : Crim. 14 juin 1990, D. 1990, p.208) dont le régime prétorien est en partie identique à celui qui découle du lien de préposition. La démarche se conçoit, sans se justifier toutefois, puisque la convention est une œuvre purement prétorienne (V.. A. SERIAUX, *L'œuvre prétorienne in vivo, l'exemple de la convention d'assistance*, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999 p.299), lorsqu'il est impossible d'établir un lien de préposition quelconque (Civ. 2, 21 février 1979, D. 1979, p.350 – Civ. 1, 16 décembre 1997, D. 1998, p.580, obs. M. VIALA – Soc. 21 juillet 1986, B. n°421) alors qu'il serait plus orthodoxe de s'appuyer sur le lien de préposition dans le cas contraire. Une défiance à l'égard de ce concept transfigure d'ailleurs dans les travaux d'une doctrine qui peine à en établir le fondement (V. S. HOCQUET-BERG, *Remarque sur la prétendue convention d'assistance*, Gaz. Pal. 1996.1. Doctr. p.32 spé n°32).

⁴⁹⁶ Entre un père et son fils (Civ. 2, 26 février 1986 B. n°26 – Civ. 2, 28 avril 1955, B. n°219) ; entre une femme et son mari (Civ. 1, 17 juillet 1979, D. 1980, IR, p.114).

⁴⁹⁷ On va ainsi plus loin que d'autres auteurs qui affirmaient que la qualification du lien de préposition devait être indifférente à l'illicéité de la situation et qu'ainsi le chef d'une bande de voleur pouvait être le commettant de ses hommes (H. et L. MAZEAUD, F.CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II., 1^{er} volume, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n°477).

⁴⁹⁸ *Ibidem* – Contra, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t.1, LGDJ, 1939, n°289 et s.

C'est d'ailleurs cette terminologie de « pouvoir » qui a été retenue par le projet de réforme CATALA pour la rédaction de l'article 1359 : « Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé ».

⁴⁹⁹ La jurisprudence *Costedoat*, « créatrice » de la faute de fonction du préposé a en effet pour visa l'article 1384 alinéa 5 qui concerne tant les préposés de droit que les préposés sans titre. L'on constate, néanmoins, qu'à ce jour l'immunité du préposé fautif n'a concerné que des préposés de droit.

pas déduire de ce qui précède que le régime juridique des préposés est imperméable aux sources du lien de préposition : « préposés contractuels » et « préposés non contractuels » correspondent en effet à deux sous-catégories qui appelleront un régime propre notamment dans les relations internes au lien personnel. A ce titre, si tous les préposés engagent la responsabilité de leur commettant pour leurs fautes dommageables, seul le préposé salarié bénéficiera de la protection interne du droit du travail. De façon analogue, les préposés « légalement assimilés » constituent une sous-catégorie singulière puisque si leurs fautes engagent la responsabilité de leur commettant, elles sont également susceptibles d'engager la leur⁵⁰⁰. Ce constat, selon lequel une catégorie juridique, celle des préposés, est susceptible de recouvrir de nombreuses sous-catégories sans que celles-ci préjudicient à l'homogénéité de celle-là, pourra être exploité à l'échelle du cadre de la faute de fonction, voire du concept de faute de fonction. Ainsi, la mise en lumière d'un concept unique ne ferait pas obstacle à des particularismes internes.

81. Hétérogénéité discutée des sources du mandat social. – La diversité des sources constatée à propos du lien de préposition apparaît également en ce qui concerne le lien personnel unissant un mandataire social à la personne morale. Le principe, en la matière, veut que les organes de la personne morale soient juridiquement investis, et ce pour la sécurité des tiers. C'est pourquoi les organes délibérants, exécutifs et de contrôle sont liés à la personne morale par un **titre juridique conventionnel, légal ou judiciaire**. Ainsi, le dirigeant social est désigné soit par l'acte constitutif du groupement, soit par une délibération d'assemblée générale, soit par délégation opérée par un mandataire déjà nommé. De plus, cette désignation doit parfois s'accompagner d'une publicité à défaut de laquelle la personne morale ne peut se prévaloir de la nomination du dirigeant⁵⁰¹. Le dirigeant social est donc juridiquement investi de ses pouvoirs.

De façon dérogatoire, un individu peut se comporter comme un « organe » sans qu'aucun titre juridique ne lui ait conféré de tels pouvoirs : il est alors **organe de fait**.

Un arrêt récent interroge cependant car il a admis l'immunité d'un enseignant bénévole agissant dans le cadre d'une association sportive (Civ. 2, 12 mai 2010, n°08-20463). La gratuité de son engagement n'implique toutefois pas que celui-ci soit un simple engagement de fait.

⁵⁰⁰ Après la jurisprudence *Costedoat*, la doctrine s'était interrogée sur la transposition de la solution aux intermédiaires d'assurance, se prononçant dans des sens différents (pour un avis positif, V. H. GROUDEL, *La nouvelle jurisprudence relative à la responsabilité des préposés peut-elle influencer sur celle de l'agent général d'assurances ?* RCA 2000 chr. 18 ; pour un avis négatif, V. J. ROUSSEL, *Les intermédiaires d'assurance au regard de l'immunité des préposés*, RGDA 2002 n°3 p.659). La première chambre civile a tranché la question le 10 décembre 2002 (D. 2003, p.510, concl. J. SAINTE-ROSE) en rejetant la transposition aux motifs que « le renvoi fait par l'article L. 511-1 du code des assurances à l'article 1384 du code civil a pour seul objet de faire bénéficier le client de l'agent général, pris en qualité de mandataire de l'assureur, de la garantie de ce dernier ; [...] ». – V. *infra* n°496.

⁵⁰¹ Article 1846-2 du Code civil ; article L. 210-9 du Code de commerce pour les sociétés ; article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 pour les associations.

La situation la plus topique, à ce propos, est celle du dirigeant de fait. Elle est reconnue tant par la loi⁵⁰² que par la jurisprudence qui a dû définir la notion⁵⁰³. Cependant la doctrine est divisée sur le point de savoir si le dirigeant de fait a un véritable statut conférant pouvoirs et responsabilité ou si cette qualification n'a pour unique objet que la sanction d'une activité irrégulière⁵⁰⁴. Se déterminer en faveur de la première conception autoriserait que soit considérée comme source possible de lien organique une simple **situation de fait** tandis qu'opter pour la seconde conception empêcherait une telle démarche. Or, s'il est vrai que « la direction de fait n'est prise en compte qu'en vue d'appliquer à la personne qui s'y trouve placée un des effets négatifs qu'elle devrait supporter si elle se trouvait dans la situation de droit correspondante »⁵⁰⁵, les dispositions légales s'appliquant expressément aux dirigeants de fait⁵⁰⁶ ne visent qu'à sanctionner l'exercice incorrect de leur pouvoir et non l'exercice par hypothèse non régulier de leur pouvoir⁵⁰⁷ : c'est dire que la loi leur laisse la possibilité d'agir, en dépit de l'irrégularité de leur « statut ». La direction d'une personne morale, qui suppose l'établissement de liens personnels corrélatifs, semble donc pouvoir prendre sa source dans une situation de fait.

Néanmoins le fait que la loi ne sanctionne pas l'exercice irrégulier mais correct de leur pouvoir peut s'analyser comme une application légale de la théorie de l'apparence, pour protéger le tiers s'engageant avec le dirigeant de fait. En outre, il convient de rejeter l'origine factuelle de l'organe, eu égard à l'analyse qui a été précédemment admise du lien organique : celui-ci est un lien de représentation issu d'un mandat social, analogue au mandat de droit commun⁵⁰⁸. Or, si le mandat n'est pas un contrat solennel puisqu'il n'exige pas pour sa validité de forme particulière⁵⁰⁹, il suppose néanmoins un accord de volonté entre le mandant et le mandataire. Deux situations peuvent alors voir le jour. Soit le mandat s'instaure tacitement et dans ce cas,

⁵⁰² Par exemple l'article L. 246-2 du Code du commerce.

⁵⁰³ Il résulte d'une jurisprudence riche qu'est un dirigeant de fait « celui, qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction » (J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art.99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975, p.41, spé. n°5) – Pour un aperçu plus précis des conditions de la direction de fait élaborée par la jurisprudence, V. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. sociétés, 1997, p.499.

⁵⁰⁴ V. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op. cit.*, spé. n°23 et s. – V. également le point de vue intermédiaire de S. ASENSIO pour qui « la situation du dirigeant de fait constitue [en effet] par trop une exception juridique », *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. sociétés 2000, p.683, spé. n°6.

⁵⁰⁵ N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op. cit.*, *loc.cit.* – S'agissant du contentieux pénal relatif aux accidents du travail, la jurisprudence criminelle applique-t-elle le principe puisqu'elle n'hésite pas à écarter la responsabilité pénale du dirigeant de droit pour retenir celle du dirigeant réel du groupement (Crim. 11 janvier 1972, B. n°14) – *Adde*, la chambre criminelle retient parfois la responsabilité conjointe des dirigeants de fait et de droit (Crim. 12 septembre 2000, TPS 2001, n°5) – V. également, Crim. 7 avril 1999, Dr. pén. 1999, n°131, obs. J.-H. ROBERT.

⁵⁰⁶ V. par exemple les articles L. 244-4, L. 245-16 et L. 246-2 du Code de commerce.

⁵⁰⁷ En ce sens, L. LEVENEUR, *Situations de fait*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 212, 1990, n°71.

Il peut ainsi être reproché au dirigeant de fait de procéder à une réduction du capital social d'une SA sans respecter l'égalité des actionnaires ou sans en assurer la publicité ; alors qu'aucun texte ne prévoit de sanction s'il respecte ces deux conditions et alors qu'il n'est pas dirigeant de droit (article L. 242-23 du Code du commerce applicable aux dirigeants de fait en vertu de l'article L. 246-2 du même code).

⁵⁰⁸ V. *supra* n°66.

⁵⁰⁹ Article 1985 du Code civil.

il n'y pas mandat *de fait* puisqu'il y a accord tacite entre les protagonistes, mais mandat de *droit* ne respectant pas les formes prescrites dans les statuts de la société ; soit le mandat et les pouvoirs qu'il suppose sont usurpés par le dirigeant social et il conviendrait de ne pas admettre la qualification de mandat, sauf pour permettre l'application de sanctions à l'encontre du dirigeant de fait. Là encore, pourtant, il faudrait sans doute appliquer la théorie de l'apparence par faveur pour les tiers. Mais puisque le fondement de la solution serait étranger à la qualité d'organe de la personne morale, elle autoriserait l'affirmation de l'exclusion des situations de fait.

Il est remarquable par ailleurs, et alors que tous les liens de prépositions peuvent être le cadre de la faute de fonction⁵¹⁰, que la direction de fait ne soit pas, à ce jour, le lieu de son épanouissement⁵¹¹. Une partie de la doctrine déplore d'ailleurs cette discrimination⁵¹². En effet, si l'on admet que la direction de fait est reconnue par le droit positif, il n'existe aucune raison pour exclure *a priori* cette situation du cadre de la faute de fonction ; tout juste pourra-t-elle constituer une sous-catégorie dans le cadre général de la faute de fonction, à même de justifier des différences de traitement ponctuelles. Au contraire, si l'on considère que la direction de fait ne s'assimile à la direction de droit qu'au regard des aspects négatifs du statut⁵¹³, elle ne saurait être intéressée par la faute de fonction. Finalement, ce dilemme pourrait être résolu par l'étude du fondement du régime de la faute de fonction : si la situation de fait est incompatible avec la nature du lien organique et si ce lien explique, voire justifie l'application de la faute de fonction, il est légitime que les situations de fait ne puissent constituer un cadre pour la faute de fonction. Cette question devra donc être tranchée plus tard, quand il conviendra d'examiner l'analyse fonctionnelle de la faute de fonction⁵¹⁴.

82. Conclusion de la section 2. – En apparence, l'étude des sources des liens personnels semble absolument décevante car elle n'a pas permis de dépasser l'hétérogénéité de la nature des liens personnels. Au contraire, elle a accentué la classification bipartite entre le lien de préposition et le lien organique puisque, si le premier peut prendre sa source tant dans une situation de droit que dans une situation de fait, le second semble devoir plutôt découler sinon d'un titre juridique au moins d'un acte juridique.

⁵¹⁰ V *supra* n°80.

⁵¹¹ La jurisprudence, qui a refusé que soient appliquées aux dirigeants de fait les dispositions applicables aux dirigeants de droit (par exemple Com. 6 octobre 1981, JCP 1982, II, 1989, note G. NOTTE), semble devoir être transposée à la question de la faute de fonction (V. l'interprétation en ce sens de l'arrêt de la chambre commerciale du 21 mars 1995 – B. n°98 – par J.-P. METIVET in *Les articles 52 alinéa 1^{er} et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers*, Rapp. C.cass. pour l'année 1998, p.111).

⁵¹² J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive* in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003 p.41, spé. n°16.

⁵¹³ Cette position est partagée par ceux qui refusent de voir dans le dirigeant de fait l'équivalent du dirigeant de droit (N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *op. cit.*, n°25 et s.).

⁵¹⁴ V. *infra* n°506 et s.

Néanmoins, ce jugement pessimiste doit être nuancé car cette étude a été source d'enseignements lorsqu'elle a indiqué qu'il est possible de retenir un concept unique de préposition, par exemple, en dépit de sous-distinctions réelles entre situation de droit et situation de fait⁵¹⁵. Il suffit pour ce faire de trouver un dénominateur commun essentiel entre eux. Subséquemment, il n'est pas utile de chercher à assimiler *totalem*ent la situation du préposé et celle du mandataire social pour justifier d'un cadre commun. La découverte d'un trait caractéristique commun suffira. Partant, s'il a été démontré que ce dénominateur commun ne résidait pas dans les liens personnels étudiés sous l'angle de leur qualité⁵¹⁶, reste la possibilité de le trouver dans l'objet de ces liens personnels.

⁵¹⁵ V. *supra* n°80.

⁵¹⁶ Entendue comme la nature **et** la source des liens personnels.

Section 3.

L'objet des liens personnels

83. Difficultés attachées à la notion d'objet. – Recourir à la notion d'objet afin d'élaborer un concept unifié de faute de fonction peut apparaître peu judicieux à ceux qui, en juristes avertis, connaissent le caractère vague d'une telle notion. Il est en effet difficile d'en donner une définition précise car l'objet reçoit une définition différente en fonction de ce à quoi il s'applique : sa définition en atteste qui précise que l'objet est « la matière sur laquelle porte un droit, une obligation, un contrat, une convention, une demande en justice ⁵¹⁷ ». La recherche d'un cadre pour la faute de fonction par le truchement de cette notion polymorphe, pour aussi téméraire qu'elle soit, peut être justifiée par deux arguments. D'abord, l'étude de la qualité des liens personnels s'étant soldée par un échec, il devient nécessaire de se tourner vers un nouvel aspect des liens personnels. Ensuite, les nombreux travaux doctrinaux consacrés à la notion d'objet permettront de déterminer avec plus de précision ce qu'il faut entendre par objet des liens personnels. Il est ainsi possible de rechercher l'essence de la notion d'objet du lien personnel interne de la faute de fonction grâce à une analogie avec l'objet d'autres liens personnels existants. Deux liens personnels ont suscité une étude poussée de la notion d'objet : le lien juridique d'instance d'une part, le lien contractuel d'autre part. Il est alors permis de se demander si l'objet de l'un de ces liens peut être transposé à notre sujet d'étude.

84. Analogie inefficace avec l'objet du lien juridique d'instance. – Le lien juridique d'instance est un rapport de droit qui prend naissance avec la demande en justice et se termine avec le jugement, et qui génère des droits et des obligations à l'égard des parties à l'instance ⁵¹⁸. Le lien juridique d'instance possède les mêmes éléments constitutifs que le rapport contractuel, à savoir des parties, une cause et un objet. L'objet du lien juridique d'instance indique ce que le plaideur demande au juge de lui accorder ⁵¹⁹ ce que le Code de procédure civile désigne comme « les prétentions respectives des parties » ⁵²⁰. Une fois

⁵¹⁷ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française.*

⁵¹⁸ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé, 3. Procédure de première instance*, Sirey, 1991, n°6.

⁵¹⁹ H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.* n°62. Par souci de clarté et de commodité et parce que cela ne constitue pas un obstacle à l'intérêt de la démonstration, seront assimilés l'objet de l'instance et l'objet du litige. L. CADIET et E. JEULAND rappellent toutefois qu'il serait plus rigoureux de les distinguer : l'objet de l'instance désignerait le litige et l'objet du litige se définirait comme les prétentions des parties (*Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, note n°139 sous n°509).

⁵²⁰ Article 4 du Code de procédure civile. L'objet est une notion équivoque à deux points de vue : un premier écueil consisterait à confondre objet de l'acte instrumentaire d'introduction de la demande (une assignation par exemple) et objet de son contenu substantiel, seul à même de renvoyer à l'objet du litige. Par ailleurs, l'objet de la demande ne peut se restreindre à l'objet de l'acte introductif d'instance puisque les parties sont susceptibles de compléter leurs prétentions initiales. L'objet du litige se conçoit donc comme l'ensemble des prétentions des parties (H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.* n°64)

rappelée la définition de l'objet du lien juridique d'instance, toute analogie avec l'objet des liens personnels internes de la faute de fonction semble vouée à l'échec. D'abord, s'il est vrai que le rapport juridique d'instance est un lien personnel entre les parties à l'instance, ses éléments constitutifs ont par ailleurs « une spécificité essentiellement judiciaire »⁵²¹. D'autres auteurs résumant parfaitement la situation en désignant ce lien comme « un rapport de droit processuel »⁵²² parfaitement distinct de tout type de rapport de droit substantiel. A l'inverse, les liens personnels de la faute de fonction sont des rapports substantiels. Ensuite, la finalité de la détermination de l'objet du lien juridique d'instance est de restreindre les pouvoirs du juge : en cas de non respect de cet objet, un recours spécifique est mis à la disposition des parties⁵²³. Cet objectif procédural s'éloigne donc du but visé par l'étude de l'objet des liens personnels de la faute de fonction, à savoir l'identification de l'environnement juridique de la faute de fonction.

85. Analogie efficace avec l'objet du contrat. – Le second lien personnel, le lien contractuel, semble se prêter davantage à la comparaison avec les liens personnels : d'abord, il s'agit d'un rapport juridique substantiel. Bien plus, le lien contractuel renvoie directement à des liens personnels internes déjà mentionnés⁵²⁴. Ensuite, la finalité théorique attachée à l'objet du lien contractuel est identique à celle poursuivie ici. En effet l'objet du lien contractuel a donné lieu à de nombreuses études doctrinales, non seulement parce que le Code civil prescrit pour la validité des conventions l'existence d'un objet certain⁵²⁵, licite⁵²⁶ et déterminé⁵²⁷, mais également parce que l'objet du lien contractuel se révèle propice à l'agencement d'une classification des contrats spéciaux⁵²⁸ dès lors qu'il permet d'appréhender le contrat de manière globale et unitaire⁵²⁹. L'ambition poursuivie par l'objet des liens personnels internes d'unifier le cadre de la faute de fonction pourrait donc être également atteinte par ce truchement.

86. Transposition de l'objet du contrat à l'objet du lien personnel. – Restreindre immédiatement la transposition de l'objet du contrat à l'objet des liens personnels pourrait sembler précipité à ceux qui savent qu'en matière contractuelle, l'objet peut renvoyer à des

⁵²¹ H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°9

⁵²² L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°491.

⁵²³ Articles 463 et 464 du Code de procédure civile. Le juge ne peut se prononcer sur des choses non demandées (*extra petita*) ou accorder plus qu'il n'était demandé (*ultra petita*).

⁵²⁴ Il a été vu précédemment que les liens personnels de la faute de fonction prenaient parfois leur source dans un contrat : par exemple un contrat de travail, un contrat de mandat, etc (V. *supra* n°79 et s.).

⁵²⁵ Article 1108 du Code civil.

⁵²⁶ Article 1128 du Code civil.

⁵²⁷ Article 1129 du Code civil.

⁵²⁸ J.-F. OVERSTAKE, *Essai sur la classification des contrats spéciaux*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 91, 1969.

⁵²⁹ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 441, 2005.

réalités bien différentes⁵³⁰. Cependant, il peut être démontré que seul l'objet du contrat offre la possibilité d'une transposition efficace aux liens personnels. Encore que ce dernier recevant plusieurs sens, une sélection doit être opérée.

⁵³⁰ Le Code civil vise tantôt **l'objet du contrat** (article 1126 du Code civil), tantôt **l'objet des conventions** (article 1128 du Code civil), tantôt **l'objet de l'obligation** (article 1129 du Code civil). Il en résulte une certaine confusion et notamment le sentiment fallacieux que les termes sont interchangeables : ainsi les articles 1128 et 1129 qui visent pourtant la même notion la désignent respectivement par les termes d'*objet de la convention* et d'*objet de l'obligation*.

Le travail de la doctrine a permis de mettre à jour trois notions distinctes.

Les articles 1128 et 1129 du Code civil renvoient à **l'objet de la prestation**. C'est une notion plutôt concrète qui renvoie à la chose sur laquelle porte la prestation en question. Ainsi, lorsque la prestation consiste à transférer la propriété, l'objet de la prestation sera le bien vendu ; si la prestation consiste à construire une maison, l'objet de la prestation sera la maison. Parce qu'« elle prend en considération le phénomène contractuel dans sa manifestation extérieure et non sous l'angle abstrait des obligations auxquelles elle donne naissance » (J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p.28), elle se présente comme une notion plus concrète que l'objet de l'obligation.

L'article 1101 du Code civil s'intéresse à **l'objet de l'obligation**. Cette terminologie renvoie à ce à quoi le débiteur s'oblige, à sa prestation. Ces prestations sont nombreuses et variées puisqu'elles sont déterminées par les parties. Toutefois elles se ramènent toujours à trois catégories fondamentales : donner, faire ou ne pas faire. Le contrat ne donne en général pas naissance à une seule obligation : cela est particulièrement vrai lorsque le contrat est synallagmatique et se définit comme une convention par laquelle chacune des parties s'oblige à des prestations réciproques ; mais cela est vérifié également alors que le contrat est unilatéral dès lors qu'une seule personne s'engage à plusieurs prestations – dans le contrat de dépôt, le dépositaire s'engage non seulement à conserver la chose mais également à la restituer (articles 1927 et suivants du Code civil). Toutefois, parmi ces obligations, il en est une « à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation. C'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit. Mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat. C'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer. Elle absorbe l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat » (G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, LGDJ, 1957, spéc. p.99 n°241).

L'objet du contrat est sans doute la notion qui a suscité le plus de points de vue doctrinaux. L'objet du contrat s'est tout d'abord vu nier tout autonomie : il est alors soit assimilé à l'objet de l'obligation (A.-M. DEMANTE, *Cours de droit civil français. Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, tome II, 2^{ème} éd., A. Gobelet, 1835, spéc. p.276 n°555 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de code napoléon, XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome I, Paris, 1868, spéc. p.278 n°300), soit confondu avec l'obligation elle-même (BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, Paris, 2^{ème} éd., 1900 spéc. p.263 n°243 ; J. CARBONNIER *Droit civil, Les biens, Les obligations*, tome II, *Quadriège Manuels.*, PUF, 2004, n°969 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome III, *Les obligations, le contrat*, Economica, 6^{ème} éd. 2007, spéc. p.356 n°380 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, tome 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, spéc. p.210 n°571). Il a également été compris comme la prestation caractéristique (J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p.27 et s. ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n°241). Dans ce cas, l'objet du contrat est défini comme l'objet d'une obligation mais d'une obligation spécifique. Enfin, l'objet du contrat a été défini de manière autonome sans renvoi à l'objet d'une obligation, comme la finalité du contrat, son but. Dans cette dernière conception, « l'objet traduit ce qu'elles [les parties au contrat] veulent accomplir ensemble, indépendamment des buts plus ultimes qu'elles poursuivent individuellement. » (A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit.*, spéc. n°694). Sans qu'il puisse être affirmé que la conception niant toute autonomie de l'objet du contrat appartient à l'Histoire, il semble que ce sont bien les deux dernières conceptions (prestation caractéristique ou finalité globale du contrat) qui ont aujourd'hui les faveurs de ceux qui considèrent le contrat comme une opération juridique globale (A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit.*, n°141 et s.).

Logiquement, les divers objets envisagés diffèrent en fonction de la définition de l'objet du contrat qui a été retenue.

Pour les partisans de l'objet pris comme finalité globale du contrat, on peut distinguer trois catégories d'objets. L'échange de prestation, la fourniture d'une ou plusieurs prestations et l'association de prestations. L'échange de prestation désigne l'ensemble des opérations où intervient une contrepartie tels que le contrat de vente, de bail, d'entreprise, de mandat onéreux, de dépôt onéreux ou de travail. La fourniture d'une ou plusieurs prestations relève du domaine des contrats conclus à titre gratuit et l'association de prestations renvoie aux contrats de société ou d'association.

La notion d'objet de la prestation est en effet trop concrète et renvoie à des situations trop diverses pour servir de base à la définition de l'objet d'un lien personnel. La notion s'attache trop à la chose elle-même, indépendamment de l'opération juridique dont il est question.

La notion d'objet de l'obligation ne sera pas retenue non plus. Les liens personnels, à l'instar des liens contractuels dont ils constituent une catégorie générique, sont le plus souvent constitués par un enchevêtrement d'obligations, ce qui est plus propice à un démembrement qu'à une unification du concept d'objet⁵³¹. De plus, les liens personnels internes de la faute de fonction pouvant prendre leur source dans une simple situation de fait, ils se révéleront difficiles à articuler autour de la notion purement juridique d'obligation.

C'est donc sur l'objet du contrat qu'il est possible de s'appuyer pour donner une définition de l'objet des liens personnels internes de la faute de fonction. Encore faut-il opter pour une des conceptions d'objet du contrat proposées par la doctrine. Les conceptions négationnistes doivent être rejetées⁵³². Les deux autres conceptions (objet pris comme prestation caractéristique et objet pris comme finalité globale du contrat) semblent au contraire plus à même d'être transposées aux liens personnels internes. Elles possèdent en outre la capacité de saisir la spécificité d'un lien personnel et d'appréhender plus justement la globalité de la catégorie de liens personnels à laquelle il appartient.

Les deux conceptions récentes de l'objet du contrat ne se valent toutefois pas lorsqu'il est question d'opérer une transposition aux liens personnels. En effet, les catégories d'objet du contrat dégagées par les partisans de l'objet compris comme finalité globale du contrat⁵³³ ne sont pas viables ici⁵³⁴.

Pour l'un des partisans de l'objet pris comme prestation caractéristique, on peut distinguer deux grandes catégories de contrats : **contrats translatifs de propriété et contrats non translatifs de propriété**. La classification est affinée par la mise à jour de trois types d'objets au sein des **contrats translatifs** : le transfert de droit préexistants (vente, donation, etc.), les démembrements de droits réels principaux (bail à construction, etc.) ou accessoires (gage, hypothèque, etc.) et les promesses de payer (contrat de rente viagère, etc.). De la même manière les **contrats non translatifs** peuvent viser trois objets : l'exécution d'un travail (contrat de travail, contrat d'entreprise, mandat, etc.) l'accomplissement d'un service et le respect d'une abstention (J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p.85).

⁵³¹J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p.30.

⁵³² Celles-ci renvoyant pour définir l'objet du contrat à l'objet de l'obligation, cela obligerait à asseoir la notion d'objet des liens personnels sur l'objet de l'obligation, démarche qui a été exclue.

⁵³³ A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit.* – Il s'agit de l'échange de prestation, la fourniture d'une ou plusieurs prestations et l'association de prestations.

⁵³⁴ Si le contrat de travail et le contrat de mandat social à titre onéreux, qui constituent un cadre à la faute de fonction ont tous deux pour objet un échange de prestations, la classification ainsi proposée atteint vite ses limites. L'échange de prestation est en effet un objet tantôt trop vaste tantôt trop restreint pour qu'il puisse être considéré comme l'objet recherché. Il est trop restreint parce qu'il exclut les contrats à titre gratuit qui peuvent pourtant constituer un cadre à la faute de fonction dès lors qu'ils génèrent un lien de préposition ou un lien de représentation. Si l'on devait adhérer à une telle classification en matière de faute de fonction, il faudrait donc admettre que l'objet des liens personnels n'est pas susceptible d'être unifié puisqu'il devrait être ventilé entre la catégorie échange de prestation et la catégorie fourniture (gratuite) de prestation. L'échange de prestation est par ailleurs un objet trop vaste parce qu'il concerne également des contrats tels que la vente ou le bail qui ne sont en aucune façon concernés par la faute de fonction.

Au contraire, les catégories proposées par les partisans de l'objet compris comme prestation caractéristique sont plus séduisantes. Parmi les objets décrits⁵³⁵, sera retenue en particulier **l'exécution d'un travail pour autrui** puisque cette catégorie réunit le contrat de travail et le contrat de mandat qui sont les cadres privilégiés de la faute de fonction⁵³⁶. Il sera également retenu parce qu'il constitue un critère efficace d'unification du cadre de la faute de fonction (§ 1.). Malheureusement, il se montre inapte à proposer une définition suffisamment stricte du cadre de la faute de fonction (§ 2.).

§ 1. L'objet des liens personnels, critère efficace d'unification du cadre de la faute de fonction

87. Définition de l'exécution d'un travail pour autrui. – Afin de démontrer que l'objet des liens personnels est unique, il est utile de donner une définition précise de ce qui constitue l'exécution d'un travail pour autrui en s'attardant sur ses trois éléments caractéristiques : l'exécution d'un travail, le travail dont il est question et l'exécution pour autrui.

L'exécution d'un travail renvoie à « une obligation de faire qui ne peut être exécutée sans requérir un effort, source de peine, de la part de son débiteur. Les notions de peine, d'effort, de fatigue sont inséparables de la prestation de travail [...]. »⁵³⁷

Le *travail* dont il est question peut consister en une tâche matérielle mais aussi en une tâche juridique telle qu'une intervention dans la conclusion d'actes juridiques pour autrui⁵³⁸ et plus précisément dans la conclusion même d'actes juridiques.

Enfin, il convient de donner un sens large à la notion d'*exécution pour autrui*. A titre d'exemple, le transporteur se charge de faire parcourir un itinéraire déterminé à une personne. Il exécute alors une tâche de transport pour cette personne.

Loin d'être une notion purement juridique et donc abstraite, l'exécution d'un travail pour autrui renvoie donc à une situation réelle : la production d'un effort physique et/ou intellectuel en vue d'accomplir une tâche matérielle ou juridique pour autrui.

Cette définition ainsi établie permet d'affirmer que les liens personnels de la faute de fonction ont pour objet l'exécution d'un travail. A l'instar du lien de préposition prenant sa source dans un contrat de travail ou dans un contrat de mandat, le lien de représentation a en effet pour objet l'exécution d'un travail pour autrui.

88. Exécution d'un travail pour autrui et lien entre le mandataire dirigeant et la personne morale. – L'étude de la nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe

⁵³⁵ V. *supra*, note de bas de page n°530.

⁵³⁶ V. *supra* n°80 et s.

⁵³⁷ J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p.87.

⁵³⁸ *Ibidem*.

a permis de prendre position sur la qualification juridique appropriée du dirigeant de la personne morale : la qualification de mandataire a ainsi pu être retenue⁵³⁹. Cela autorise dès lors à affirmer que l'objet du lien unissant mandataire dirigeant et personne morale est l'exécution d'un travail pour autrui. En effet, la classification proposée vise le contrat de mandat comme ayant pour objet l'exécution d'un travail dès lors que ce dernier consiste à passer des actes juridiques pour autrui. Le mandat social, analogue au mandat de droit commun, ne fait pas exception. Une analyse plus approfondie du contenu du mandat social conduit à la même solution : l'accomplissement d'actes matériels rendus nécessaires pour la fonction renvoie également à l'exécution d'un travail pour autrui. Plus spécifiquement, le dirigeant social a tous pouvoirs pour diriger la société : il assure la mission de chef d'entreprise qui suppose notamment d'embaucher les salariés, d'assurer la production et la commercialisation des stocks sur le plan économique, de conclure des contrats au nom de la société et d'agir en justice pour celle-ci sur le plan juridique⁵⁴⁰. De ceci peut être déduit que l'objet du lien de représentation sociale est bien l'exécution d'un travail pour autrui. La transposition de l'objet « exécution d'un travail pour autrui » aux liens personnels se vérifiera également à l'égard du lien de préposition.

89. Exécution d'un travail pour autrui et préposé. – De nombreux arguments plaident en faveur de l'admission de l'exécution d'un travail comme objet du lien de préposition. D'abord, cet objet renvoie à des cas de figure contractuels couramment rencontrés lors de la qualification du lien de préposition : le contrat de travail et le contrat de mandat principalement. En outre, il est possible, pour les besoins de l'espèce, d'étendre cet objet à des situations non contractuelles. L'exécution d'un travail est avant tout une notion concrète renvoyant à une réalité tangible qui peut endosser un aspect juridique si elle devient obligatoire par l'effet d'une source de droit. L'exécution d'un travail pourrait par exemple prendre source dans une situation légale. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'exécution d'un travail soit revêtue d'un caractère obligatoire. L'exécution d'un travail peut donc également trouver son origine dans une situation de fait : par exemple, l'individu qui conduit une voiture sous le contrôle d'un ami⁵⁴¹ effectue bien une tâche pour celui-ci.

La notion d'exécution d'un travail est donc suffisamment malléable pour s'appliquer à tous les liens de préposition constituant le cadre de la faute de fonction.

De surcroît, la loi semble viser expressément l'exécution d'un travail comme l'objet du lien entre commettant et préposé. L'article 1384 alinéa 5 du code civil prévoit en effet la

⁵³⁹ V. *supra* n°66.

⁵⁴⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°279 et s. Ces missions sont identiques quelle que soit la forme de la société : SA, SARL, etc. Elles appartiennent en effet au droit commun des sociétés.

⁵⁴¹ Civ. 1, 24 février 1969, B. n°80.

responsabilité civile du commettant pour les dommages causés par les préposés qu'il a « employé », ce terme signifiant « faire travailler pour son compte »⁵⁴².

Enfin, et bien que l'objet des liens personnels ne soit jamais abordé directement par la doctrine ou par la jurisprudence, l'exécution d'un travail est parfois évoquée comme déterminant le lien qui unit le commettant et le préposé. Cela est particulièrement vérifié dans la doctrine moderne qui adhère à l'idée d'une délitescence du lien d'autorité et qui déplace l'élément essentiel du lien de préposition vers « l'action pour le compte d'autrui »⁵⁴³. Mais cela est également présent chez certains auteurs attachés au lien d'autorité qui relèvent que « le lien de préposition implique la réunion de deux éléments : une tâche exercée pour le compte d'autrui et la présence d'une autorité et d'une subordination corrélative »⁵⁴⁴, reprenant ainsi les exigences légales. Pareillement, la jurisprudence renvoie parfois seulement à l'action « pour le compte d'autrui » pour caractériser le lien de préposition⁵⁴⁵. Bien que non orthodoxe, la formule a le mérite de confirmer que le lien de préposition a pour objet l'action pour le compte d'autrui, laquelle consiste effectivement en l'exécution d'un travail pour autrui⁵⁴⁶. Toutefois, certaines solutions jurisprudentielles peuvent jeter le doute sur la définition de cet objet : ainsi, il semble difficile d'admettre que le client qui essaye son véhicule après réparation exécute un travail pour le garagiste, dont il sera pourtant reconnu comme le subordonné⁵⁴⁷. Peut-être est-il possible d'avancer que l'essai de la voiture, effectué par le client pour le garagiste, doit être distingué de l'utilisation postérieure de la voiture : la première action correspondrait ainsi à la dernière phase du travail de réparation du garagiste, donc à un travail effectué par le client à la place du garagiste. En toutes hypothèses, il n'est pas exclu que la jurisprudence dévie ponctuellement de l'objet ainsi déterminé dès lors qu'elle statue parfois en équité⁵⁴⁸.

On peut donc affirmer pour conclure que les liens personnels de la faute de fonction ont un objet *unique* : *l'exécution d'un travail pour autrui*. L'objet des liens personnels est donc un facteur d'unification de la notion. Cet objet unique laisse alors entrevoir la possibilité de fonder une notion commune de faute de fonction et un régime commun. Pour être retenu, l'objet du lien personnel doit, en outre, être un critère efficace de circonscription du cadre de la faute de fonction. Son étude se révèle décevante de ce point de vue.

⁵⁴² *Le Robert, Dictionnaire de la langue française.*

⁵⁴³ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, spé. n°7502 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°792.

⁵⁴⁴ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *La responsabilité civile délictuelle*, PUG, 2000 n°92.

⁵⁴⁵ V. *supra* n°45 : le driver qui court « pour le compte » du propriétaire du cheval sera considéré comme son préposé (Civ. 2, 26 octobre 2000, JCP 2000, IV, n°2834.)

⁵⁴⁶ V. cependant, *infra* n°109, une définition plus précise de l'action pour le compte d'autrui, qui permettra d'en faire plutôt une sous-catégorie particulière du travail pour autrui.

⁵⁴⁷ Civ. 2, 8 mai 1964, B. n°356.

⁵⁴⁸ V. *supra* n°45.

§ 2. L'objet des liens personnels, critère inefficace de circonscription du cadre de la faute de fonction

90. Nécessité d'un cadre discriminant. – Bien qu'encourageante, la découverte d'un objet unifié des liens personnels de la faute de fonction ne présage pas de sa capacité à constituer un cadre induit efficace. En effet, la principale qualité d'un cadre est de définir un périmètre d'application restreint ; en d'autres termes, un cadre doit être discriminant. C'est pourquoi, et conformément à la démarche inductive adoptée, l'objet des liens personnels retenu (l'exécution d'un travail pour autrui) doit être apte à exclure du cadre toute situation de droit ou de fait autre que celle qui découle du lien de préposition ou du lien unissant le mandataire dirigeant et la personne morale, ces derniers étant les seuls visés par la jurisprudence.

91. L'excessive tolérance de l'exécution d'un travail pour autrui. – Deux situations démontrent que l'exécution d'un travail pour autrui est en l'état incapable de circonscrire le cadre de la faute de fonction tel qu'il est déduit de la jurisprudence. D'abord, le dirigeant de fait est exclu du domaine de la faute de fonction par la jurisprudence⁵⁴⁹. Pourtant ce dernier exécute un travail pour le compte de la société et de ses membres. C'est d'ailleurs la constatation de l'accomplissement de ces tâches en dehors de toute habilitation régulière qui permet aux juges de qualifier la direction de fait⁵⁵⁰. Le critère de l'exécution d'un travail se révèle donc incapable de justifier une telle exclusion.

De manière identique, l'entrepreneur indépendant et le commissionnaire ne sont pas admis à se prévaloir de la faute de fonction alors même que l'objet du contrat qui les lie à autrui est l'exécution d'un travail⁵⁵¹. Ces deux contrats sont d'ailleurs évoqués au côté du contrat de travail et du contrat de mandat parmi les contrats ayant pour l'objet l'exécution d'un travail dans le cadre de la classification précédemment évoquée. Là non plus le critère de l'exécution d'un travail ne peut appuyer une telle discrimination.

Deux explications alternatives peuvent alors être avancées qui justifieraient le hiatus entre les situations induites par le critère de l'objet des liens personnels et les situations admises par le droit positif afférant à la faute de fonction : soit le critère de l'objet est correct et le droit positif

⁵⁴⁹ V. *supra* n°81.

⁵⁵⁰ La jurisprudence caractérisera ainsi la direction de fait à l'égard de celle ou de celui qui aura « pris une part active dans la gestion » (Crim. 11 avril 1983, Rev. sociétés 1983, p.817 note W. JEANDIDIER). A titre d'exemples très précis, on notera que l'associé qui dispose d'une procuration sur le compte bancaire de la société et qui reçoit les clients et fournisseurs est un dirigeant de fait (CE 10 janvier 1990 req. N°61-989 – CE 29 septembre 1989 RJF 11/89 n°1216). Est également dirigeant de fait celui qui détient la signature bancaire de la société, prépare tous ses documents administratifs et titres de paiement, établit ses déclarations fiscales et contrôle l'embauche du personnel (Com. 9 novembre 1993, Rev. sociétés 1994, p.321, note P. LE TOURNEAU).

⁵⁵¹ Il sera rappelé, à toutes fins utiles, que le contrat d'entreprise (articles 1779 et s. du Code civil) s'apparente à un contrat de travail non subordonné tandis que le contrat de commission se rapproche d'un contrat de mandat à ceci près que le commissionnaire agira en son propre nom. – A propos de ce contrat, V. *infra* n°502.

erroné ; soit les solutions jurisprudentielles sont fondées et le critère de l'objet est insuffisamment précis. Or, la démarche inductive ici entreprise interdit que soit retenue la première explication.

De plus, le caractère polymorphe du critère utilisé, l'exécution d'un travail, plaide plutôt en sa défaveur. Si l'on poursuit ici la comparaison avec la matière contractuelle, on ne peut que constater que l'objet du contrat, apte à classer les différents contrats selon de grandes distinctions, ne permet pas de proposer des rapprochements étroits entre des contrats analogues. Il est toutefois possible de créer, au sein d'une catégorie aussi vaste que l'exécution d'un travail pour autrui, des sous-catégories plus à même de constituer des dénominateurs communs plus petits⁵⁵². Cet exercice, s'il est possible en matière contractuelle, est également envisageable à l'égard des liens personnels.

92. L'excessive étroitesse des sous-catégories issues de l'exécution d'un travail pour autrui. – Un premier regroupement peut être effectué en considération des actes accomplis. Il faudrait distinguer les personnes accomplissant des actes matériels et les personnes accomplissant des actes juridiques. Spontanément, s'opérerait alors une scission entre mandant et commissionnaire d'une part, et préposé et entrepreneur d'autre part ; les premiers concluant des actes juridiques tandis que les seconds seraient chargés de tâches matérielles. Ce raisonnement doit cependant être abandonné parce qu'il est fallacieux : d'abord, la ventilation des mandants et préposés au sein de deux catégories différentes est erronée en ce que le mandant effectue des actes matériels autant que des actes juridiques dès lors que les premiers sont rendus nécessaires pour l'accomplissement des seconds⁵⁵³. Il n'est même pas certain que le mandataire n'effectue que des actes matériels accessoires : l'exercice de direction d'une société semble en effet imposer à titre principal que soient effectués certains actes matériels tels que les contrôles auxquels le dirigeant doit se livrer sur les personnes et sur les biens. Le raisonnement inverse pourrait être produit à l'endroit des préposés : ces derniers sont en effet souvent habilités à accomplir des actes juridiques en sus des actes matériels. Outre que la ventilation entre mandant et préposé se révèle donc inadéquate, la scission entre accomplissement d'actes juridiques et accomplissement d'actes matériels est inopérante à l'égard de la faute de fonction. Elle doit donc être abandonnée.

Un second regroupement pourrait alors s'attacher à la fonction occupée par le fautif fonctionnel : les fonctions de direction, de contrôle et d'exécution sont en effet distinctes. Ce regroupement pourrait malheureusement recevoir les mêmes reproches que le précédent, en particulier le fait qu'il n'ait pas de conséquence en matière de faute de fonction.

L'échec des regroupements proposés démontre deux choses. D'une part, il confirme l'impression d'hétérogénéité du cadre de la faute de fonction qui avait été vérifiée à propos de

⁵⁵² On pourrait songer ainsi à placer dans la même sous-catégorie le contrat de travail et le contrat d'entreprise dès lors que ce qui les différencie tient uniquement aux conditions dans lesquelles le travail est effectué.

⁵⁵³ V. *supra* n°66.

la qualité des liens personnels. D'autre part, il illustre l'incapacité de l'objet des liens personnels à circonscrire le cadre de la faute de fonction.

93. Conclusion de la section 3. – Alors que l'on cherchait à unifier et à circonscrire le cadre de la faute de fonction, l'analyse des liens personnels avait conduit à une impasse : envisagés sous l'angle de leur qualité⁵⁵⁴, les liens personnels sont trop hétérogènes pour permettre une unification du cadre. Malheureusement, envisagés sous l'angle de leur objet les liens personnels sont trop imprécis pour permettre la circonscription du cadre. Ainsi s'il a bien été possible de les rassembler au sein de la catégorie des liens personnels ayant pour objet l'exécution d'un travail pour autrui, il est cependant difficile d'expliquer pourquoi entrepreneur et commissionnaire n'entrent pas dans le domaine de la faute de fonction. Il faudrait dire que le domaine de la faute de fonction est celui de l'exécution d'un travail pour autrui à la condition que ce travail s'effectue dans des conditions de subordination ou à titre de représentant d'une personne morale. Une telle conclusion n'est assurément pas satisfaisante car elle laisse subsister la question de la justification d'une telle discrimination.

⁵⁵⁴ Sous ce terme sont désignés la nature **et** la source des liens personnels.

94. Conclusion du chapitre 1. – Si la démarche inductive a permis de dégager un « environnement juridique » précis, elle n'a pas conduit à l'émergence de particularités communes justifiant l'application de la faute de fonction à deux agents qu'*a priori* tout sépare.

L'analyse de la jurisprudence avait pourtant autorisé d'envisager un cadre personnel caractérisé par des relations interpersonnelles entre l'auteur de la faute et un autre agent, amené à devenir le responsable de cette faute. Très vite, l'examen de ce cadre s'est cependant révélé déceptif : il a mis en exergue non seulement l'hétérogénéité des situations de droit et de fait conduisant à l'application de la faute de fonction mais également leur incompatibilité. Certes, cet examen a également mis à jour un dénominateur commun – l'exécution d'un travail pour autrui – mais il s'est révélé bien trop permissif pour justifier le traitement discriminatoire des préposé et mandataire sociaux.

Bref, partant de l'exigence qu'un cadre efficace doit remplir deux fonctions principales – l'unification de situations apparemment distinctes par le biais d'un dénominateur commun et la discrimination de toute autre situation étrangère à ce dénominateur commun – le cadre personnel induit ne convient pas.

Une explication pourrait être avancée pour justifier ces résultats insatisfaisants, qui tiendrait à l'inadéquation de la méthode inductive avec la recherche d'un concept : la jurisprudence, plus guidée par l'équité que par un fondement juridique solide constituerait une matière première de mauvaise qualité, imposant, dès le départ de l'étude le recours à une démarche déductive. Ce point de vue doit être relativisé pour deux raisons. D'abord, la démarche inductive s'impose tout naturellement lorsqu'une notion ou un régime prend sa source dans la jurisprudence, ce qui est le cas de la faute de fonction. Elle s'impose également en ce qu'elle a permis de révéler un point commun fondamental entre les situations du préposé et du représentant de la personne morale : l'exécution d'un travail au service d'autrui. Même si ce dénominateur commun n'a pas permis de préciser le cadre induit de la faute de fonction, il semble donner une indication fiable sur l'essence de ce cadre. La démarche inductive n'est donc pas à ce point stérile qu'il eut fallu l'écarter totalement. Elle doit néanmoins être suivie d'une étude plus déductive dans l'optique de remédier aux carences de la première.

CHAPITRE 2.

Le cadre déduit de la faute de fonction

95. Nécessité du recours à une méthode déductive. – Partant du constat de l'échec de la méthode inductive à proposer un cadre solide à la faute de fonction, il paraît inévitable de recourir à celle de la déduction. Le raisonnement ainsi désentravé de la chaîne prétorienne ne saurait toutefois être élaboré sans certains supports : le raisonnement déductif peut ainsi s'appuyer sur une analogie avec le droit administratif, l'usage d'une telle analogie se justifiant par l'emprunt au moins apparent du régime de la faute de fonction à celui de la faute de service par le juge judiciaire⁵⁵⁵. Il peut également reposer sur l'analyse littérale de la terminologie employée c'est-à-dire sur l'exégèse de la formule « faute de fonction ».

96. Le raisonnement analogique et ses limites. – La recherche d'un cadre pour la faute de service en droit administratif se trouve malaisée car la plupart des manuels de droit administratif ignorent la question s'agissant du régime de la faute de service. *Mutatis mutandis*, celui-ci s'appliquerait par principe aux personnes étant concernées par le régime propre de la responsabilité administrative. Plus explicitement quoique de manière anecdotique, les auteurs visent « les agents des personnes publiques »⁵⁵⁶, l'« agent public »⁵⁵⁷ ou « les fonctionnaires »⁵⁵⁸ dans l'exercice de leurs fonctions. C'est alors le caractère personnel du cadre de la faute de service qui semble prévaloir : bénéficient du régime de la faute de service tous ceux qui peuvent se prévaloir de la qualité d'agent public.

Pour déterminer le cadre de la faute de service, il faut donc s'appuyer sur les critères d'identification de l'agent public. La notion d'agent public repose sur l'application de deux critères cumulatifs, l'un organique et l'autre matériel⁵⁵⁹.

Dans un premier temps, seule une personne publique peut employer un agent public, à l'exclusion des personnes privées, même si celles-ci exercent une mission de service public⁵⁶⁰. Ceci manifeste donc une prégnance du critère organique. Pourtant, si le critère organique est

⁵⁵⁵ L'apparence peut d'ailleurs être ici dépassée par l'analyse des conclusions ayant emporté l'adhésion des juges de la Cour de cassation. Ces dernières renvoyaient en effet explicitement à la faute de service du droit administratif (V. notamment pour la faute de fonction du préposé les conclusions de l'avocat général Roland KESSOUS précédant l'arrêt *Costedoat* rendu en Assemblée plénière le 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé. p.744)

⁵⁵⁶ A. ROUYERE, J.-F. BRISSON, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p.592.

⁵⁵⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat, 15^{ème} éd., 2001, p.1383 et s.

⁵⁵⁸ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, coll. Cours, 12^{ème} éd. 2011, p.684 et s.

⁵⁵⁹ Cette définition générale ne tient pas compte des aménagements et tempéraments apportés ponctuellement par la loi qui confère ou dénie la qualité d'agent public en écartant ces critères traditionnels. Par exemple la loi du 31 décembre 1993 a transformé l'Imprimerie nationale (service du ministère du Budget) en société privée tout en maintenant le statut de fonctionnaire de ceux qui y travaillaient.

⁵⁶⁰ V. par ex. CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, RFDA 1996 p.850.

nécessaire, il n'est pas suffisant : pour employer un agent public, la personne publique doit assurer une mission de service public. Dès lors que le service public est défini comme « une activité d'intérêt général assurée par une personne publique ou sous son contrôle et soumise à des règles exorbitantes du droit privé », seuls les agents titulaires ou contractuels travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents publics⁵⁶¹, au contraire des agents travaillant pour le compte d'un service public industriel et commercial⁵⁶². La prédominance du critère organique a ponctuellement été remise en cause par ceux qui voient dans le critère matériel du service public un outil plus à même de garantir l'intérêt général⁵⁶³. Mais si ces auteurs prétendent avoir perçu dans l'arrêt fondateur *Berkani*⁵⁶⁴ l'affaiblissement du critère organique au profit du critère matériel⁵⁶⁵, l'avis n'est absolument pas partagé par la majorité de la doctrine, qui analyse au contraire la jurisprudence comme allant dans le sens d'une prévalence toujours accrue du critère organique⁵⁶⁶. Le critère matériel n'est donc pas au cœur du processus technique de qualification de l'agent public. Pourtant, il est loin d'être dénué de toute valeur explicative⁵⁶⁷.

Afin d'élaborer un cadre déduit pour la faute de fonction, il faudrait donc pouvoir transposer ces critères en droit privé.

Le critère organique peut d'ores et déjà être écarté, compte tenu des développements précédents ayant rejeté l'analyse institutionnelle des groupements de référence⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ TC 25 mars 1996, *Berkani c/ Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de Lyon*, D.1996, p.598, note Y. SAINT-JOURS ; – *Adde* pour un motif plus exhaustif, CE, 26 juin 1996, *Commune de Cereste c/ M. Moreschi et autres*, R. 246 : « Les agents contractuels d'une personne publique affectés à un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi. »

⁵⁶² Depuis l'arrêt du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques* (D. 1956, p. 759, concl. P. LAURENT), le Conseil d'Etat exige que trois critères soient remplis pour qu'un service public soit qualifié de service public industriel et commercial : un critère tenant à l'objet du service, un autre à ses modalités de financement et un dernier à ses modalités de fonctionnement qui doivent être analogues à ceux d'un industriel ou d'un commerçant. Si l'un de ces trois critères n'est pas rempli, le service public recevra la qualification de service public administratif.

⁵⁶³ C. FORTIER, *La consolidation juridique du lien fonction publique-service public. Eléments pour une définition matérielle de l'agent public*, AJDA 1999 p.291.

⁵⁶⁴ TC 25 mars 1996, préc.

⁵⁶⁵ C. FORTIER, *op. cit.*, p.296 et s.

⁵⁶⁶ V. par exemple, J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 6^e éd., 2009, n°44 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat, 15^{ème} éd., 2001, n° 16 et 19 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010, n°52. – *Adde*, plus spécifiquement, l'arrêt *Berkani* a été analysé comme substituant au critère matériel d'identification de l'agent public issu de la jurisprudence *Affortit et Vingtain* (CE Sec., 4 juin 1954, R. 342 et R. 344, concl. CHARDEAU) un critère purement organique (Note d'Y. SAINT-JOURS sous l'arrêt *Berkani*, D. 1996, p.598).

⁵⁶⁷ Ainsi, L. DUGUIT écrivait que « le fonctionnaire est l'agent qui participe d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, que ce service soit d'ailleurs centralisé, décentralisé ou même concédé. » (*Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, *La théorie générale de l'Etat*, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, 2^e éd., 1923, p.1.). Bien que le terme de « fonctionnaire » semble ici quelque peu inadéquat avec ce qui est aujourd'hui admis et que la proposition d'étendre la qualification à un service concédé à une personne privée ne soit pas reçue en droit positif, la formule est éclairante sur l'essence de la mission de l'agent public.

⁵⁶⁸ V. sur ces deux points, *supra* n°59 et s.

Reste alors la possibilité d'exploiter le seul critère matériel. Pour ce faire, les propositions de la doctrine administrativiste la plus séduite par le critère matériel doivent d'abord être reliées à la problématique du cadre de la faute de service : si la faute de service n'est appliquée qu'aux agents publics et que ceux-ci se définissent comme ceux qui poursuivent une mission de service public, le cadre de la faute de service est sans doute l'accomplissement de ce service (public). Ensuite, ce syllogisme doit être adapté au droit privé. Si le cadre de la faute de service semble être le service public, le cadre de la faute de fonction ne serait-il pas la **fonction** ? Partant, la faute de fonction ne devrait-elle pas être exclusivement applicable aux individus exerçant une **fonction** ?

97. Justification du raisonnement fondé sur l'interprétation exégétique. – Cette proposition doit surmonter deux obstacles propres à l'interprétation exégétique. D'abord, il convient de s'assurer que la formule « faute de fonction » est adéquate. Ici, l'interprétation exégétique apparaît en effet discutable en ce qu'elle s'appuie sur une terminologie *a priori* dépourvue de toute valeur normative au sens large. La formule « faute de fonction » est d'origine doctrinale et n'est jamais associée par la jurisprudence au régime particulier ayant retenu l'attention. Toutefois, il est tout aussi remarquable que les juges s'attachent à déterminer un lien particulier entre la faute de l'agent et sa fonction pour en tirer des conséquences juridiques⁵⁶⁹. Dès lors, la terminologie semble, dans un premier temps, pouvoir recevoir approbation.

Ensuite, il résulte de l'exégèse pratiquée que la **fonction** constituerait le cadre spécifique de la faute de fonction. Le propos ainsi formulé paraît relever d'une tautologie. La formule ne se veut pourtant pas provocante mais innovante.

Le caractère novateur de la démarche doit cependant être relativisé : ainsi une doctrine devenue classique avait déjà mis en exergue toute l'importance de la notion de fonction⁵⁷⁰ qu'elle envisageait sous l'angle d'un rapport personnel⁵⁷¹. Elle avait, à cette occasion, esquissé les contours de la notion de fonction laquelle lui permettait d'opérer un rapprochement et

⁵⁶⁹ S'agissant du préposé, l'affirmation se vérifie tant en ce qui concerne le contentieux relatif à l'« abus de fonction » que celui portant sur l'irresponsabilité de l'agent. Ainsi, le commettant s'exonère de sa responsabilité lorsque son préposé « a agi *hors des fonctions* auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions. » (AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C. LARROUMET) tandis que le préposé n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers lorsqu'il « agit sans excéder les limites de la *mission* qui lui a été impartie par son commettant. » (AP, 25 février 2000, réf. préc.). S'agissant du dirigeant social, la Cour de cassation affirme que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être reconnue que s'il a commis une *faute séparable de ses fonctions*. » (Com. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, note T. MASSART).

⁵⁷⁰ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.232. L'auteur renvoie déjà aux travaux de M. VERNESCO qui avait démontré que le rapport fonctionnel suffisait à constituer le lien de déposition (*La notion de préposé et l'idée de fonction*, Domat-Montchrestien, 1933).

⁵⁷¹ L'auteur renvoie au « rapport fonctionnel » établi entre le commettant et le préposé (*ibidem*).

même une assimilation des préposés et des « organes⁵⁷² » de la personne morale : l'idée de fonction renverrait à celle d'« action juridique pour autrui⁵⁷³ ». Partant, cette situation analogue justifiait la mise en œuvre d'un régime de responsabilité unique fondé sur le seul rapport fonctionnel⁵⁷⁴. Particulièrement avant-gardiste⁵⁷⁵, cette doctrine semble ici offrir une solution au problème du cadre unifié et circonscrit de la faute de fonction, laquelle se résumerait à un rapport fonctionnel. Malheureusement, l'étude approfondie de sa proposition est source d'une certaine déception : le rapport fonctionnel y est en effet tantôt décrit comme une subcatégorie englobant le lien de représentation dans le domaine des actes juridiques et le lien de préposition dans le domaine des faits juridiques⁵⁷⁶, tantôt comme un lien de représentation puisqu'il désigne le lien unissant deux personnes dont l'une agit au nom et pour le compte de l'autre⁵⁷⁷. Cette dernière acception, qui semble finalement préférée par l'auteur, ne supporte pas l'évolution théorique qu'a connue l'institution de la représentation⁵⁷⁸ pas plus que l'analyse des droits subjectifs qui l'a accompagnée⁵⁷⁹. Ainsi, l'idée selon laquelle le préposé exercerait les droits subjectifs de son commettant en conduisant une automobile⁵⁸⁰ peut ne pas convaincre dès lors que la circulation routière est davantage la manifestation d'une liberté d'agir⁵⁸¹. En outre le régime proposé sur le fondement du rapport fonctionnel sus évoqué devrait être logiquement étendu à toutes les situations de représentation : pourquoi n'est-ce pas le cas dans la représentation parentale laquelle n'est ni visée par l'auteur, ni consacrée par le droit positif ?

Bref, loin de clore le chapitre, la proposition doctrinale est une prémisse qu'il convient de développer à partir des origines de la notion de fonction.

98. Identification du cadre déduit de la faute de fonction. – L'acception juridique du terme « fonction » est exploitée si fréquemment qu'elle en fait oublier l'existence d'une acception juridique, plus étroite, plus spécifique et donc plus à même de constituer un cadre

⁵⁷² Terminologie employée par l'auteur, qui ne souscrit cependant pas à l'analyse organiciste (sur ce point, B. STARCK, *op. cit.*, p.250 et s.).

⁵⁷³ *Ibidem.*

⁵⁷⁴ Ainsi, B. STARCK avait-il proposé que soit mis fin à la dichotomie entre la responsabilité des commettants du fait des préposés et la responsabilité de la personne morale du fait de ses mandataires sociaux par l'édiction d'une règle unique qu'il formulait ainsi : « *Toute personne juridique, individu ou groupement, est directement responsable des dommages causés sans droit par les personnes qui agissent en leur nom et pour leur compte.* »

La responsabilité personnelle des intermédiaires peut aussi être engagée soit à l'égard des tiers, soit à l'égard de la personne pour le compte de laquelle ils agissent, à condition que la preuve soit apportée de l'inexécution des obligations auxquelles ils sont astreints en vertu de l'acte juridique ou du texte légal qui les investit de leur fonction. » (B. STARCK, *op. cit.*, p.268).

⁵⁷⁵ Le régime décrit par l'auteur ne verra véritablement le jour qu'une cinquantaine d'années plus tard.

⁵⁷⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p.237.

⁵⁷⁷ En ce sens, la règle proposée pour unifier les régimes de responsabilité, p.268 (V., note de bas de page, n°574).

⁵⁷⁸ V. *supra* n°71 et s.

⁵⁷⁹ V. *infra* n°142 et s.

⁵⁸⁰ B. STARCK, *op. cit.*, p.236.

⁵⁸¹ Une concession peut être faite : la circulation en elle-même est plutôt la manifestation d'une liberté tandis que l'usage d'un véhicule correspond bien à l'exercice de l'*usus* du droit de propriété sur celui-ci.

solide pour la faute de fonction. Cette dualité de conception est présente dans la définition commune de la fonction figée par les dictionnaires de la langue française⁵⁸² et elle apparaît au sein de la doctrine lorsque la fonction renvoie tantôt à un synonyme d'activité professionnelle (acception large et ajuridique) tantôt à une prérogative concurrente du droit subjectif (acception stricte et « juridicisée »)⁵⁸³.

Aucune de ces deux acceptions n'est fautive et pourtant il convient, ici, d'éluder la première. C'est principalement l'orientation initiale⁵⁸⁴ du sujet de recherche qui l'enjoint puisqu'il ne s'agit pas ici de s'interroger sur le sort de la faute accomplie dans l'exercice d'une profession⁵⁸⁵ mais de s'interroger sur le sens de l'introduction de la faute de service en droit privé, contingente non pas du caractère professionnel de l'activité mais de son caractère fonctionnel. C'est secondairement l'inaptitude de l'acception large et ajuridique à fonder un cadre spécifique pour la faute de fonction qui commande sa mise à l'écart. Cela semble donc mener à la possibilité d'élaborer une catégorie juridique correspondant à la terminologie « fonction » qui, sans être en totale contradiction avec le sens courant, correspond à une réalité juridique plus restreinte. Il faudra montrer que cette réalité correspond à un cadre fonctionnel (**Section 1.**), avant de s'interroger sur la possibilité de s'appuyer sur un cadre fonctionnel déterminé pour expliquer la restriction de l'usage de la faute de fonction (**Section 2.**).

⁵⁸² La fonction y est définie comme l' « action, le rôle spécifique (d'un élément, d'un organe) dans un ensemble » ou comme une « profession considérée comme contribuant à la vie de la société ». (*Le Robert, Dictionnaire de la langue française*).

⁵⁸³ V. *infra* n°99.

⁵⁸⁴ V. *supra* n°3.

⁵⁸⁵ Cette interrogation a fait l'objet d'études spécifiques : ainsi, en matière pénale, M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012 – V. déjà, S. DARRACQ, *La responsabilité civile professionnelle : étude du rapport professionnel-non professionnel*, thèse Bordeaux, 2004.

Section 1.

Un cadre fonctionnel

99. La fonction : situation ou prérogative juridique ? – En doctrine, la fonction est envisagée comme une prérogative juridique ou comme une activité ou situation juridique dont découlent des prérogatives juridiques⁵⁸⁶. Ainsi dans les travaux d'A. ROUAST⁵⁸⁷, la fonction reçoit – au même titre que le droit subjectif – le statut de **prérogative juridique**, sa spécificité tenant à ce qu'elle doit être exercée dans l'intérêt d'une entité autre que son titulaire (par exemple la famille ou l'entreprise).

A l'inverse, pour J. DABIN, les « droits-fonctions » sont des « droits généraux ou spéciaux, qui sont donnés à leur titulaire, [...], en tant que *chargé d'une fonction* au service d'autrui [...]. »⁵⁸⁸. Il y a bien là la distinction d'une fonction en tant qu'**activité juridique** et des prérogatives juridiques en découlant : les droits-fonctions.

Quant à la position de P. ROUBIER, elle reste assez difficile à déterminer puisque d'un côté l'auteur classe les fonctions parmi les droits et les pouvoirs – donnant alors l'impression que la fonction est à la fois une situation et une prérogative juridique⁵⁸⁹ – mais que d'un autre côté, l'auteur les fait entrer dans la catégorie « situations juridiques en cours d'effet » et affirme que « la fonction, comme toute situation juridique » est source de diverses prérogatives, dont les pouvoirs⁵⁹⁰. Selon lui, la fonction est alors un « **poste de service** dans la société, qui consiste à mettre son activité à la disposition du public pour une tâche déterminée⁵⁹¹ ».

La nature controversée de la fonction en tant que catégorie juridique n'est guère plus tranchée par la doctrine moderne. Ainsi, l'introduction à l'étude de la notion de pouvoir semble assimiler les notions de fonction et de pouvoir⁵⁹², cette dernière renvoyant incontestablement à une prérogative juridique. Plus récemment, cependant, un auteur a pu écrire que « une fonction renvoie à un pouvoir mais aussi au titre correspondant à ce pouvoir », l'usage du singulier ou du pluriel, permettant de « distinguer *la fonction* (le titre) [...] des *fonctions* (les

⁵⁸⁶ B. STARCK ne se prononce pas directement sur ce point ; le concept d' « action juridique pour le compte d'autrui » pourrait tout autant renvoyer à une action c'est-à-dire une activité ou à une prérogative comme pourrait le suggérer l'adjectif « juridique ».

⁵⁸⁷ *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p.1

⁵⁸⁸ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz 1952, rééd. Dalloz, 2008, p.222.

⁵⁸⁹ Explicitement l'auteur assimile les fonctions à des prérogatives juridiques lorsqu'il affirme en introduction qu'il va « faire apparaître d'autres *prérogatives* [...] inférieures aux droits proprement dits : ce seront les fonctions et les pouvoirs [...] ». (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005 p.177 n°21).

⁵⁹⁰ P. ROUBIER, *op.cit.*, p.185, 2°.

⁵⁹¹ P. ROUBIER, *op. cit.*, p.181.

⁵⁹² L'auteur rappelle qu' « en droit positif, le terme de pouvoir évoque l'idée de fonction » (E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°3) ; les notions de fonction et de pouvoir semblent également assimilées par la syntaxe du groupe nominal « la notion de pouvoir ou de fonction » (E. GAILLARD, *op. cit.*, n°4).

prérogatives matérielles⁵⁹³)»⁵⁹⁴. Cette distinction fondée sur l'emploi du singulier et du pluriel rejoint celle qui avait déjà été proposée à propos des préposés selon laquelle *la* fonction renverrait « au statut de préposé »⁵⁹⁵ tandis que *les* fonctions relèveraient d'une « pluralité de tâches à accomplir par le préposé »⁵⁹⁶.

La position de la doctrine administrativiste est quant à elle ambiguë, qui tantôt opère une confusion des catégories lorsqu'elle explique que la notion de fonction fait référence aux attributions et compétences dévolues par les lois et règlements dans le cadre de l'exécution d'un service public⁵⁹⁷, tantôt opère la distinction entre l'activité exercée et les prérogatives nécessaires à cet exercice⁵⁹⁸.

Prendre position sur la nature de la fonction se révèle finalement indispensable afin d'en établir la définition. Sur ce point il faut certainement rejeter l'amphibologie dénoncée et opérer une distinction entre la fonction en tant que point de départ d'une situation juridique particulière et les prérogatives fonctionnelles qui en découlent. Trois arguments vont en ce sens.

Il s'agit tout d'abord de ne pas perpétuer une déformation terminologique entre les notions de fonction et de pouvoir. Un auteur résume ainsi : « les pouvoirs désignent [...] des prérogatives particulières, relativement précises et spécifiées [...] alors que les fonctions évoquent plutôt une tâche globale, générale, permanente. [...] Les fonctions représentent une mission à remplir, un rôle à jouer, un objectif à atteindre, alors que les pouvoirs sont les moyens d'y parvenir [...] »⁵⁹⁹. D'après lui, à la suite d'une déformation, l'habitude a été prise de parler de pouvoirs lorsqu'une personne est chargée d'une activité juridique⁶⁰⁰ et de fonctions lorsqu'une personne est chargée d'une tâche matérielle⁶⁰¹.

Le deuxième argument en faveur d'une distinction entre fonctions et prérogatives fonctionnelles découle du premier : il n'y a en effet aucune raison préalable d'exclure du giron de la fonction juridique les activités matérielles. La doctrine publiciste s'étant penchée sur la notion de « fonction publique » en arrive d'ailleurs à la même conclusion.

⁵⁹³ Sur cette qualification matérielle, V. *infra* n°145.

⁵⁹⁴ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°4.

⁵⁹⁵ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°152.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

⁵⁹⁷ S. GUERARD, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, thèse Paris II, 1997, p. 307.

⁵⁹⁸ S. GUERARD, *op. cit.*, p. 309. – M. HAURIUOU notamment définissait la fonction ainsi : « La fonction est une activité qui contribue à l'exécution d'un service. [...] La fonction comporte des prérogatives, c'est-à-dire des pouvoirs ou des honneurs qui sont nécessaires pour que le service public puisse être exécuté. » (Cité par C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, LGDJ, 1998, p.127).

⁵⁹⁹ D. VEAUX, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.77.

⁶⁰⁰ V. notamment E. GAILLARD qui ne conçoit le pouvoir que comme celui d'accomplir des actes juridiques (*op. cit.*, n°225 et s.)

⁶⁰¹ D. VEAUX, *op. cit.*

Le troisième argument tient à ce que les caractéristiques de la fonction et des prérogatives qui en découlent ne sont pas absolument identiques puisque la fonction serait « permanente et attachée à l'individu »⁶⁰² tandis le pouvoir (la prérogative) serait « tributaire d'un usage au moins potentiel »⁶⁰³. Quoique devant faire l'objet d'une vérification⁶⁰⁴, cette affirmation est assez convaincante et plaide en faveur d'une distinction substantielle et donc sémantique entre la fonction et les prérogatives fonctionnelles.

Il convient toutefois de ne pas renier le maintien d'une certaine ambiguïté. Malgré l'élaboration d'un habillage juridique, le vocable *fonction* est à même de désigner tantôt la situation à laquelle l'activité ou la qualité de l'agent aura donné une coloration fonctionnelle⁶⁰⁵, tantôt le cadre fonctionnel dans sa double dimension. Il faudra donc fournir un certain effort, pour qu'au stade de la définition du cadre fonctionnel au moins, la notion de *fonction* renvoie exclusivement à l'objet de la seule situation fonctionnelle.

100. Double dimension du cadre fonctionnel. – Il résulte de ce qui précède que la terminologie de *fonction* donne lieu à une situation juridique spécifique et qu'elle doit être distinguée des prérogatives dont elle est le support. Dès lors, et parce que le cadre déduit de la faute de fonction a été identifié comme l'exercice d'une fonction, la tentation est grande de ne concentrer les développements que sur la fonction en tant que situation juridique spécifique, à l'exclusion des prérogatives fonctionnelles. Cependant, l'examen du cadre fonctionnel ne peut faire l'économie de celui des prérogatives y étant attachées. En effet, ce sont ces prérogatives fonctionnelles qui rendent la notion de fonction efficiente en droit⁶⁰⁶. En outre, l'exercice d'une fonction induit nécessairement l'exercice de prérogatives fonctionnelles puisqu'elles constituent les seuls moyens juridiques de mener à bien la fonction. Pour rendre compte de ce phénomène, il convient donc de considérer le cadre fonctionnel dans sa double dimension : renvoyant cumulativement à une situation juridique spécifique et à l'exercice de prérogatives juridiques en découlant (des prérogatives fonctionnelles).

En somme, montrer d'une part, que la fonction donne naissance à une situation juridique spécifique – donc fonctionnelle – (§ 1.) et apporter d'autre part, quelques éclaircissements sur les prérogatives fonctionnelles dont elle est le support (§ 2.) semble le moyen le plus adapté de décrire un cadre fonctionnel.

⁶⁰² M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc., n°139.

⁶⁰³ *Ibidem*.

⁶⁰⁴ V. *infra* n°126 et s.

⁶⁰⁵ V. *infra* n°104 et s.

⁶⁰⁶ Ces prérogatives, parce qu'elles sont fonctionnelles, sont en effet soumises à un régime propre. V. *infra* n°158.

§ 1. Une situation fonctionnelle

101. Exemple de fonctions. – La terminologie de « fonction » est d’usage courant pour désigner notamment la fonction de tuteur, la fonction parentale, la fonction patronale, la fonction syndicale ou encore la fonction du préposé. Cependant, les expressions semblent parfois utilisées instinctivement ou plus vraisemblablement encore prosaïquement, indépendamment de toute référence à une catégorie juridique précise. L’article 1384 alinéa 5 du code civil est topique de ce phénomène puisqu’il y est fait référence aux « fonctions » des préposés sans qu’aucune définition juridique desdites fonctions n’y soit adjointe. Tout se passe alors comme si la notion de fonction était d’une appréhension commune et évidente. La jurisprudence relative à la définition de la faute de fonction témoigne pourtant du contraire⁶⁰⁷. Afin d’étudier la notion de fonction, il conviendra donc tout autant de s’appuyer sur ces qualifications instinctives que de les questionner quant à leur compatibilité avec une définition précise et unitaire de la notion de fonction.

102. Historique de la notion juridique de fonction. – Dès le siècle dernier, plusieurs auteurs se sont intéressés à la fonction. Dans un premier temps, la notion de fonction (sociale) a été abordée comme un instrument de protection ou de sanction juridique du droit privé. Ainsi L. DUGUIT, qui refuse de reconnaître l’existence de droits subjectifs, considère que seuls les actes juridiques conformes à une fonction sociale ont droit à une protection sociale⁶⁰⁸. Pour sa part, L. JOSSERAND, qui n’est pas hostile à la notion de droit subjectif, impose le respect par son titulaire de sa fonction sociale sous la menace de la sanction juridique de l’abus de droit⁶⁰⁹. Dans les deux cas, la « fonction sociale » doit être définie comme l’utilité de l’acte juridique pour la société. De ces illustres travaux ne pourra donc émerger la notion juridique recherchée. Pourtant la thèse de L. JOSSERAND sera l’un des points de départ d’un débat qui fera émerger la notion juridique de fonction.

Ainsi, A. ROUAST, dans le souci de protéger l’intégrité du droit subjectif, propose que la théorie de l’abus de droit reçoive une application différenciée selon que la prérogative juridique⁶¹⁰ contrôlée est un droit subjectif discrétionnaire, une « fonction sociale de droit privé »⁶¹¹ ou un droit mixte. Ainsi, les droits subjectifs discrétionnaires ne devraient subir aucun contrôle de la conformité de leur exercice avec un quelconque but social ; tout juste serait-il possible d’en sanctionner l’exercice malicieux. Au contraire, les fonctions sociales

⁶⁰⁷ V. *infra* n°233 et s.

⁶⁰⁸ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, éd. La Mémoire du droit 1999 (rééd. 1920), *Le droit subjectif et la fonction sociale* VI p.20.

⁶⁰⁹ L. JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l’abus des droits*, Dalloz 1939, rééd. Dalloz, 2006.

⁶¹⁰ L’auteur emploie la terminologie de « faculté » (A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p.1, spé. n°10).

⁶¹¹ A. ROUAST, *op. cit.*, n°4.

bien qu'elles « se dissimulent sous l'apparence de droits »⁶¹², devraient subir un contrôle étroit de la conformité de leur exercice avec leur objet.

A la suite de ces travaux, la notion de fonction ne quittera plus le long débat relatif aux droits et à leur contrôle. Elle sera même à l'origine de l'étude subséquente relative au pouvoir en droit privé⁶¹³. Pourtant, la notion de fonction reste encore aujourd'hui difficile à saisir tant dans sa nature que dans sa définition.

103. Insuffisances des définitions proposées par la doctrine. – Cela s'explique sans doute par deux considérations. D'abord, la fonction n'a jamais fait l'objet d'une étude qui lui soit propre⁶¹⁴. Ensuite, cette absence de définition s'explique certainement par l'indétermination de la nature de la fonction, l'établissement d'une définition présupposant que soit tranchée la question de savoir ce que recouvre le terme généraliste de « situation juridique ».

En dépit de ces obstacles, certains auteurs ont cependant proposé de circonscrire la notion. La première définition de la fonction semble être celle de B. STARCK, une « action juridique pour le compte d'autrui ». Mal exploitée, elle se révélait cependant insuffisante⁶¹⁵. Une seconde définition fut offerte par ROUBIER : la fonction serait « un poste de service dans la société, qui consiste à mettre son activité à la disposition du public pour une tâche déterminée, soit d'une manière directe, soit par l'intermédiaire et sous le couvert d'une organisation collective, privée ou publique. »⁶¹⁶. Cette définition qui présente l'avantage de la concision est néanmoins contestable en ce qu'elle conduit à confondre les notions de fonction et de profession. Ce point de vue est partagé par J. DABIN⁶¹⁷ qui, à l'inverse de P. ROUBIER, ne propose pas réellement de définition laconique mais brosse un portrait plus ressemblant de la notion de fonction⁶¹⁸. Plus récemment, un auteur semble indiquer qu'une personne exerce une fonction dès lors qu'elle « exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif. [...] [et qu'elle] se voit confier une charge qu' [elle] exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre. »⁶¹⁹. Cette formule, bien qu'incomplète, semble offrir une

⁶¹² A. ROUAST, *op. cit.*, n°8.

⁶¹³ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

⁶¹⁴ Elle a le plus souvent été abordée soit par comparaison avec le droit subjectif soit à l'aune des prérogatives dont elle est le support (par exemple, le pouvoir). V. *supra* n°99.

⁶¹⁵ V. *supra* n°75.

⁶¹⁶ P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, Arch. Phil. du droit, n°5, *La théologie chrétienne et le droit*, Paris, 1960, p.65 à 131, spé. p.107.

⁶¹⁷ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960, spé. p. 51.

⁶¹⁸ Certes l'auteur précise qu' « il y a fonction dès qu'une personne occupe un poste quelconque élevé ou modeste, l'habilitant à jouer un rôle quelconque de direction ou d'exécution, matériel ou juridique, dans le fonctionnement du groupement » (J. DABIN, *op. cit.*, p.52 *in fine*) mais il ne limite pas la fonction à cette hypothèse puisqu'il affirme que « la fonction peut exister au service d'un individu du moment que le service consiste en une activité personnelle de caractère permanent, établie auprès d'une personne pour lui apporter aide et protection. » (J. DABIN, *op. cit.*, p.53). Finalement, il ne proposera pas de définition synthétique permettant d'englober sous une formule les deux cas de figure.

⁶¹⁹ E. GAILLARD, *op. cit.*, spé. n°3 p.9.

base solide à l'élaboration d'une définition dès lors qu'elle met en exergue l'élément essentiel de la fonction, à savoir son caractère altruiste.

Par ailleurs, l'affirmation que la fonction est une situation juridique permettra peut-être de renouveler l'analyse et de proposer de nouveaux critères. Il est en effet probable que cette nouvelle dimension de la notion de fonction ouvre la voie à de nouveaux critères de définition. A l'origine de ces nouvelles caractéristiques, se trouve la nécessité de s'interroger sur un point non tranché à ce jour : à quelle catégorie juridique la notion de fonction appartient-elle ? Il a déjà été répondu à cette question de manière négative : la fonction n'est pas une prérogative juridique⁶²⁰. Mais elle n'est pas seulement non plus une situation fonctionnelle. Quelle est alors la nature positive de la fonction ?

Une étude préalable de la détermination de la catégorie juridique à laquelle appartient la fonction (**A.**) permettra de confirmer la caractéristique classique tenant à l'exercice altruiste de la fonction (**B.**) et peut-être de mettre à jour des caractéristiques modernes (**C.**).

A. La détermination de la catégorie juridique de la fonction

104. La fonction, une catégorie juridique *sui generis* complexe. – L'exposé des différentes définitions de la doctrine classique ou moderne aurait pu être l'occasion de stigmatiser la difficulté qu'il y a à déterminer avec certitude la catégorie juridique à laquelle appartient la fonction. Ainsi, la fonction est successivement ou concomitamment décrite comme⁶²¹ une « situation juridique »⁶²², un « poste de service »⁶²³, une « tâche »⁶²⁴, une « mission »⁶²⁵, un « rôle »⁶²⁶, un « objectif »⁶²⁷, un « service »⁶²⁸, une « activité »⁶²⁹, une « charge »⁶³⁰, une « action juridique »⁶³¹, un « statut »⁶³², un « titre »⁶³³ ou une « qualité »⁶³⁴. *A priori*, il n'existe aucune raison intrinsèque à la notion de fonction de rejeter l'une

⁶²⁰ V. *supra* n°99.

⁶²¹ Ont volontairement été exclues les catégories juridiques renvoyant à des prérogatives juridiques, conformément au parti pris antérieurement, n°99.

⁶²² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p.185, 2°.

⁶²³ P. ROUBIER, *op. cit.*, p.181.

⁶²⁴ D. VEAUX, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.77.

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960, p.53.

⁶²⁹ J. DABIN, *op.cit. loc.cit.* ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°3.

⁶³⁰ E. GAILLARD, *op. cit., loc.cit.*

⁶³¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.236.

⁶³² C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°152.

⁶³³ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc., n°4.

⁶³⁴ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°139.

quelconque de ces propositions. Il semble en effet que la fonction soit une catégorie juridique *sui generis*, qui, envisagée du point de vue de celui pour lequel la fonction est exercée (le bénéficiaire de la fonction), correspond à un poste de service et envisagée du point de vue de celui qui l'exerce (le titulaire de la fonction), correspond à une qualité ou un titre.

105. La fonction entendue comme un « poste de service ». – Un poste de service désigne un « emplacement » réel et/ou virtuel consacré à une activité nécessaire à la poursuite d'une fin qui la dépasse. Cet « emplacement » peut être qualifié de réel lorsqu'il est matérialisé géographiquement, temporellement et/ou instrumentalement. Il est virtuel dans le cas contraire.

Loin de constituer une pure abstraction, ce concept a connu une traduction concrète avec l'organisation scientifique du travail issue du taylorisme ou du fordisme sans que les évolutions de la structure économique actuelle ne l'aient fait disparaître. Ces évolutions ont simplement opéré une mutation de ce poste de service lequel a pu passer du réel au virtuel. Concrètement, le taylorisme avait proposé, pour produire un bien donné, de découper cette finalité productive en différentes activités, lesquelles correspondent chacune à un poste de service, une fonction. Pour produire une boîte de conserve alimentaire, des ouvriers étaient affectés à une activité géographiquement localisée (« emplacement » réel) : l'activité de remplissage, l'activité de clôture de la boîte, etc. L'évolution du tissu économique a conduit les entreprises à externaliser certaines de ces fonctions, c'est-à-dire à en confier l'exercice à des individus travaillant en dehors de l'usine. S'il n'apparaît plus sous la forme d'un poste de travail au sein des locaux de l'usine, le poste de service n'a cependant pas disparu.

Sous son angle virtuel, cet « emplacement » existe également en dehors de toute activité économique. La fonction de tuteur en offre une bonne illustration. La tutelle est « un régime de protection institué par la loi pour sauvegarder dans leur personne et leurs biens certains individus incapables de pourvoir eux-mêmes à leurs intérêts et dont la charge incombe, sous la surveillance du juge des tutelles, à divers organes : le tuteur, le conseil de famille, etc⁶³⁵ ». Le tuteur exerce donc sa fonction aux côtés de celle d'autres organes de tutelle. Son activité est parcellaire et contribue à une fin qui dépasse la simple gestion du patrimoine du pupille puisqu'il s'agit de la protection de l'ensemble de la vie juridique de ce dernier⁶³⁶. Ici le poste de service correspond évidemment à un « emplacement » virtuel en l'absence de toute traduction matérielle de ce poste de service dans la vie du pupille.

106. La fonction entendue comme un statut, une qualité ou un titre. – Envisagée du point de vue du titulaire de la fonction, la fonction peut, en outre, être perçue comme un statut, une qualité ou un titre. Ce dernier renvoie substantiellement tant à la « désignation

⁶³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011, V° Tutelle.

⁶³⁶ V. *infra* n°164.

honorifique⁶³⁷ », dans le langage courant, qu'à la cause ou au fondement juridique d'une prérogative⁶³⁸ dans le langage juridique. Ces deux sens présentent un intérêt pour l'étude de la fonction mais tandis que la fonction envisagée comme une désignation honorifique est porteuse d'enseignement sur la valeur protégée par le droit lorsqu'il sanctionne son atteinte⁶³⁹, elle ne renseigne guère sur les caractéristiques de la fonction⁶⁴⁰. A l'inverse, si la fonction doit effectivement être perçue comme un titre juridique, elle ne peut être qu'une situation juridique à l'exclusion d'une situation factuelle. Cette exigence d'une situation juridique est d'ailleurs corroborée par la caractéristique classique : l'altruisme puisqu'il constitue la principale charge attachée à la fonction⁶⁴¹. Or, pour être source de prérogatives et de charges, la fonction doit nécessairement relever d'une situation juridique.

En résumé, la nature juridique de la fonction est fort difficile à appréhender car elle est complexe. Il s'agit d'une catégorie juridique *sui generis* désignant d'une part un « poste de service » et par ailleurs et concomitamment, un « titre », c'est-à-dire le fondement juridique des prérogatives détenues par le titulaire de la fonction et des charges qui en sont subséquentes.

Le point commun de ces sous-catégories est qu'elles confèrent à la fonction un caractère permanent. De cette nature juridique complexe s'évince donc deux « nouvelles » caractéristiques sur lesquelles il convient de s'arrêter : la permanence de la fonction⁶⁴² et son caractère légitime⁶⁴³. Pourtant avant d'aborder ces dernières, il convient de se pencher prioritairement sur sa caractéristique classique : l'exercice altruiste de la fonction.

B. La caractéristique classique de l'exercice altruiste de la fonction

107. Caractère altruiste et action dans l'intérêt d'autrui. – Ce caractère altruiste de la fonction fait référence à l'idée selon laquelle celui qui se trouve dans une situation fonctionnelle **agit dans l'intérêt d'autrui**. Cette spécificité a été à l'origine de la notion de fonction⁶⁴⁴ et elle reste au cœur de ses conceptions actuelles⁶⁴⁵.

⁶³⁷ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française.*

⁶³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, réf. préc., V° Titre.

⁶³⁹ V. sur ce point, M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc., n°144 et s.

⁶⁴⁰ A l'exception du caractère permanent, cependant. V. *infra* n°125.

⁶⁴¹ Pour davantage de développements sur ce point, V. *infra* n°130 et s.

⁶⁴² V. *infra* n°125 et s.

⁶⁴³ V. *infra* n°129 et s.

⁶⁴⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.221 et s. et *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960 p.50 ; A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p.1, n°10, 12 – V. dans le même sens, P. ROUBIER qui considère que la fonction fait apparaître des pouvoirs. Ces pouvoirs devant être exercés dans l'intérêt d'autrui, il en résulte que la fonction elle-même semble devoir être exercée dans l'intérêt d'autrui (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, réédit. Dalloz, 2005, p.185 et s. et p.190 et s.). Cela dit, ROUBIER a une conception beaucoup plus extensive de la fonction que les auteurs précédents puisqu'il considère que la fonction est un poste de service qui consiste à mettre à disposition du public une activité. De cette définition ne ressort pas

Restée longtemps l'unique critère de l'identification d'une situation fonctionnelle, ce caractère devrait donc permettre de les isoler d'autres qualifications. Cependant, avant de se pencher plus avant sur les situations fonctionnelles issues de ce critère (2.), il faut en préciser les contours (1.).

1. Les contours de l'exercice altruiste de la fonction

108. Éléments constitutifs du caractère altruiste. – L'exercice d'une fonction doit être perçu comme une action « altruiste ». Dans le sens commun, l'altruisme désigne une « disposition à s'intéresser et à se dévouer à autrui⁶⁴⁶ ». Le caractère altruiste de la fonction implique donc plus qu'une activité sociale c'est-à-dire à destination du public, laquelle existe à chaque fois qu'une personne s'engage à fournir un bien ou une prestation. La situation fonctionnelle est le théâtre d'activité exercée en **considération des intérêts d'autrui**. Cependant, alors que le droit connaît une gradation de l'altruisme ordinaire à l'altruisme sublimé en passant par l'altruisme tempéré⁶⁴⁷, c'est plutôt ce dernier qui correspond en général à la fonction. Toute tentation d'une conception moraliste doit en effet être écartée : la fonction ne relève pas de la bienfaisance, du dévouement voire de la générosité à laquelle certains auteurs⁶⁴⁸ renvoyaient lors de l'étude de la gestion d'affaire⁶⁴⁹ – institution dont le fondement classique aurait été le sentiment altruiste⁶⁵⁰. La « résonance morale⁶⁵¹ » est aujourd'hui écartée par la plupart des auteurs contemporains⁶⁵² au bénéfice d'une conception exclusivement juridique.

Deux instruments juridiques semblent pouvoir stigmatiser le caractère altruiste de l'exercice des fonctions : le mécanisme de l'action pour le compte d'autrui (a.) et l'exigence d'un devoir de loyauté accru (b.). Ils devront être à même de conférer une autonomie à la fonction par rapport à des notions voisines (c.).

l'exigence d'une activité exercée dans l'intérêt d'autrui ; il n'est donc pas certain que l'auteur en fasse une caractéristique de la notion de fonction. – V. *infra* n°115.

⁶⁴⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°3 – Adde, D. LOCHOUARN, *La profession, approche juridique de la notion*, thèse Lyon III, 1998, n°46 ; l'auteur définit la fonction comme l'exercice d'une charge contribuant au fonctionnement d'un ensemble, ce qui pourrait sous-entendre que l'activité de l'agent doit être tendue vers le fonctionnement dudit ensemble et non vers la satisfaction de ses intérêts personnels.

⁶⁴⁶ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*.

⁶⁴⁷ P. LE TOURNEAU, *Gestion d'affaires*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°11.

⁶⁴⁸ R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 124, 1972, n°188 et s. L'auteur renvoie aux travaux préparatoires du code civil qui visent tous l'idée de bienfaisance voire de générosité (V. les références citées par l'auteur, *op. cit.*, n°193).

⁶⁴⁹ Il s'agit d'un quasi-contrat dont le régime est organisé par les articles 1372 et suivants du Code civil.

⁶⁵⁰ R. BOUT affirme ainsi que : « L'intention de gérer l'affaire d'autrui est une condition essentielle de la gestion d'affaires, parce qu'elle est le gage de l'existence d'un sentiment altruiste » (*op. cit.*, n°200).

⁶⁵¹ R. BOUT, *op. cit.*, n°194.

⁶⁵² *Contra*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n°4.

a. Le mécanisme de l'action pour le compte d'autrui

109. Altruisme de l'exercice de la fonction et « action pour le compte d'autrui ». – Ainsi envisagé, l'exercice altruiste de la fonction ressemble au mécanisme juridique de l'action pour le compte d'autrui. Evoquée dans certaines dispositions du Code civil⁶⁵³, elle n'y est pas définie. C'est donc à la doctrine qu'il est revenu le soin de combler cette lacune en abordant deux sujets d'étude : la représentation⁶⁵⁴ et l'interposition de personne⁶⁵⁵. Il convient donc d'exploiter ces définitions pour vérifier qu'elles coïncident avec ce que l'altruisme de la fonction entend désigner.

110. Définition *stricto sensu* de l'« action pour le compte d'autrui ». – A en croire certains auteurs, « agir pour le compte de » signifie que « l'action doit être menée par une personne dans l'intérêt d'autrui et que les effets de l'action sont imputés directement à ce tiers »⁶⁵⁶.

Ainsi, l'action pour le compte d'autrui exige que l'émolument de l'acte accompli soit destiné à un autre que celui qui l'exécute. L'assertion peut alors se traduire par une destination atypique du **profit** résultant de l'action. En effet, alors que le profit retiré par une personne provient généralement de sa propre activité, dans une situation fonctionnelle, le profit de l'activité de celui qui exerce la fonction sera essentiellement perçu par un autre. Toutefois, conformément à la conception non moraliste de l'altruisme retenue⁶⁵⁷, cela ne signifie pas que le titulaire de la fonction doive agir à titre bénévole.

Il peut donc recevoir une indemnité ou une rémunération du fait de sa mise à disposition car ces deux notions sont distinctes du profit engendré par l'activité. Ainsi l'indemnité correspond à des « sommes dues en remboursement de dépenses exposées à l'occasion d'un travail ou d'une mission »⁶⁵⁸. Elle n'est pas une forme de profit puisqu'elle ne doit pas provoquer un enrichissement de celui qui la perçoit. La distinction entre le profit et la rémunération – entendue strictement⁶⁵⁹ – est assez perceptible lorsque la rémunération est définie comme la

⁶⁵³ Par exemple, les articles 16-7, 21-26, 118, 259-3, 455 du Code civil.

⁶⁵⁴ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 172, 1982.

⁶⁵⁵ Par exemple : G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, Sirey, 1950 ; D. L'HÔTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy, 2002 ; N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 485, 2007.

⁶⁵⁶ M. STORCK, *op. cit.*, n°162 – V. également, G. FLATTET, *op. cit.*, n°16.

⁶⁵⁷ V. *supra* n°108.

⁶⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011, V° Indemnité.

⁶⁵⁹ Les dictionnaires juridiques proposent souvent une définition large englobant la rémunération et le profit : « terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité (ouvrage, services, etc) ; englobe en ce sens traitement, honoraires, salaire, gratification, commission, courtage, gages, pourboire, avantage en nature, fret. » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, réf. préc., V° Rémunération).

« contrepartie du travail ou de la mise à disposition du travailleur⁶⁶⁰ ». Dès lors que l'objet de la rémunération n'est pas la valeur du travail mais la mise à disposition de la force de travail⁶⁶¹, cette rémunération n'est pas une rétrocession du profit engendré par l'activité développée⁶⁶².

Cependant, la clarté de la distinction s'estompe lorsque la rémunération dépend du rendement du travailleur. Deux arguments permettent alors de surmonter l'obstacle.

Le premier argument est d'ordre économique tenant à ce que la rémunération même fondée sur le rendement ne soit jamais équipollente au profit effectivement engendré. Le second argument est juridique puisque la chambre sociale de la Cour de cassation refuse que la rémunération du travailleur soit indexée sur son seul rendement. Ceci résulte de l'une des conditions posées par cette formation pour la validité des clauses de variation de la rémunération, à savoir que la mise en œuvre de ces clauses ne doit pas avoir « pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels⁶⁶³ ».

L'effet de l'action pour le compte d'autrui ne se limite toutefois pas, en principe, au transfert des profits. Il s'étend également au transfert des dettes ou obligations⁶⁶⁴, que certains subordonnent à l'existence d'un contrat⁶⁶⁵.

111. Nécessité d'élargir le mécanisme de l'action pour le compte. – Un élément de cette définition stricte a paru restreindre excessivement le champ de l'action pour compte d'autrui : l'imputation directe. En effet, il confine, *mutatis mutandis*, l'action pour le compte d'autrui à la seule représentation⁶⁶⁶. Cela est critiquable puisque celle-ci s'identifie en principe par deux caractéristiques : l'action pour le compte d'autrui et l'action au nom d'autrui. Définir la première dans un sens qui ne la rende pas autonome de la seconde est une voie sans issue.

Il faut donc admettre, avec les partisans de l'élargissement, la nécessité de lui assigner une dimension psychologique⁶⁶⁷ : il y a action pour le compte d'autrui chaque fois que les actes accomplis ont **vocation** à bénéficier à autrui⁶⁶⁸. Il faut entendre par là que celui pour le compte de qui l'opération a été réalisée est celui dont l'intérêt a motivé l'accomplissement de l'acte⁶⁶⁹.

⁶⁶⁰ G. CORNU, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁶¹ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009, n°133 ; C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. Contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut de travailleur salarié*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n°226 – Adde, F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, p.99 : « aucune corrélation n'[est] établie par le contrat [de travail] entre valeur du produit du travail et rémunération. »

⁶⁶² A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°132.

⁶⁶³ Soc. 2 juillet 2002, n°00-13111, Dr. soc. 2002, p.998.

⁶⁶⁴ C. LARROUMET, note sous Civ. 3, 1^{er} juillet 1971, D. 1972, p.436.

⁶⁶⁵ G. FLATTET, *op. cit.*, n°266.

⁶⁶⁶ D. L'HÔTE, *op. cit.*, n°92.

⁶⁶⁷ D. L'HÔTE, *op. cit.*, n°107 et s.

⁶⁶⁸ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°624.

⁶⁶⁹ D. L'HÔTE, *op. cit.*, n°106.

Peu importe alors que l'émolument transite par le patrimoine de celui qui agit pour le compte d'autrui⁶⁷⁰ ou qu'aucun émolument ne résulte de l'activité⁶⁷¹.

En résumé, « l'auteur d'un acte sera considéré comme ayant agi pour le compte d'autrui chaque fois que les circonstances nous conduisent à voir en lui un simple instrument de la réalisation de l'intérêt d'autrui »⁶⁷².

A ce stade, il n'y a aucune raison de ne pas intégrer cet élargissement à la situation fonctionnelle. Bien au contraire, il serait peut-être même nécessaire d'émanciper davantage la fonction de l'action pour le compte d'autrui, et ce pour deux raisons, tenant à l'identité des bénéficiaires de la fonction et de la variété des intérêts poursuivis.

112. « Action pour le compte d'autrui » et bénéficiaires⁶⁷³ de la fonction⁶⁷⁴. – Dans le langage courant, le terme « autrui » désigne l'autre ou un autre que soi. Cela indique donc que l'essence de l'activité fonctionnelle est de conduire un agent à agir dans l'intérêt d'un autre que lui-même. Plus précisément, la situation fonctionnelle implique toujours que l'activité de l'agent soit dirigée vers l'intérêt d'un « autrui » précisément déterminé ou déterminable. Conformément au mécanisme de l'action pour le compte, la fonction peut parfaitement être destinée à servir les intérêts d'un seul individu⁶⁷⁵. Ainsi, moins qu'à la nécessité d'un groupement, la fonction est surtout soumise à celle du caractère parcellaire de la tâche fonctionnelle. Il est en effet admis qu'elle est insuffisante en elle-même⁶⁷⁶ et qu'elle s'intègre dans une action plus globale⁶⁷⁷. Cette caractéristique est vérifiable tout autant lorsque la fonction est exercée au profit d'un groupement que lorsqu'elle est développée au profit d'un individu. La fonction au service d'un individu restera une activité parcellaire au regard de l'ensemble que compose la vie dudit individu. L'examen, même rapide, d'une activité

⁶⁷⁰ Rétablissant ainsi la possibilité que les commissionnaires relèvent de ce mécanisme (N. DISSAUX, *op. cit.*, n°626).

⁶⁷¹ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°624.

⁶⁷² D. L'HÔTE, *op. cit.*, n°111.

⁶⁷³ Certains auteurs préféreraient certainement parler de « destinataire » des effets de l'activité fonctionnelle. Ce sont les auteurs qui ont à juste titre montré la dimension psychologique du mécanisme de l'action pour le compte d'autrui (D. L'HÔTE, *op. cit.*, n°106).

⁶⁷⁴ Puisque la présente étude porte sur la faute de fonction en droit privé, la fonction dont il sera question sera une fonction de droit privé, autrement dit une fonction exercée dans un intérêt privé à l'exclusion de l'intérêt public (sur la distinction entre fonction de droit privé et fonction de droit public, V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, rééd. 2007 p. 223, note de bas de page n°2).

De ceci résulte donc la nécessité de ne pas retenir au titre des fonctions les charges exercées dans l'intérêt d'une personne publique ou de la Nation toute entière. Sera ainsi volontairement mise de côté la situation des chargés de fonction tels que les magistrats, les parlementaires, etc.

Le caractère altruiste de la fonction est cependant bien présent en droit public (sur ce point, V. notamment, S. GUERARD, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, Paris II, 1997, p. 309 et s.). L'intérêt poursuivi est alors toujours distinct du titulaire de la fonction mais il s'agit, compte tenu de la matière en cause, de l'intérêt général.

⁶⁷⁵ M. STORCK, *op. cit.*, n°188 – En ce sens déjà, J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960, spé. p. 53. – Adde, J. DABIN, *Le droit subjectif*, réf. préc., note n°2 p.224.

⁶⁷⁶ Pour un exposé explicite de cette idée, V. D. LOCHOUARN, *La profession, approche juridique de la notion*, thèse Lyon III, 1998 spé. n°46.

⁶⁷⁷ V. *supra* n°105.

présumée fonctionnelle précitée en permet la validation : le tuteur qui exerce une charge au service de son pupille n'exerce qu'une tâche insuffisante au bon fonctionnement de l'existence et même de la vie juridique de son pupille ; l'impérieuse nécessité de l'initiative et du consentement du pupille aux actes juridiques les plus personnels⁶⁷⁸ en atteste. Cette caractéristique plus remarquable dans la fonction, ne l'éloigne pourtant pas de l'action pour le compte d'autrui, surtout envisagée à propos de contrats portant sur des opérations plus ou moins ponctuelles.

Ce qui pourrait en revanche faire hiatus est la nécessité qu'autrui soit doté de la personnalité juridique⁶⁷⁹. En effet est-ce également le cas de celui à qui sont destinés les effets de l'activité fonctionnelle ?

Une réponse indirecte est apportée par la doctrine classique. En effet, les auteurs considèrent alors majoritairement que les fonctions apparaissent à l'intérieur d'institutions ou de groupements⁶⁸⁰ et plus particulièrement à l'intérieur de deux groupements évoqués de façon récurrente : la famille et l'entreprise⁶⁸¹. De manière tout à fait indirecte, la doctrine classique admet donc qu'« autrui » ne soit pas nécessairement doté de la personnalité juridique puisque la famille est un groupement qui en est dépourvu⁶⁸².

⁶⁷⁸ Article 458 du Code civil : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.

Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

⁶⁷⁹ En matière pénale, le terme « autrui » a été questionné pour déterminer si le fœtus ou la personne morale pouvaient être les victimes d'une infraction. Il est résulté de la jurisprudence qu'« autrui » visait nécessairement et suffisamment un agent doté de la personnalité juridique.

S'agissant du fœtus, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'il ne pouvait être concerné par les incriminations protégeant les personnes (Crim. 30 juin 1999, D. 2000, p.181, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; AP, 29 juin 2001, D. 2001, p.2907, note J. PRADEL ; JCP 2000, II, 10569, note M.-L. RASSAT – Crim. 25 juin 2002, D. 2002, p.3099, note J. PRADEL ; RSC 2003, p.95, obs. Y. MAYAUD – Crim. 4 mai 2004, D. 2004, p.3097, note J. PRADEL). Cette jurisprudence semble induire que « autrui » ne vise que la personne physique dotée de la personnalité juridique.

S'agissant des personnes morales, la Cour de cassation a largement admis qu'elles puissent être l'« autrui » protégé par l'ensemble des incriminations pénales tant pour la protection de son patrimoine, que pour la protection de son honneur (Crim. 12 octobre 1976, B. n°287), ou celle de son domicile (Crim. 23 mai 1995, B. n°193). Les juges du fond ont également admis que sa « vie privée » puisse être protégée (CA Aix-en-Provence, 10 mai 2001, D. 2002, p.2299).

⁶⁸⁰ A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p.1, spé. n°10 : « Ces fonctions apparaissent notamment à l'intérieur des institutions qui constituent les cadres de la vie humaine. » ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. 2007, p.224 : « Les cas de fonction [...] se rencontrent spécialement, sinon exclusivement, dans les relations de groupe. » ; l'auteur précise néanmoins que certaines fonctions s'épanouissent en dehors de tout lien de groupe (la fonction de tuteur).

P. ROUBIER, quant à lui, considère que l'intérêt d'autrui est équipollent au service public tel qu'il est entendu en droit public, le groupement de référence est donc infiniment plus large, qui vise la Nation dans son intégralité. L'auteur est sur ce point explicite lorsqu'il explique chercher les personnes qui exercent « une fonction dans la société » ou lorsqu'il vise une « fonction sociale » (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 rééd. 2005, p.179). Cette conception élargie semble inadéquate (V. *infra* n°193).

⁶⁸¹ J. DABIN, *op. cit.*, *loc.cit.* ; A. ROUAST, *op. cit.*, *loc.cit.*

⁶⁸² Identiquement, l'entreprise est dépourvue de la personnalité juridique ; néanmoins, elle emprunte souvent une structure juridique lui garantissant l'octroi de la personnalité morale. Sur ce point, V. *infra* n°193.

A ce stade de l'analyse, il n'existe aucun élément permettant de douter de l'exactitude de cette affirmation. A partir de l'instant où l'intérêt du groupement même non personnifié est au moins partiellement distinct de celui du titulaire de la fonction, l'activité de ce dernier reste bien altruiste. Certes, l'existence de la personnalité juridique implique la certitude de cet intérêt distinct⁶⁸³ – lequel est corrélativement clairement déterminé – mais l'absence de personnalité juridique n'est pas un obstacle absolu à l'existence d'un intérêt identifiable et distinct, tout juste un facteur de complication de la tâche du chargé de fonction.

Deux conséquences peuvent résulter de ceci : soit le caractère altruiste n'est pas l'équivalent de l'action pour le compte d'autrui, soit l'action pour le compte d'autrui doit être élargie pour pouvoir correspondre à toutes les potentialités du caractère altruiste de la fonction.

Cette comparaison de l'action pour le compte dans le champ contractuel et de la situation fonctionnelle appelle une dernière remarque tenant à ce que peut recouvrir l'intérêt d'autrui.

113. Variété des intérêts poursuivis. – Si l'action pour le compte d'autrui peut servir à donner forme au caractère altruiste de la fonction, c'est à la seule condition qu'il respecte le sens initial de ce caractère. Le titulaire de la fonction se doit avant tout d'agir dans l'intérêt d'autrui⁶⁸⁴. Si le terme « intérêt » est défini très largement par les dictionnaires de langue française comme « ce qui importe, ce qui est utile, avantageux », il a suscité des restrictions sémantiques curieuses de la part de certains juristes. Certains auteurs ont ainsi considéré que le terme « intérêt » selon qu'il était usité au singulier ou au pluriel, renverrait respectivement à une dimension extrapatrimoniale ou une dimension patrimoniale. Allant plus loin, d'autres ont réservé l'usage du mot « intérêt » à ce qui relèverait de l'ordre moral ou personnel tandis que la terminologie « valeur » renverrait à une sphère patrimoniale⁶⁸⁵. Suivant l'opinion d'autres auteurs⁶⁸⁶, il sera fait état ici de l'intérêt au sens large, renvoyant tantôt à des considérations matérielles ou pécuniaires, tantôt à des considérations morales ou personnelles. Ce parti pris semble d'ailleurs s'accorder avec le droit positif qui est indifférent au genre de l'intérêt tant en droit processuel⁶⁸⁷ qu'en droit substantiel⁶⁸⁸. Finalement, la détermination du contenu de l'intérêt dépendra surtout de l'entité à l'endroit de laquelle elle se fera.

⁶⁸³ Sur ce point, V. l'acception modérée qui doit être faite de l'autonomie de cet intérêt, *supra* n°59.

⁶⁸⁴ V. *supra* n°107.

⁶⁸⁵ R. VON JHERING, *Esprit du droit romain*, traduit par O. de MEULENAERE, Marescq, 3^{ème} éd., 1888, p.327 : « L'idée de valeur exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses biens ; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport avec le sujet et ses buts ».

⁶⁸⁶ A. GOGORZA, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Bordeaux, 2006, n°11– Adde, A. GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Tome I. Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.241 : « Un « intérêt » apparaît comme une « utilité » matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste, mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, « porteuse » d'intérêt. Cette utilité que représente l'intérêt consiste pour son « porteur » à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients ».

⁶⁸⁷ L'intérêt pour agir exigé par l'article 31 du Code de procédure civile peut tout aussi bien être d'ordre patrimonial que d'ordre extrapatrimonial. En ce sens, L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, n°356 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 2^{ème} éd., 2011, n°18. – Adde, G. WICKER, *La légitimité de l'intérêt à agir in Etudes sur le*

Renvoyant à une acception compréhensive du mécanisme de l'action pour le compte, le caractère altruiste implique en outre et assez logiquement l'accroissement du devoir de loyauté envers le bénéficiaire de la fonction.

b. L'exigence d'un devoir de loyauté accru

114. Notion de devoir⁶⁸⁹ de loyauté accru. – Le caractère altruiste pourrait également renvoyer à un véritable devoir de loyauté corrélatif à la confiance accordée par celui pour qui la fonction est exercée. C'est dire que le titulaire de la fonction ne se contente donc pas de fournir une prestation à autrui, il met à disposition des intérêts de ce dernier ses capacités physiques et/ou intellectuelles.

La distinction est connue de la sphère contractuelle même si elle semble aujourd'hui malaisée à y être mise en œuvre en raison de l'exploitation jurisprudentielle de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil pour mettre une véritable obligation de coopération à la charge des contractants⁶⁹⁰. L'article susvisé prévoyant l'exécution de bonne foi des conventions est en effet interprété par les juges comme imposant aux contractants un devoir de loyauté. A ce jour, la jurisprudence oscille entre deux traductions extrêmes de ce devoir de loyauté : traduction minimaliste interdisant au contractant de nuire à son débiteur ou traduction maximaliste obligeant le créancier à agir dans le sens des intérêts de son débiteur⁶⁹¹. Ce devoir de loyauté s'imposant de manière constante, il devient impossible d'isoler les contrats d'essence altruiste sur cette base.

L'obstacle est cependant rendu surmontable par l'exploitation d'une construction doctrinale : la classification bipartite du devoir de loyauté entre la loyauté contractuelle et la loyauté du contractant. La première induit des obligations nouvelles mais nécessaires au respect du but économique recherché ; la seconde n'implique aucune prestation supplémentaire mais impose une manière de se comporter conforme aux vertus morales du moment⁶⁹². Lorsque le devoir de

droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, Dalloz 2006, p.455.

⁶⁸⁸ Ainsi, lorsque la loi fonde la possibilité de rendre unilatéral l'exercice de l'autorité parentale sur l'intérêt de l'enfant, elle renvoie tout autant à des considérations pécuniaires que personnelles (pour un exemple où la jurisprudence semble avoir pris en compte un intérêt extra-patrimonial, Civ.1, 17 janvier 2006, B. n°17).

⁶⁸⁹ Il faut entendre ce terme de manière générique, indépendamment des études relatives à la notion d'obligation qui aurait pu inclure le devoir comme l'une des faces de l'obligation, (sur ce point, V. *infra* n°504)

⁶⁹⁰ Un auteur avait déjà révélé l'obstacle et l'avait considéré insurmontable : P. DIDIER, *La représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 179, 2000, n°99, p.66.

⁶⁹¹ Pour une interprétation de la jurisprudence en faveur du souci de l'intérêt du cocontractant, V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 337, 2000, n°109 et s.

⁶⁹² L'auteur rappelle à cette occasion la différence de nature entre l'obligation de ne pas nuire à autrui et l'obligation d'agir dans l'intérêt d'autrui V. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°12 et s. – A l'origine de la distinction, V. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 208, 1989, n°12 et s.

loyauté renvoie à la première hypothèse, il est absorbé par le champ contractuel⁶⁹³. Lorsque le devoir de loyauté s'entend de la seconde hypothèse, il reste une norme de civilité régie par le régime délictuel⁶⁹⁴ quand bien même il apparaît formellement dans un article réservé au régime contractuel⁶⁹⁵. Ainsi, même si l'obligation de veiller aux intérêts de son partenaire s'impose à tous les contractants au titre du devoir de loyauté, il ne s'impose pas à tous les contractants de manière identique⁶⁹⁶ puisque sa nature est contingente à l'objet du contrat (c'est-à-dire au but économique recherché). Si le contrat implique par essence la poursuite de l'intérêt du cocontractant, l'obligation de veiller aux intérêts de son partenaire est une obligation contractuelle ; si le contrat ne l'implique pas par essence, l'obligation correspondra à une norme de civilité. Cette ventilation permet ainsi de conserver l'existence de contrats altruistes par nature⁶⁹⁷.

De manière analogue, la fonction est altruiste par nature, qui implique ici une traduction maximaliste du devoir de loyauté : le chargé de fonction doit agir dans le sens des intérêts du bénéficiaire de la fonction⁶⁹⁸. Cette spécificité n'est donc peut-être pas anecdotique, ce qui sera vérifié par les situations fonctionnelles issues du caractère altruiste. Elle participe également à rendre la fonction autonome par rapport à des notions voisines.

c. L'autonomie de la notion de fonction

115. Autonomie de la fonction par rapport à la notion de profession. – Le caractère altruiste permet de distinguer la fonction de la notion de profession⁶⁹⁹. En ce sens, J. DABIN considère que le professionnel, contrairement au chargé de fonction, travaille d'abord dans son intérêt propre, l'idée de service du public (alors entendu comme « autrui ») n'intervenant qu'à

⁶⁹³ Ainsi en est-il de l'obligation de veiller à l'obtention de l'agrément administratif du matériel vendu, à défaut duquel la vente ne pouvait être efficace (Civ. 1, 27 octobre 1981, B. n°315 ; RTD civ. 1982, p.616, note P. REMY).

⁶⁹⁴ Un auteur renvoie ainsi aux manœuvres du bailleur qui envoie sciemment le commandement préalable au jeu de la clause résolutoire pendant l'absence du locataire, pour l'empêcher d'y satisfaire dans les délais (P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°92). Dans ces hypothèses la jurisprudence invoque la bonne foi mais reste muette sur le régime applicable (ex. Civ. 3, 16 octobre 1973, B. n°529 – Civ. 3, 15 décembre 1976, B. n°465).

⁶⁹⁵ Un auteur explique que « forgée par des préoccupations de civilité, d'une portée indiscutablement générale, la bonne foi ne serait mentionnée dans l'article 1384 alinéa 3 du Code civil qu'à titre indicatif, dans le but de souligner que le monde clos que créent les contractants ne peut exclure cet impératif élémentaire de la vie en société, et non dans celui de proclamer une obligation spécifiquement contractuelle » (P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°154). – *Contra*, certains auteurs se prononcent en faveur d'une qualification uniformément contractuelle du devoir de loyauté (J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris, 1978, n°307 et s. ; H. DE LA MASSUË, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus de droit*, RTDC 1948, p.27 et s. ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, n°194, p.541.).

⁶⁹⁶ Sur ce point déjà, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°109.

⁶⁹⁷ A l'échelle du devoir de loyauté, elle permet aussi de limiter le phénomène de « forçage du contrat » par le juge.

⁶⁹⁸ V. *infra* à nouveau ce point dans la définition de la faute de fonction, n°297.

⁶⁹⁹ *Contra*, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005 p.177 et s. : l'auteur a une vision élargie de la fonction si bien que celle-ci, exercée de manière indépendante, correspondrait à la notion de profession.

titre secondaire⁷⁰⁰. Plus précisément, alors que la profession est définie comme « une activité exercée de manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre »⁷⁰¹, la fonction n'induit pas nécessairement une rémunération. A titre d'exemple, le tuteur qui exerce une fonction ne perçoit pas de rémunération.

La définition de la profession a fait l'objet d'un renouvellement dans une étude récente laquelle a mis en évidence huit critères doctrinaux. Est professionnelle une « activité laborieuse, habituelle, qualifiée, rémunérée, sociale, notoire et licite⁷⁰² ». Confrontant alors fonction et profession, l'étude semble aboutir à une certaine confusion entre les deux notions qui ne semble pas justifiable. Dans un premier temps, cette étude relève à juste titre que la fonction ne saurait être réduite à la notion de profession⁷⁰³. Mais dans un second temps, elle semble considérer que la profession est nécessairement une fonction dès lors que « la profession poursuit une finalité altruiste ou sociale »⁷⁰⁴. Pourtant, le caractère altruiste doit être distingué d'un simple caractère social. En atteste également le fait que la considération de l'intérêt d'autrui ne joue qu'un rôle congru dans l'exercice de la profession en général, à l'exception de certaines professions en particulier⁷⁰⁵.

116. Compatibilité des concepts de fonction et de profession. – Ces réserves n'excluent pas qu'une fonction puisse être exercée de manière professionnelle, notamment parce que la rémunération n'est pas un élément d'exclusion de l'activité fonctionnelle, mais un élément accessoire⁷⁰⁶. Des auteurs remarquent ainsi que certaines compétences placent « certains professionnels à de véritables fonctions et leur confère[nt] parfois des pouvoirs redoutables pour autrui »⁷⁰⁷. A l'inverse, certaines fonctions génèrent une profession, tel étant le cas de la « fonction publique » au sens du droit public⁷⁰⁸. Bref, la fonction n'exclut pas la profession mais elle ne peut être réduite à la notion de profession. Ainsi, pour savoir si le professionnel se trouve dans une situation fonctionnelle, il sera nécessaire d'examiner le contenu de ses

⁷⁰⁰ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, réf. préc., spé. p. 51-52 – Déjà dans le même sens, le même auteur, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. Dalloz, 2007, p.223-224.

⁷⁰¹ J. SAVATIER, *Contribution à une étude juridique de la profession* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p.3, spé. n°6. – V. également en ce sens, A. TUNC, *Ebauche du droit des contrats professionnels* in *Etudes offertes à G. RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950 p.136; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011, V° Profession.

⁷⁰² M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°4.

⁷⁰³ *Ibidem*.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ Le devoir de loyauté est particulièrement accru dans l'exercice de certaines professions, telles que la profession médicale, certaines professions juridiques (avocat, notaire, etc.). – Sur le devoir de loyauté, V. *supra* n°114.

⁷⁰⁶ En ce sens, J. DABIN, *ibidem*. L'auteur indique néanmoins que la fonction n'est exercée à titre professionnel que lorsque ladite profession est exercée de manière collective. La justification de cette restriction n'est guère aisée à trouver.

⁷⁰⁷ A. TUNC, *op. cit.*, p.144 n°9.

⁷⁰⁸ En ce sens, D. LOCHOUARN, *op. cit.*, n°46.

activités professionnelles à l'aune des critères de la fonction, notamment de son caractère altruiste.

Outre que le caractère altruiste de la fonction la distingue de la notion de profession, il permet également de délimiter les situations fonctionnelles.

2. Les situations fonctionnelles issues du caractère altruiste

117. Efficience du caractère altruiste de la fonction. – Ce caractère classique est efficient car il permet à la fois de vérifier que certaines situations présumées fonctionnelles le sont effectivement (**a.**), de soumettre certaines conventions à la qualification (**b.**), mais aussi de se prononcer sur sa compatibilité avec la gestion d'affaires (**c.**).

a. L'authentification de situations présumées fonctionnelles

118. La fonction parentale. – A ce stade, le critère classique de l'exercice altruiste de la fonction permet de valider certaines intuitions.

Il existe bien une fonction parentale dès lors que l'activité des parents doit être exercée dans l'intérêt extrapatrimonial (il s'agit alors de l'autorité parentale)⁷⁰⁹ ou patrimonial (il s'agit ici de l'administration légale)⁷¹⁰ de leur(s) enfant(s) mineur(s) non émancipé(s). Outre une exigence de loyauté accrue⁷¹¹, la gestion du patrimoine de l'enfant par les parents implique en principe, et par la mise en œuvre de la représentation, l'attribution des profits de l'activité des parents au patrimoine de l'enfant. Cependant, les parents disposent corrélativement de la jouissance des biens de l'enfant⁷¹². La jouissance des biens du mineur dont bénéficie les parents lorsqu'ils exercent l'administration légale tempère donc le constat d'une attribution du profit de l'activité parentale au seul mineur car la jouissance s'analyse comme un usufruit particulier⁷¹³ qui implique que jusqu'aux seize ans de l'enfant, « les revenus du patrimoine du mineur tombent dans le patrimoine de son administrateur légal »⁷¹⁴. Les ressources directement perçues par les parents pour l'entretien de leur enfant ne donnent pas lieu, en outre, à la création d'une obligation d'emploi ou de reddition⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ L'alinéa 1 de l'article 371-1 du Code civil est très explicite : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. ».

⁷¹⁰ Il s'agit de l'administration légale des biens de l'enfant (article 382 et s. du Code civil).

⁷¹¹ V. *supra* n°114.

⁷¹² Article 382 du Code civil : « Les père et mère ont [...] l'administration et la jouissance des biens de leur enfant. »

⁷¹³ V. en ce sens, l'article 385 du Code civil.

⁷¹⁴ I. TARDY-JOUBERT, *L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ?*, Dr. fam. 2007, étude 22, n°3.

⁷¹⁵ I. TARDY-JOUBERT, *op. cit.*, n°14.

119. La fonction tutélaire. – Identiquement, le tuteur est bien chargé d'une fonction puisqu'il est tenu d'apporter à la gestion du patrimoine de la personne protégée « des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt [de cette dernière]⁷¹⁶ ». Son devoir accru de loyauté est donc très visible en droit positif.

120. La fonction syndicale. – Par ailleurs, l'ensemble des dispositions légales et réglementaires relatives à l'activité syndicale corrobore, par le prisme d'une loyauté accrue, la qualification fonctionnelle initialement évoquée de cette activité. Ainsi, l'article L. 2131-1 du Code du travail dispose que « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». L'article L. 2132-3 du Code du travail fait explicitement référence à leur capacité à agir en justice pour « défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent »⁷¹⁷. L'action en substitution prévue par différents textes consiste à se substituer au salarié pour défendre ses droits en justice et ne peut être exercée que si le salarié représenté ne s'y oppose pas⁷¹⁸. Enfin, l'article R. 1453-2 du Code du travail prévoit que ces syndicats peuvent assister et représenter un salarié devant une juridiction prud'homale.

121. La fonction patronale. – L'admission d'une « fonction patronale » peut également être retenue quoiqu'elle doive être subordonnée à une démonstration plus complexe. Le contenu de la fonction patronale est en effet double.

D'abord le « patron » est un entrepreneur⁷¹⁹, autrement dit, dirige une activité économique. A ce titre, sa fonction n'est pas nécessairement fonctionnelle puisqu'il peut diriger sa propre entreprise qui sera dépourvue d'un intérêt distinct identifiable. L'intérêt poursuivi sera simultanément celui de l'entreprise et celui du chef d'entreprise sans qu'il soit possible de les distinguer.

A l'inverse, lorsque le « patron » est le dirigeant d'une société, il devra agir dans le sens de l'intérêt de la société⁷²⁰. Ce faisant, il exerce bien une fonction puisqu'il doit se comporter de

⁷¹⁶ Article 496 du Code civil.

⁷¹⁷ Cet article est notamment essentiel pour permettre aux syndicats d'exercer l'action civile devant les juridictions civiles. Il fixe en effet les conditions dans lesquelles l'action civile du syndicat répond aux exigences de l'article 2 du Code de procédure pénale aux termes duquel la constitution de partie civile est encadrée. Avant toute intervention législative, la jurisprudence avait déjà admis cette possibilité (Ch. Réunion, 5 avril 1913, D. 1914, p.65, rapp. FALCINIAIGRE, concl., SARRUT).

⁷¹⁸ V. notamment les articles L. 2262-9, L. 2262-10, L. 8255-1 et L. 1247-1 du Code du travail.

⁷¹⁹ Selon la distinction du professeur FERRIER, l'entrepreneur est « la personne au nom et pour le compte de laquelle l'entreprise est exploitée » tandis que le chef d'entreprise est défini comme la personne investie des pouvoirs de direction (N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°3). Les deux qualités peuvent se retrouver sur la même tête, mais pas nécessairement.

⁷²⁰ Sur la conception adoptée de l'intérêt social, V. *supra* n°59 et *infra* n°193.

façon altruiste⁷²¹ tant dans l'exercice d'activités matérielles que juridiques⁷²². Enfin, le « patron » est à même de se retrouver dans une situation intermédiaire c'est-à-dire qu'il sera le dirigeant d'un groupement dont il sera l'unique associé⁷²³. Dans ce cas, l'intérêt de la société sera essentiellement réduit à son intérêt personnel, même si cet intérêt social pourra être isolé des autres intérêts patrimoniaux du chef d'entreprise. La situation est en revanche tout à fait différente lorsque le « patron » est envisagé comme un employeur⁷²⁴.

Dans ce cas, en effet, l'employeur exerce une véritable fonction lorsqu'il doit agir au bénéfice de ses salariés. Sa fonction dirigeante doit alors s'exercer de manière altruiste, sous certains aspects du moins⁷²⁵. La démonstration peut en être faite à partir d'une obligation principale qui lui incombe : celle de veiller à la sécurité physique et mentale de ses salariés en prenant toutes les mesures que cela implique. Cette obligation induit une véritable fonction patronale parce qu'elle ne peut être assimilée à l'obligation générale de ne pas nuire à autrui édictée à l'article 1382 du Code civil, et ce, à deux points de vue.

D'abord, cette obligation ne bénéficie qu'à une catégorie d'individus déterminée : les salariés travaillant pour l'employeur. Cette situation était particulièrement topique initialement, car la Cour de cassation évinçait l'obligation de sécurité de l'employeur du contrat de travail⁷²⁶, visant ensemble les articles 1147 du Code civil et l'article L. 230-2 du Code du travail (devenu L. 4121-1 du Code du travail)⁷²⁷. Si la jurisprudence s'abstient désormais de faire quelque référence au contrat⁷²⁸, les seuls bénéficiaires de cette obligation de sécurité restent cependant identiques⁷²⁹.

Ensuite, cette obligation de sécurité est une obligation renforcée puisqu'il s'agit, selon la jurisprudence d'une obligation de résultat. Dans un premier temps, la Cour de cassation a érigé une obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur dans le cadre du contentieux

⁷²¹ L'accroissement des manifestations de l'obligation de loyauté du dirigeant social est d'ailleurs sensible en droit positif. – A ce propos, H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p.273 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour*, Gaz.Pal. 10-11 février 2012, p.7.

⁷²² V. *supra* n°66.

V. cependant, la possibilité d'intégrer la mission de gestion dans le contrat de mandat, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°646.

⁷²³ EURL, EARL, SASU.

⁷²⁴ D'une manière générale, lorsqu'il est question de fonction patronale, c'est essentiellement l'activité d'employeur qui est visée.

⁷²⁵ A l'évidence, le caractère altruiste ne s'exprimera ici qu'en termes de loyauté accrue et non par l'action pour le compte des salariés.

⁷²⁶ Soc., 28 février 2002, RTD civ. 2002, p.310, note P. JOURDAIN ; D. 2002, p.2696, note X. PRETOT.

⁷²⁷ Soc. 11 avril 2002, D. 2002, p.2215, note Y. SAINT-JOURS – AP, 24 juin 2005, D. 2005, p.2375, note Y. SAINT-JOURS.

⁷²⁸ Soc. 28 février 2006, JCP S 2006, 1278, note P. SARGOS (le changement aurait, selon cet auteur, été amorcé dès l'arrêt du « tabagisme » (Soc. 24 juin 2005, réf. préc.) – Soc. 21 juin 2006, D. 2006, p.2831, note M. MINE – Soc. 3 février 2010, B. n°30 ; JCP S 2010, act.83 – Soc. 6 octobre 2010, JCP S 2011, 1043, note P.-Y. VERKINDT – *Contra*, Civ. 2, 2 mai 2007, JCP S, 1529.

⁷²⁹ Article L. 4121-1 du Code du travail d'où découle l'obligation de sécurité, vise les « travailleurs ».

relatif aux maladies professionnelles (amiante)⁷³⁰. Puis elle l'a appliquée aux accidents du travail⁷³¹ et à la prévention en matière de santé physique⁷³² et mentale⁷³³.

En conclusion, la « fonction patronale » doit être admise car elle répond à l'exigence d'une activité exercée au moins partiellement de manière altruiste.

La fonction de préposé avait également été présumée à l'amorce de l'étude de la notion de fonction. Elle doit donc être passée sous les fourches caudines du caractère altruiste. Parce que le lien de préposition est, selon la jurisprudence⁷³⁴, équipollent au lien de subordination, critère du contrat de travail et que ce dernier offre un point de comparaison solide, la vérification de l'existence d'une fonction préposée se fera lors de l'étude de la délimitation des fonctions conventionnelles.

b. La délimitation des fonctions conventionnelles

122. Contrat de travail et contrat d'entreprise. – Un raisonnement identique au précédent permet d'exclure plus ou moins relativement certains contrats nommés de toute situation fonctionnelle. Ainsi, le contrat dit d'entreprise semble peu compatible avec ce caractère altruiste. En effet, alors même que ce contrat créé à la charge de l'entrepreneur une obligation de faire et que la prestation attendue vise à satisfaire le besoin du maître de l'ouvrage, il ne répond pas exactement au caractère altruiste de l'activité. Une confrontation avec le contrat de travail permet de mieux saisir le distinguo. Le salarié promet de mettre son activité, sa force de travail au service de son employeur⁷³⁵ tandis que l'entrepreneur s'engage à

⁷³⁰ Soc. 28 février 2002, RTD civ. 2002, p.310, note P. JOURDAIN ; D. 2002, p.2696, note X. PRETOT. L'arrêt consacre également une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur – la précédente datait d'un arrêt des Chambres réunies du 15 juillet 1941, JCP 1941, II, 1705, note J. MIHURA – : désormais le « manquement à [l'obligation de sécurité de résultat] a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

⁷³¹ Soc. 11 avril 2002, D. 2002, p.2215, obs. Y. SAINT-JOURS – AP, 24 juin 2005, D. 2005, p.2375, note Y. SAINT-JOURS.

⁷³² Notamment à la lutte contre le tabagisme : Soc. 24 juin 2005, D. 2005, p.2565, note A. BUGADA.

⁷³³ Lutte contre le harcèlement moral : Soc., 21 juin 2006, B. n°223 ; D. 2006, p.2831, note M. MINE.

⁷³⁴ V. *supra* n°47.

⁷³⁵ Article 1779 1° du Code civil (avant la modification rédactionnelle issue de la loi du 12 mai 2009) : « 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ».

Les indications laconiques des manuels et des encyclopédies de droit du travail à propos de l'objet du contrat de travail pourraient laisser entendre qu'à l'instar de l'entrepreneur, le travailleur est tenu par une obligation de faire (V. cependant, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012, n°195 : « [le salarié] ne promet pas un résultat ; [il] met sa force ou capacité de travail, ses aptitudes, à la disposition de son contractant »). Or, des études récentes ont révélé l'insuffisance de cette conception (T. REVET, *La force de travail (Etude juridique)*, Litec, 1992 ; *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p.859).

Elles proposent au contraire de reconnaître la singularité de l'objet du contrat de travail : il s'agirait d'une obligation de *prestare* autrement dit d'une mise à disposition de la force de travail d'un agent (M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat de travail défini par son objet* in *Le travail en perspectives* sous la direction d'A. SUPIOT, LGDJ, 1998, p.101, spé. p.107). Cet objet caractéristique pourrait même, plus que la subordination, être le critère essentiel du contrat de travail (*ibidem*, p.118) à l'égard de certaines règles du droit du travail (*ibidem*, p.122). Ainsi, « sachant que le travail est une source de création de valeur, il y aurait contrat de travail

fournir une prestation précise⁷³⁶. Dans le premier cas, l'activité du salarié sera nécessairement tournée vers l'intérêt de son employeur si bien que de la combinaison d'un rapport hiérarchique et du caractère altruiste de l'obligation résultera la nécessité pour le salarié d'agir selon les indications de son employeur ou le cas échéant, en tenant compte de l'intérêt du commettant⁷³⁷. Dans le second cas, l'exécution de la prestation sera étrangère à toute considération de l'intérêt du créancier, autre que celle qui aura présidé à l'élaboration de la convention.

L'opposition entre salarié et entrepreneur est encore plus flagrante lorsqu'est envisagée l'attribution du profit de l'activité de chacun : alors que le profit engendré par l'activité du salarié est attribué à son employeur⁷³⁸, celui qui découle de l'activité de l'entrepreneur lui revient tout entier. Difficile d'imaginer, en effet, le profit de l'activité de l'entrepreneur soit attribué au maître de l'ouvrage.

A partir de cette analyse, il convient de réaffirmer l'exclusion du contrat d'entreprise des contrats altruistes et donc des contrats créant une fonction, même si la jurisprudence a notamment « découvert » l'obligation pour l'entrepreneur d'user de matériaux de qualité loyale et marchande⁷³⁹.

A l'inverse, commissionnaire⁷⁴⁰ et mandataire⁷⁴¹ semblent également chargés d'une activité à caractère altruiste puisqu'ils doivent agir *pour le compte* de leur commettant ou mandant (en leur nom propre, ou au nom du mandant). Autrement dit, l'obligation de veiller aux intérêts de leur partenaire est clairement contractuelle : elle est en effet intégrée au but économique des contrats de commission et de mandat. Ensuite, et parce qu'ils disposent d'une certaine indépendance dans l'exécution de leur mandat, commissionnaire et mandataire devront prendre les décisions les plus intéressantes, non pas seulement pour parvenir à l'objectif brut convenu (transport, conclusion d'un acte juridique), mais également pour que le profit qu'en tirera le donneur d'ordre soit maximum. Il est dès lors possible de s'interroger sur la pertinence du choix jurisprudentiel⁷⁴² et doctrinal⁷⁴³ du régime délictuel pour sanctionner l'infidélité du mandataire qui favorisait les concurrents de l'organisme dont il assurait la présidence. Il semblerait plus judicieux de retenir la responsabilité contractuelle, à l'instar de ce qui est

dès lors qu'une personne travaille non pas pour son propre profit mais au moins partiellement pour celui d'une autre personne. Il y aurait *travail pour autrui* » (*ibidem*, p.118).

⁷³⁶ Article 1779 3° du Code civil : « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés. »

⁷³⁷ G. VINEY : « le préposé se définit en effet par l'affectation altruiste de son activité » (*Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t.53, 1965, n°45).

⁷³⁸ V. sur ce point, *supra* n°109 et *infra* n°495.

⁷³⁹ CA Rennes, 10 juin 1993, JurisData n°047088.

⁷⁴⁰ Articles L. 132-1 et L. 132-2 du Code de commerce.

⁷⁴¹ Article 1984 du Code civil.

⁷⁴² Civ. 2, 31 mai 1976, D. 1976, IR p.255 : la Cour de cassation fonde l'engagement de sa responsabilité sur l'article 1382 du Code civil.

⁷⁴³ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°102.

proposé pour la sanction de l'obligation de non-concurrence du salarié envers son employeur⁷⁴⁴.

Le caractère altruiste de la fonction appelle enfin l'évocation d'un quasi-contrat d'essence altruiste : la gestion d'affaire. Cette institution semble, à ce stade, relever évidemment d'une situation fonctionnelle.

c. La qualification fonctionnelle de la gestion d'affaires

123. Un quasi-contrat altruiste. – Le caractère altruiste de l'activité déployée trouve *a priori* un écho dans une figure juridique connue : la gestion d'affaires. La doctrine propose en effet de définir l'institution comme l'accomplissement, par une personne, d'« un acte ou [d'] une série d'actes dans l'intérêt d'un autre, sans en avoir été chargée »⁷⁴⁵. L'activité déployée doit donc revêtir un caractère altruiste à défaut duquel, les effets juridiques prévus par les articles 1372 et suivants du Code civil ne seraient pas appliqués⁷⁴⁶, bref à défaut duquel, il n'y aurait pas gestion d'affaire.

Du caractère altruiste de la fonction ont résulté des solutions solides quant à la délimitation des situations fonctionnelles. Pourtant des incertitudes demeurent, attachées aux réflexions auxquelles la détermination de la catégorie juridique à laquelle la fonction appartient avait pu aboutir. Des perspectives de caractéristiques modernes avaient en effet surgi.

C. Les caractéristiques modernes de la fonction

124. Double origine. – Essentiellement issues de la nature juridique de la fonction, ces caractères modernes ont été brièvement évoqués lors de sa découverte. La catégorie *sui generis* à laquelle la fonction appartient semble d'abord lui imprimer un caractère permanent (1.). Elle semble ensuite subordonner son existence à sa légitimité (2.).

1. Le caractère permanent de la fonction

125. Caractère commun à toutes les fonctions. – Plus que l'affirmation de son existence, ce qui confère au caractère permanent sa modernité c'est l'affirmation de sa **validité à l'égard de toutes les fonctions**. Le renvoi à ce caractère n'est en effet pas totalement inédit puisqu'il

⁷⁴⁴ V. J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p.376, spé. p.378.

⁷⁴⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°3.

⁷⁴⁶ Sauf volonté contraire du maître de l'affaire : Civ. 1, 31 janvier 1995, B. n°59 ; Dr. et pat. 1995, n°980, obs. A. BENABENT.

apparaissait dans la conception que J. DABIN avait retenu de la fonction exercée au service d'un individu. Pour cet auteur, il y a en effet fonction lorsqu'un individu exerce une activité personnelle, **de caractère permanent**, auprès d'une personne⁷⁴⁷. La recherche de la nature juridique de la fonction a permis d'affirmer que le caractère permanent n'était pas réservé à la fonction exercée au service d'un individu mais qu'il était tout aussi pertinent dans un cadre collectif (celui de l'entreprise par exemple). Plus encore, parce qu'elle est une caractéristique fonctionnelle, la permanence permet non seulement de dessiner les contours de la fonction mais aussi de l'isoler de notions voisines. Enfin, elle autorise à opérer de nouvelles disqualifications.

A l'instar de la méthode employée pour le caractère altruiste, la définition du caractère permanent de la fonction **(a.)** précédera ainsi l'étude de l'autonomie de la notion de fonction **(b.)** à laquelle succèdera l'exposé des disqualifications issues du caractère permanent **(c.)**.

a. La définition du caractère permanent de la fonction

126. Fonction et activité fonctionnelle. – Le caractère permanent signifie que la fonction est une situation juridique « qui dure, demeure sans discontinuer⁷⁴⁸ ». Il doit être distingué du caractère pérenne puisqu'une fonction peut parfaitement disparaître lorsqu'elle n'a plus raison d'être. C'est le cas de la fonction parentale lorsque les enfants deviennent majeurs ou de la fonction de tutelle lorsque les mesures de protections ne sont plus nécessaires.

Cette idée de permanence ne semble toutefois pas partagée par l'ensemble de la doctrine lorsque celle-ci affirme par exemple que les fonctions de préposés sont délimitées par le temps, l'espace et les moyens matériels qui en extériorisent l'exercice⁷⁴⁹ ou, de manière analogue, que les fonctions du mandataire social sont déterminées par un « critère abstrait et purement moral tiré de l'appréciation et de la portée des statuts sociaux et de l'intérêt général de la personne morale⁷⁵⁰ ». Ce désaccord n'est cependant qu'apparent dès lors que c'est moins la fonction qui est intermittente que son exercice. L'auteur renvoie en effet *aux* fonctions et non à *la* fonction. Or, la doctrine moderne distingue *la* fonction *des* fonctions, la première correspondant à un statut, une qualité ou un titre tandis que les secondes renvoient, selon les auteurs, aux prérogatives ou aux tâches accomplies par le titulaire de la fonction⁷⁵¹. Ce que rejette l'auteur n'est donc pas la permanence de la fonction mais celle de l'activité à laquelle la fonction est dédiée. La fonction, en tant que poste de service ou en tant que qualité-titre, perdure même si elle ne donne pas lieu au déploiement de l'activité dont elle est le support. En somme, même non mise en mouvement elle continue d'exister abstraitement, virtuellement.

⁷⁴⁷ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, réf. préc., p.53.

⁷⁴⁸ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française.*

⁷⁴⁹ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°31.

⁷⁵⁰ *Ibidem.*

⁷⁵¹ Sur ce point, V. *supra* n°99.

Très concrètement, la fonction du préposé est persistante au sein de son entreprise même si le préposé est absent et non remplacé. Sa fonction est vacante mais elle existe toujours.

La permanence de la fonction n'induit donc jamais la permanence de l'exercice de la fonction, c'est-à-dire de l'activité fonctionnelle ou encore des prérogatives fonctionnelles. Est-ce dire que J. DABIN avait donc tort lorsqu'il exigeait que l'activité au service d'un individu devait être permanente pour être fonctionnelle⁷⁵² ? Il faut en convenir, en partie du moins. Sans doute, en effet, l'auteur aurait été plus inspiré d'exiger une activité régulière. Les modalités d'exercice de l'activité joueront en effet un rôle probatoire vis-à-vis de l'existence d'une fonction. A cet égard, deux cas de figure peuvent faire présumer une situation fonctionnelle. Dans le premier cas de figure, l'agent agit de manière durable et régulière pour le compte d'autrui. Dans le second cas de figure, l'agent s'engage⁷⁵³ de manière durable auprès d'autrui à accomplir de manière ponctuelle mais répétitive des tâches pour le compte d'autrui. Il n'est donc pas exclu qu'une activité ponctuelle soit reconnue fonctionnelle ; ce caractère ponctuel ne peut simplement guère servir de preuve à l'existence d'une fonction⁷⁵⁴.

Une fois établi, ce caractère permanent permet de distinguer la fonction de notions voisines, singulièrement de la notion de mission.

b. La distinction fonction-mission

127. Autonomie de la fonction. – Le caractère permanent permet, là aussi, de faire le départ entre la notion de fonction et une notion connexe : la mission. Elle apparaît en effet de manière récurrente au côté de la fonction dans de nombreux textes législatifs⁷⁵⁵. Cependant, cette notion apparaît tantôt comme une alternative à la notion de fonction⁷⁵⁶, tantôt comme l'objet de la fonction⁷⁵⁷.

La première définition semble dérangeante car en tant qu'alternative à la notion de fonction, la mission apparaît incompatible avec la fonction. Le critère de cette distinction est temporel : la mission renverrait à une activité plus brève que la fonction⁷⁵⁸. Mais la seconde définition de la mission pose également difficulté car, si les deux catégories sont incompatibles, comment l'une peut-elle être l'objet de l'autre ? La solution est très simple qui réside dans la scrutation des définitions ajuridiques des deux notions : alors que la fonction désigne le « rôle spécifique

⁷⁵² V. *supra* n°125.

⁷⁵³ Sur la valeur de ce terme, V. le caractère légitime de la fonction, *infra* n°129 et s.

⁷⁵⁴ Les préposés occasionnels sont prioritairement considérés comme exerçant une fonction au service de leur commettant habituel et non du commettant occasionnel (V. déjà, *supra* n°46).

⁷⁵⁵ De manière non exhaustive : dans le Code civil : articles 410, 448, 451 et 454 ; dans le Code pénal : articles 121-3, 226-13, 413-10-1, 433-1, 435-1, etc ; dans le Code du commerce : L 621-9, L 626-24, etc.

⁷⁵⁶ Ex. Articles 121-3, 226-13 ou 433-1 du Code pénal.

⁷⁵⁷ Ex. Article L. 621-9 du Code du commerce ; article 451 du Code civil.

⁷⁵⁸ En ce sens, C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, réf. préc., n°308.

(d'un élément, d'un organe) dans un ensemble », la mission renvoie à la « charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose » ou au « but que l'on se donne à soi-même avec le sentiment d'un devoir ». De ceci pourrait résulter que la fonction correspond à un rôle, un statut, une qualité, un titre dont l'effectivité suppose que soit accompli un ensemble de prestations dans l'intérêt d'autrui. La mission correspondrait à l'une de ces prestations. Dès lors, la mission pourrait tout aussi bien être évoquée en tant qu'objet de la fonction, que de manière autonome et alternative à la fonction⁷⁵⁹.

La définition du caractère permanent étant éprouvée à l'aune d'une notion voisine, il convient maintenant d'étudier les disqualifications qu'elle autorise.

c. Les disqualifications issues du caractère permanent de la fonction

128. Exclusions fondées sur ce caractère permanent. – Ce caractère permanent est parfaitement en adéquation avec la situation des parents ou des tuteurs. De surcroît, il explique que certaines obligations conventionnelles de faire et à caractère altruiste soient exclues des activités fonctionnelles. Ainsi en est-il du mandat lorsqu'il ne portera que sur une seule opération⁷⁶⁰. A l'inverse, le mandat social est parfaitement compatible avec une activité fonctionnelle, à l'instar du contrat de travail.

A l'endroit du contrat de mandat et du contrat de commission⁷⁶¹, il n'est donc pas possible de statuer définitivement sur leur inclusion ou leur exclusion de la situation fonctionnelle : au contraire, il conviendra de relever au cas par cas, le caractère durable de l'activité du mandataire ou du commissionnaire pour le compte de leur mandant ou de leur commettant ; ou le caractère durable de leur engagement, ce dernier postulant nécessairement l'intervention régulière quoique discontinue du débiteur de l'obligation de faire contenue dans ces contrats.

En principe, ce mode d'appréciation devrait également être envisagé à propos de l'activité du gérant d'affaires : en effet, si les articles 1372 et 1373 du Code civil semblent prévoir la possibilité d'une gestion d'affaires qui dure dans le temps, ils ne subordonnent pas l'existence de cette figure juridique à une telle condition temporelle, de sorte qu'en fonction des circonstances de fait, le gérant pourrait n'accomplir qu'un seul acte ou déployer une activité durable. Cependant, une partie de la doctrine se prononce à l'encontre d'une gestion d'affaires qui dure dans le temps⁷⁶² en raison du caractère nécessairement subsidiaire de la gestion

⁷⁵⁹ Reste que certaines expressions législatives apparaissent alors impropres : c'est le cas lorsque le législateur vise « une mission permanente » (article 413-10-1 du Code pénal : infraction d'atteinte au secret de la défense nationale).

⁷⁶⁰ Dans le sens de la qualification du mandat en contrat à exécution instantanée, V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°70.

⁷⁶¹ Sur la possibilité d'un engagement juridique à long terme entre le commissionnaire et son commettant, V. P. CHAUVEL, *Commissionnaire*, Rép. Com. Dalloz, 2012, n°62 et s.

⁷⁶² P. MAULAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, n°1025.

d'affaires par rapport à la gestion faite par le maître lui-même⁷⁶³. A cette fin, elle propose d'ailleurs l'introduction en droit positif de l'obligation d'informer le maître de l'affaire de la gestion entreprise lorsque le gérant de l'affaire le peut⁷⁶⁴. Ce parti pris repose justement sur le caractère exceptionnel de l'immixtion d'un agent dans les affaires d'autrui⁷⁶⁵. Il est cependant contredit par les articles 1372 et 1373 du Code civil qui imposent au gérant d'affaires de poursuivre sa gestion respectivement jusqu'à ce que le maître de l'affaire puisse y pourvoir lui-même et même après la mort du maître de l'affaire, « jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction »⁷⁶⁶.

Reste que si l'activité déployée est durable, elle ne confère pas nécessairement un caractère permanent à la fonction. Au contraire, il arrive parfois que la gestion d'affaire constitue une institution concurrente à une fonction. Ainsi l'article 436 du code civil prévoit qu'« en l'absence de mandat, les règles de la gestion d'affaires sont applicables » à l'administration des biens du majeur placé sous sauvegarde de justice. Dans ce cas précis, le caractère fonctionnel de la situation donnant lieu à l'application de la gestion d'affaires ne fait guère de doute⁷⁶⁷. Ce n'est pas dire cependant que la gestion d'affaires est nécessairement une situation fonctionnelle. Ainsi, les actes de dévouement relevant de la gestion d'affaires ne renvoient assurément pas à une situation fonctionnelle⁷⁶⁸.

⁷⁶³ P. DIDIER, *La représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 179, 2000, n°455.

⁷⁶⁴ *Ibidem*. L'auteur s'appuie, pour affirmer le caractère subsidiaire et donc temporaire de la gestion d'affaires, sur l'appartenance de la gestion d'affaire à la catégorie des représentations objectives, s'opposant à celle des représentations fiduciaires. Ces deux mécanismes de représentation se distinguent en ce que le premier existe lorsque le représentant n'a pas le choix de sa décision car il est dans une « situation fermée » c'est-à-dire dans une situation dans laquelle il n'y a qu'une seule bonne décision à prendre (*op.cit.*, n°214) tandis que le second prend naissance dans une « situation ouverte », lequel suppose que la prise de décision ne peut être totalement rationnelle et prévisible, de sorte qu'il n'existe pas qu'une seule bonne décision (*op. cit.*, n°210).

⁷⁶⁵ La plupart des manuels relève l'incompatibilité de la gestion d'affaires avec le principe de l'indépendance juridique des individus (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010, p.433 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°4 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, n°1032).

⁷⁶⁶ De ce point de vue, la gestion d'affaires est amenée à durer davantage qu'un mandat, lequel cesse à la mort du mandant (article 2003 du Code civil).

⁷⁶⁷ Pour les partisans d'une gestion d'affaires limitée dans le temps, cette situation constitue un dévoiement de l'institution. Il est dit que « cette extension la transforme insidieusement : [...] cette gestion familiale s'étend dans le temps et à un ensemble d'activités, alors que la gestion d'affaires traditionnelle est limitée à un acte déterminé et se trouve ainsi soumise à de strictes conditions. » (P. MAULAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°1025).

⁷⁶⁸ La plupart des auteurs sont favorables à l'application du régime de la gestion d'affaires en cas d'assistance portée au maître (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°5 et 8 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, n°1035 ; – *Contra*, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°1027). En effet, la jurisprudence a pu qualifier un acte d'assistance à la personne de gestion d'affaires (Civ. 1, 16 novembre 1955, JCP 1956, II, 9087, note P. ESMEIN : le gérant d'affaire avait retiré d'un véhicule en flamme le conducteur évanoui) mais lui préfère souvent celle d'une convention d'assistance (par ex., Civ. 1, 1^{er} décembre 1969, D. 1970, 422, note M. PUECH, JCP 1970, II, 16445, note J.-L. AUBERT), laquelle est assez difficile à admettre compte de la précipitation avec laquelle les intéressés ont dû agir (J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 109, 1970, n°318 ; R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 124, 1972, n°288 et s.).

Plus radicalement, en dépit de la possibilité de voir la gestion d'affaires durer dans le temps, il convient de ne pas la retenir au titre d'une situation « normalement » fonctionnelle. L'utilisation de la gestion d'affaires par le droit positif semble en effet postuler que celle-ci n'est pas une situation fonctionnelle « normale », mais son palliatif⁷⁶⁹. A. SERIAUX parle ainsi de « quasi-fonction⁷⁷⁰ ». Dans le même sens, la distinction entre l'exercice d'une fonction de fait (tutelle de fait) et d'une gestion d'affaire repose, d'après un auteur, sur le fait que les fonctions sont « empreintes d'un caractère de généralité et de permanence⁷⁷¹ » alors que la gestion d'affaire reste « occasionnelle⁷⁷² ».

A l'instar du caractère altruiste, le caractère permanent de la fonction et durable de l'activité fonctionnelle invite donc à procéder de manière casuistique pour reconnaître les activités fonctionnelles parmi les conventions et institutions légales existantes. La qualification fonctionnelle découlera donc de l'appréciation souveraine des juges du fond, quant à ce caractère, mais également de la vérification de son caractère légitime.

2. Le caractère légitime de la fonction

129. Objets du caractère légitime. – Conformément à une définition traditionnellement retenue, est légitime ce qui est « fondé en droit⁷⁷³ » c'est-à-dire ce qui « se présente avec un titre régulier qui permet à celui qui en bénéficie d'en réclamer les effets⁷⁷⁴ ». Ainsi, il faudrait que la création du poste de service et son attribution à un agent soient fondées sur un titre juridique. Cette opinion doit cependant être interrogée car elle opère une rupture avec les développements classiques. J. DABIN ou P. ROUBIER semblaient plutôt exiger le caractère légitime des charges ou prérogatives. Chez P. ROUBIER notamment, cette exigence résulte de la conjonction entre l'appartenance de la fonction à la catégorie des situations juridiques objectives⁷⁷⁵ et la nécessité d'un titre juridique ayant déterminé la situation et permis d'en

Il serait sans doute plus raisonnable de préférer l'institution légale de la gestion d'affaires à la création prétorienne de la convention d'assistance (sur ce point, V. *supra* note de bas de page n°495, sous n°80). Cependant, cela ne pourrait se faire qu'en interprétant de façon extensive l'article 1372 du Code civil. En effet, il n'y a gestion d'affaires que lorsque le gérant n'est pas tenu d'agir dans l'intérêt du maître. Or, une partie de la doctrine souligne qu'il existe une obligation de porter secours à une personne en danger (article 223-6 du Code pénal), laquelle rend inopérante la gestion d'affaires (en ce sens, P. DELEBECQUE, F. PANSIER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, *loc. cit.*).

⁷⁶⁹ L'article 436 du Code civil est topique de la situation.

La gestion d'affaires est également usitée lorsque la fonction est exercée sans titre (V. *infra* n°132).

⁷⁷⁰ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF Droit, coll. droit fondamental, 2006, n°85-86 – Sous la plume de l'auteur, l'expression pourrait moins renvoyer à la problématique de la permanence de la fonction qu'à celle de son origine, V. *infra* n°132.

⁷⁷¹ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 212, 1990, n°13.

⁷⁷² *Ibidem*.

⁷⁷³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2003, V° Légitime.

⁷⁷⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, réf. préc., p.228.

⁷⁷⁵ P. ROUBIER, *op. cit.*, p.177 et s.

déduire les charges qui en résultent⁷⁷⁶. Il est donc remarquable que, chez cet auteur, le titre ne donne pas naissance à la situation fonctionnelle (mais la détermine) tandis qu'à l'inverse, il donne naissance à des charges subséquentes.

La distinction entre les deux objets du caractère légitime mérite d'être explicitée, de même que l'application du caractère légitime à ces deux objets doit être interrogée. Seront donc successivement évoqués le caractère légitime des charges et prérogatives **(a.)** puis le caractère subséquentement légitime de la situation fonctionnelle **(b.)**.

a. Le caractère légitime des charges et prérogatives

130. Caractère légitime et analyse concrète des charges fonctionnelles. Objet des charges fonctionnelles. – Pour se prononcer sur le contenu des charges fonctionnelles, il n'est pas inutile de revenir sur l'identité de celui sur qui pèseront les charges fonctionnelles. Dans une situation fonctionnelle, plusieurs entités sont impliquées : une entité est **titulaire** de la fonction tandis que l'autre entité en est le **bénéficiaire**. Le second renvoie à l'« autrui⁷⁷⁷ » pour le compte duquel le premier agit. Ainsi, alors que les parents sont titulaires de la fonction parentale, leur(s) enfant(s) est (sont) le(s) bénéficiaire(s) de cette fonction parentale. Dès lors, il doit être admis que les charges fonctionnelles **pèsent essentiellement sur son titulaire et non sur son bénéficiaire⁷⁷⁸**.

Ceci étant établi, il devient possible de se prononcer sur le contenu de ces charges. La fonction est parfois assimilée à une charge⁷⁷⁹ de sorte que ce qui s'imposerait au titulaire de la fonction est l'exercice même de la fonction. Au contraire, la fonction est parfois distinguée des charges auxquelles elle donnerait naissance et dans ce cas, ce qui s'imposerait universellement à tous les titulaires d'une fonction serait l'exercice de la fonction **dans l'intérêt d'autrui**. Enfin, il serait possible de cumuler les deux propositions.

L'examen des activités présumées fonctionnelles précitées permet d'opter pour le deuxième cas de figure. En effet, la fonction n'est imposée à celui qui l'exerce que dans des circonstances particulières : ainsi, tandis que les fonctions d'employeur, de représentant syndical ou de préposé paraissent à l'évidence procéder de leur engagement libre, les fonctions parentales⁷⁸⁰ et tutélaires (si elles sont exercées par la famille de la personne protégée)⁷⁸¹

⁷⁷⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, p.229.

⁷⁷⁷ V. *supra* n°112.

⁷⁷⁸ Cette affirmation ne signifie pas qu'aucune obligation ne pèse sur le bénéficiaire de la fonction (V. notamment sur l'existence d'une obligation de réparation, *infra* n°549 et s. et 572 et s.). Elle signifie uniquement que seules les charges fonctionnelles pesant sur le titulaire de la fonction sont déterminantes d'une situation fonctionnelle.

⁷⁷⁹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°3.

⁷⁸⁰ Une fois établie la filiation, l'autorité parentale et l'administration légale des biens du mineur s'imposent aux parents. Ces derniers n'ont pas la faculté de renoncer par eux-mêmes à l'autorité parentale sans l'intervention du juge aux affaires familiales (article 376 du Code civil : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement [...]. »). L'administration légale était

s'imposent à leur titulaire⁷⁸². Le caractère exceptionnel de l'impérativité d'exercer la fonction parentale ou tutélaire invite à penser qu'il s'agit davantage d'une mesure justifiée par l'objet particulier de ces fonctions⁷⁸³ et/ou par le lien de parenté ou d'alliance de ceux à qui s'imposent ces fonctions⁷⁸⁴ que par les caractéristiques de la notion de fonction.

Il est donc établi que l'objet des charges fonctionnelles réside principalement dans l'obligation⁷⁸⁵ (prise au sens large⁷⁸⁶) d'une action altruiste. Cette obligation implique-t-elle l'existence d'un titre juridique ? Si oui, implique-t-elle un titre juridique en particulier ? L'examen des fonctions présumées permet de répondre positivement à la première question et négativement à la seconde.

Ainsi, la force obligatoire de l'action dans l'intérêt d'autrui résulte, pour les parents, les tuteurs et les représentants syndicaux, de la loi seule. Elle résulte en revanche du contrat⁷⁸⁷ pour le salarié, le mandataire et le commissionnaire. Enfin, s'agissant de l'obligation de l'employeur

rattachée à l'autorité parentale (article 389 du Code civil) et suivait donc son régime obligatoire. La loi du 3 mars 2007 n'a opéré aucun changement sur ce point ni formellement si substantiellement.

⁷⁸¹ L'article 1370 alinéa 3 du Code civil prévoit que la fonction tutélaire ne peut être refusée par ceux à qui elle est déferée.

Cependant, la tutelle des mineurs avait cessé d'être obligatoire pour ceux qui ne sont ni parents ni alliés des père et mère (ancien article 432 du Code civil). D'une manière spécifique, l'ancien article 401 du Code civil prévoyait déjà que le tuteur testamentaire n'était pas tenu d'accepter la tutelle s'il n'était pas un parent ou un allié du mineur. S'agissant de la tutelle des majeurs, la même règle semblait induite des anciens articles 495, 496 et 496-1 du code civil (en ce sens, M. DOUCHY-OUUDOT, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, coll. Droit civil, 1997, n°92, p.211).

La loi du 3 mars 2007 portant réforme du droit des incapacités ne change guère l'état du droit sur ce point précis. Certes l'ancien article 432 n'a pas été repris. Cependant, les dispositions de l'ancien article 401 du code civil ont été reconduites à l'article 403 du code civil. En outre, les règles applicables aux majeurs protégés ne semblent aujourd'hui donner la possibilité au titulaire de la fonction tutélaire de refuser cette charge que s'il a été désigné par une personne autre que le juge des tutelles (articles 448 du code civil) ou s'il est un mandataire judiciaire (article 450 du code civil). Or., le juge des tutelles doit désigner en priorité le conjoint ou un parent du majeur protégé (article 496 du code civil).

⁷⁸² Certains auteurs attachent des conséquences pratiques à cette spécificité : « pour éviter que les particuliers ne reculent devant les charges accablantes de la filiation dans les milieux peu fortunés, [le législateur] a dû mettre sur pied tout un système d'allocations familiales, qui aboutit à la création de droits de créance au profit des personnes charges de famille dans la vue de leur permettre de faire face à leurs devoirs » (P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques in La théologie chrétienne et le droit*, Arch. Phil. Droit, 1960, t.5, p.65, spé. p.131).

Il est permis de penser que la jouissance légale des biens du mineur (article 382 du Code civil) relève également de cette logique.

⁷⁸³ Il s'agit de la protection de personnes incapables, mineures ou majeures. Pour des développements supplémentaires, V. *infra* n°164 et s..

⁷⁸⁴ En ce sens, M. DOUCHY-OUUDOT, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, coll. Droit civil, 1997, n°92, p.211.

⁷⁸⁵ Implicitement, J. DABIN suggère que le chargé de fonction est bien le débiteur d'une obligation lorsque, décrivant les prérogatives qui lui sont octroyées, il précise que sa situation ne renvoie à « aucune autre catégorie de débiteurs » (*Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. Dalloz, 2007 p.224).

⁷⁸⁶ Cette conception large semble d'ailleurs être historiquement première puisque la notion d'*obligatio* a d'abord désigné les situations d'assujettissement, par rapport aux personnes, aux choses ou aux Dieux (G. PIERI, *Obligation in Vocabulaire fondamental du Droit*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1990, t.35, p.221).

⁷⁸⁷ Cette opposition entre la loi et les conventions fait l'objet de nombreuses controverses en doctrine. Une partie de la doctrine considère (sans doute à juste titre) que la source première de toute obligation est la loi car la capacité d'un accord de volonté à donner naissance à une obligation est subordonnée à la prévision de loi. Autrement dit, si la loi ne conférerait pas de force obligatoire au contrat (article 1134 du Code civil) celui-ci en serait dépourvu.

envers ses salariés, elle résulte tantôt du contrat de travail, tantôt de la loi⁷⁸⁸. Les charges fonctionnelles ainsi évoquées résultent toutes d'un titre juridique : soit un titre légal, soit un titre conventionnel. Peut-il en être dit autant de la fonction ?

b. Le caractère légitime de la situation fonctionnelle

131. La prédominance des fonctions légitimes. – La plupart des fonctions présumées sont légitimes c'est-à-dire qu'elles reposent sur un titre juridique légal, conventionnel ou judiciaire. Dans ce cas de figure, le titre juridique est non seulement la cause de l'obligation altruiste mais également l'origine du poste de service. Le cas de figure est tout particulièrement évident lorsque la fonction elle-même s'impose à son titulaire. Ainsi, les fonctions parentales ou tutélaires découlent de la loi qui oblige de surcroît celui qui en est titulaire à agir au mieux des intérêts de l'enfant ou du pupille. Les fonctions salariées tout comme les fonctions patronales sont en revanche d'origine conventionnelle puisqu'elles reposent sur le contrat de travail. Il est notable cependant que de nombreuses charges attachées à ces dernières fonctions sont encadrées voire imposées par la loi aux contractants⁷⁸⁹. Il y a alors une distinction entre le titre étant à l'origine de la fonction et le titre étant à l'origine de certaines charges fonctionnelles.

132. La problématique des fonctions de fait. – L'étude des sources des liens personnels a précédemment conduit à admettre la prise en compte de liens personnels de fait aux côtés des liens personnels de droit⁷⁹⁰. Renvoyant à l'opposition désormais bien connue des situations de fait et des situations de droit, cette admission incite à s'interroger sur la possibilité d'étendre la solution aux fonctions.

Pour recevoir une solution, cette problématique doit être précisée par un bref rappel de ce à quoi renvoie le concept de situation de fait : il s'agit d' « une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. A cette situation de fait, il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit »⁷⁹¹. Il convient en effet de parler de « doublet » car la « structure matérielle des situations de fait est très proche de celle d'une situation de droit »⁷⁹². Cependant, les situations de fait sont « des situations irrégulières pour n'être pas établies sur la base des règles de droit »⁷⁹³. Ce ne sont

⁷⁸⁸ V. *supra* n°121.

⁷⁸⁹ V. *supra* n°121.

⁷⁹⁰ V. *supra* n°79 et s.

⁷⁹¹ R. HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait*. Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XI, 1957, p.322.

⁷⁹² L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 212, 1990, n°3.

⁷⁹³ *Ibidem*.

toutefois pas des situations de pur fait car le droit leur fait tout de même produire des effets qui sont ceux de la situation régulière⁷⁹⁴.

Pour admettre une fonction de fait, il faudrait donc que celle-ci puisse générer une obligation altruiste. A cet égard, le droit positif apporte une réponse puisqu'il consacre directement ou indirectement des fonctions de fait. Ainsi, selon une jurisprudence ancienne, le tuteur de fait est « astreint aux mêmes obligations qu'un tuteur véritable »⁷⁹⁵ et il est « soumis à toutes les obligations que la loi impose aux tuteurs »⁷⁹⁶. Sa fonction est donc directement consacrée par la jurisprudence qui se montre explicite en déclarant que la « tutelle de fait ne serait qu'un vain mot, si elle n'avait pas la même efficacité que la tutelle de droit »⁷⁹⁷. La direction de fait, laquelle renvoie à l'une des deux formes de la « fonction patronale »⁷⁹⁸, emporte également des effets juridiques analogues à la direction de droit puisque celui qui l'exerce doit supporter les sanctions attachées à un exercice incorrect de la fonction. Ainsi le dirigeant de fait peut-il se voir reprocher une banqueroute⁷⁹⁹, un abus de biens sociaux⁸⁰⁰ ou une « faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs »⁸⁰¹. Substantiellement, ces comportements sont *a priori* assimilables au mépris de l'obligation d'agir pour le compte d'autrui, avec toute la diligence et la loyauté que cette obligation implique⁸⁰². D'où il s'induit que le dirigeant de fait est tenu d'une obligation d'agir de manière altruiste. Enfin, l'article 1384 alinéa 5 du Code civil qui désigne la fonction de préposé est indifférent à la source du lien de préposition : qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une situation de pur fait importe peu. La fonction de préposé de fait semble ainsi produire des effets similaires à la fonction de préposé de droit, s'agissant de l'engagement de la responsabilité de son commettant⁸⁰³.

L'assimilation des fonctions de fait aux fonctions de droit doit cependant être relativisée. En effet, cette assimilation opère systématiquement au détriment du titulaire de la fonction, jamais à son bénéfice. Le tuteur de fait ne possède aucun pouvoir puisque ses actes n'engagent pas, par principe, le pupille qui peut faire annuler ces actes pourvu qu'il y ait intérêt⁸⁰⁴. De manière

⁷⁹⁴ *Contra*, par exemple les situations de fait donnant naissance à des effets de droit propres au caractère irrégulier de la situation (ex. article 1382 du Code civil).

⁷⁹⁵ CA Toulouse, 10 juillet 1810, Journal du Palais 1810, p.450.

⁷⁹⁶ Civ. 14 décembre 1836, S. 1837. 88.

⁷⁹⁷ Req. 15 décembre 1825, S. 1826, p.298 – V. cependant, l'analyse de l'article 515 du Code civil propre aux majeurs (identique à l'article 412 du Code civil pour les mineurs), introduit par la loi du 5 mars 2007, selon laquelle la théorie de la tutelle de fait ne serait plus invocable à l'encontre du tuteur de droit ayant continué sa gestion malgré la fin de sa mission. Seul le tiers s'immiscant dans la gestion du majeur protégé serait encore concerné par cette théorie (T. FOSSIER, M. BAUER, E. VALLAS-LENERZ, *Les tutelles. Accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF, coll. Actions sociales/Référence, 5^{ème} éd., 2011, fiche n°38, p.339).

⁷⁹⁸ V. *supra* n°121.

⁷⁹⁹ Article L. 654-1 du Code de commerce.

⁸⁰⁰ Article L. 241-9 du Code de commerce.

⁸⁰¹ Article 180 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives. Il en résulte la possibilité d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du dirigeant de fait (article 181) ou de l'interdiction de diriger, administrer ou contrôler certaines entreprises et personnes morales (article 191).

⁸⁰² V. cependant, une autre conclusion issue de l'analyse de l'abus de biens sociaux, *infra* n°689 et s.

⁸⁰³ Civ. 2, 26 février 1986 B. n°26 – Civ. 2, 28 avril 1955, B. n°219 : établissement d'un lien de préposition entre un père et son fils – Civ. 1, 17 juillet 1979, D. 1980, IR, p.114, entre une femme et son mari.

⁸⁰⁴ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n°20.

analogue, il est constant que les dirigeants de fait restent démunis de pouvoirs, de sorte que les actes qu'ils accomplissent sont nuls, sauf à faire jouer, au bénéfice des tiers, la théorie de l'apparence⁸⁰⁵. Enfin, les préposés de fait ne bénéficient pas de la protection spécifique du contrat de travail, et peut-être pas du régime d'imputation dérogatoire négative nouvellement établi par la jurisprudence en matière de responsabilité civile⁸⁰⁶. Cela dit, puisque le droit entend faire du commettant de fait un débiteur pour la victime – au même titre que le commettant de droit –, il convient de ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Il serait donc peut-être plus judicieux de parler de « quasi-fonctions »⁸⁰⁷, à l'égard desquelles il pourrait être pertinent de consacrer un régime mixte emprunté pour partie seulement à la situation fonctionnelle de droit correspondante⁸⁰⁸.

133. Conclusion du § 1. – A l'issue de ces développements, la figure juridique de la fonction semble se dessiner plus nettement. La proposition peut se résumer ainsi : la fonction est un poste de service et une qualité permanents impliquant que son titulaire exerce une activité pour le compte, c'est-à-dire dans l'intérêt, d'un autre. Fondée sur un titre légal, conventionnel ou judiciaire, la situation à laquelle la fonction imprime sa spécificité place donc en présence deux agents : le titulaire de la fonction ou chargé de fonction et le bénéficiaire de la fonction (celui pour lequel elle est exercée). Mais pour être mise en mouvement, la fonction n'implique-t-elle pas que des prérogatives fonctionnelles aient été octroyées au chargé de fonction ? C'est ce qu'il convient de vérifier.

§ 2. Des prérogatives fonctionnelles

134. Limites du consensus relatif à l'existence de prérogatives fonctionnelles. – En dépit d'un certain consensus sur l'existence de prérogatives attachées à l'exercice d'une fonction et sur leur particularité tenant à ce qu'elles doivent être exercées dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction, de nombreux désaccords ou incertitudes demeurent à leur égard. Il y a désaccord, d'abord, sur le rôle de ces prérogatives : sont-elles conférées par la fonction à leur titulaire en vue de l'accomplissement de sa mission ou sont-elles au contraire à l'origine même de la fonction ? Pour sa part, J. ABIN semble distinguer les prérogatives fondant la fonction et les prérogatives issues de la fonction, à savoir respectivement les pouvoirs⁸⁰⁹ et les droits-fonctions⁸¹⁰. La distinction est cependant difficile à retenir tant en pratique qu'en

⁸⁰⁵ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n°73.

⁸⁰⁶ Sur cette notion, V. *infra* n°545.

⁸⁰⁷ L'expression est empruntée à A. SERIAUX (*Manuel de droit des obligations*, PUF-Droit, coll. droit fondamental, 2006, n°85-86).

⁸⁰⁸ V. *infra* n°506 et s.

⁸⁰⁹ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, Bruxelles, Palais des Académies, 1960, p.56

⁸¹⁰ J. DABIN, *op. cit.*, p.59 et s.– *Adde*, le même auteur, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. Dalloz, 2007 p.223.

théorie. En effet, elle repose sur un critère chronologique qui n'est guère opérant puisque l'attribution des pouvoirs, de la fonction et des droits-fonctions est en réalité simultanée. Dès lors, peut-être est-il plus sage de rejeter une telle distinction.

Il y a incertitude, ensuite, sur la nature exacte de ces prérogatives fonctionnelles : celles-ci sont en effet présentées tantôt comme des pouvoirs⁸¹¹, tantôt comme des droits⁸¹², tantôt comme des compétences⁸¹³. Sur ce point, encore, il est nécessaire de trancher afin de proposer des catégories juridiques étanches. A ce stade, il est déjà possible d'écarter la notion de droit subjectif de la catégorie des prérogatives fonctionnelles puisqu'à la différence des pouvoirs, le droit subjectif est exercé dans l'intérêt exclusif de son titulaire⁸¹⁴ ; il ne peut donc constituer pour le chargé de fonction le moyen juridique d'accomplir une activité dans un intérêt distinct du sien.

Il y a incertitude enfin, sur le contenu de ces prérogatives fonctionnelles en ce qu'elles semblent souvent réservées aux activités fonctionnelles d'essence juridique, à l'exclusion des activités matérielles⁸¹⁵.

135. Nécessité d'une conception précise des prérogatives fonctionnelles. – Au-delà des désaccords terminologiques, c'est finalement sur une possible divergence conceptuelle qu'il convient de se prononcer. Est-il possible que toutes les situations fonctionnelles prédéfinies donnent naissance à une même catégorie de prérogatives ? Une réponse positive parachèverait le rapprochement de la situation du préposé et du mandataire dirigeant notamment. Mais elle implique qu'il soit admis que ces agents (et bien d'autres⁸¹⁶) disposent de prérogatives du même genre.

Pour ce faire, il est indispensable de surmonter les obstacles à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles (A.), en présentant les arguments favorables à cette reconnaissance (B.). Seule cette démonstration préalable autorisera l'examen de l'encadrement des prérogatives fonctionnelles par des règles de compétences (C.).

⁸¹¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1984 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, réf. préc., p.225 ; M. HAURIOU cité par C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, LGDJ, 1998, p.127 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 rééd. Dalloz, 2005, p.185-186.

⁸¹² J. DABIN, *Le droit subjectif*, réf. préc., p.221 et s. – L'auteur opère toutefois une distinction selon que la prérogative est exercée au profit d'une personne morale ou d'une personne physique. Dans le premier cas, l'auteur considère que ces prérogatives sont des *droits fonctionnels*, s'appuyant pour cela sur le fait que la personne morale est un *sujet fonctionnel* puisqu'elle doit user de ses droits à une fin particulière. Dans le second cas, il s'agirait de *droits-fonction*. Cette distinction ne sera pas reprise, conformément à la conception de la personne morale et du lien qui l'unit à ses représentants qui a été précédemment retenue, V. *supra* n°66.

⁸¹³ J. DABIN, *op. cit.*, p.61 – *Adde*, le même auteur, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. Dalloz, 2007 ? p.222.

⁸¹⁴ V. notamment, E. GAILLARD, *op. cit.*, spé. n°20 et s.

⁸¹⁵ Par exemple, à propos des pouvoirs : J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, Palais des Académies, 1960, p.56.

⁸¹⁶ Ont été précédemment évoqués les parents et les tuteurs notamment.

A. Les obstacles à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles

136. Identification des prérogatives fonctionnelles : les pouvoirs. – En l'état actuel du droit positif éclairé par les analyses doctrinales, il semble que les seules prérogatives répondant aux particularités de l'activité fonctionnelle soient les pouvoirs. Cela ne signifie pas pour autant que la notion de pouvoir soit absolument réservée aux activités fonctionnelles⁸¹⁷ : ainsi, alors que le mandataire n'est pas nécessairement un chargé de fonction, il reçoit néanmoins des pouvoirs de la part du mandant afin d'accomplir sa mission. Cela signifie simplement que leur structure répond parfaitement aux exigences de l'activité fonctionnelle, et notamment à son caractère altruiste.

137. Problème soulevé par la notion de pouvoirs. – Pour la plupart des fonctions envisagées précédemment, l'existence de pouvoirs détenus par leur titulaire est aujourd'hui facilement concevable : ainsi les fonctions patronales ou tutélaires ne prêtent guère le flanc à la critique à cet égard. Pour certaines fonctions cependant, la reconnaissance de pouvoirs reste délicate. L'essentiel des résistances se cristallise autour de la fonction de préposé qu'il peut sembler contre-nature de voir doté de pouvoirs.

Tant le droit positif que la doctrine semblent se liguer pour refuser au préposé la possibilité d'être titulaire de pouvoirs : le premier lui rappelle l'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien (1.), la seconde lui oppose une analyse classique du concept de pouvoir (2.).

1. L'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien

138. Solution jurisprudentielle⁸¹⁸ constante⁸¹⁹. – Bien que cette incompatibilité n'ait été formulée qu'à partir de 1948⁸²⁰, l'attribution préférentielle de la garde au commettant avait débuté bien plus tôt⁸²¹. Elle avait donc survécu à la mutation de la garde dont la conception

⁸¹⁷ Il est donc ici souscrit au point de vue de P. ROUBIER lorsque celui-ci affirmait que « la notion de pouvoir ne correspond pas tout à fait à celle de fonction » parce qu' « il y a des personnes qui n'exercent pas de fonction et qui ont des pouvoirs » (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p.144). En revanche, le refus de reconnaître une fonction dans l'exercice des pouvoirs parentaux peut ne pas convaincre (V. *supra* n°118) tout comme la possibilité de reconnaître une « fonction indépendante », laquelle renvoie plutôt à la notion de profession (V. *supra* n°115 et s.).

⁸¹⁸ V. sur cette solution, M.-A. PEANO, *L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé*, D. 1991, chron. 51.

⁸¹⁹ *Contra*, Cass. civ. 12 janvier 1927, D. 1927, p.145, note R. SAVATIER – Civ. 29 décembre 1947, D. 1948, p.127 : le chirurgien est le gardien des instruments mis à sa disposition par l'établissement hospitalier dont il est le préposé.

⁸²⁰ Civ., 26 janvier 1948, DP 1948, p.485, note G. RIPERT ; la règle y était énoncée dans un *obiter dictum* car la problématique principale de l'arrêt portait sur le fait générateur de la responsabilité du commettant, à savoir un fait générateur fautif. – Sur ce point, V. *infra* n°558.

⁸²¹ Il semblerait que ce soit le contentieux relatif à la responsabilité du fait des animaux (article 1385 du Code civil) qui ait donné lieu aux prémices de cette solution (Civ., 2 mai 1911, DP 1911, p.367, note R. SAVATIER). Dans le contentieux portant sur la responsabilité du fait des choses, les juges donnaient en revanche la priorité au critère de l'utilisation de la chose dans le cadre de l'activité du commettant (en ce sens, V. C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du subordonné*, réf. préc., n°99). La plupart des auteurs fixe cependant

juridique avait été supplantée par la conception matérielle depuis l'arrêt Franck⁸²² et se poursuit aujourd'hui⁸²³. Dès lors, cette jurisprudence constitue assurément un obstacle majeur à ce que le préposé soit titulaire d'un quelconque pouvoir découlant de sa fonction puisque garde juridique et garde matérielle correspondent toutes deux à un pouvoir d'usage, de contrôle et de direction⁸²⁴, la première désignant un pouvoir de droit, la seconde un pouvoir de fait⁸²⁵.

139. Relativité de l'obstacle. – Cela étant dit, l'obstacle doit être relativisé car il repose sur une discordance sémantique : le refus de reconnaître l'existence d'un pouvoir entre les mains du préposé provient essentiellement de l'impossibilité (de droit) qui lui est faite de disposer de la chose comme il l'entend, idée qui est parfois exprimée par l'impossibilité pour lui d'être détenteur de la direction « intellectuelle »⁸²⁶ de la chose. Or, la particularité du pouvoir est précisément qu'il ne peut être exercé que de manière finalisée par son titulaire. Si ce que la jurisprudence refuse d'admettre est que le préposé dispose des « pleins pouvoirs » sur la chose, l'admission de la titularité d'un pouvoir par le préposé n'entend pas le dénoncer. D'ailleurs, un certain pouvoir sur la chose est reconnu au préposé par la doctrine⁸²⁷, y compris celle qui s'oppose à ce que la qualité de gardien lui soit attribuée⁸²⁸ et hors les cas où la jurisprudence confère la garde au préposé⁸²⁹. Il semble par ailleurs acquis que certains préposés, délégués de pouvoirs, ne se voient pas attribuer le garde des choses appartenant au commettant⁸³⁰. Cela revient alors à disjoindre la notion de garde de la notion de pouvoir,

l'avènement de la règle de l'incompatibilité à un arrêt de 1936 : Civ. 30 décembre 1936, D. 1937, p.5, note R. SAVATIER. Certains auteurs (M.-A. PENAO, réf. préc.) font quant à eux référence à un arrêt de 1929 : Civ. 27 février 1929, DP 1929, p.129, note G. RIPERT).

⁸²² Ch. Réunies, 2 décembre 1941, *Cons. Connot c/ Franck*, D. 1942, p.25, rapp. LAGARDE, note G. RIPERT ; S. 1941, p.217, note H. MAZEAUD.

⁸²³ Civ. 2, 15 mars 2001, n°99-17263 ; RCA 2001, comm. 183, note H. GROUDEL.

⁸²⁴ Définition issue de l'arrêt *Franck* (réf. préc.) : la Cour juge que le propriétaire, « privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture, [il] n'en avait plus la garde », ce dont il résulte *a contrario* la définition prétorienne de la garde.

⁸²⁵ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°449 – Certains auteurs opposent le pouvoir légitime ou « régulier » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°253) et le pouvoir potentiellement irrégulier voire usurpé (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°254).

⁸²⁶ Sur la distinction entre la direction matérielle et la direction intellectuelle, V. H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II., 1^{er} volume, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n°518.

⁸²⁷ P. JOURDAIN, *Garde de la structure et lien de préposition*, RTD civ. 2002, p.519, *in fine*.

⁸²⁸ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du subordonné*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 520, 2010, n°102 : « pouvoir de fait » du préposé.

⁸²⁹ L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé est en effet relative puisque le préposé est considéré comme le gardien de la chose dont le commettant est propriétaire lorsqu'il s'est montré infidèle. Autrement dit, lorsqu'il s'empare de la chose en dehors des fonctions ou à l'occasion d'un abus de fonction, il devient le gardien de la chose (Civ. 2, 23 novembre 1972, B. n°296 – Civ. 2, 8 novembre 1976, B. n°298 – Civ. 2, 20 décembre 1977, D. 1978, IR, p.203, obs. C. LARROUMET).

⁸³⁰ N. FERRIER, *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°261.

contrairement à ce qui a été précédemment affirmé, mais conformément aux hésitations que peut susciter la notion de garde.

L'impossibilité de faire du préposé un gardien en droit positif n'est finalement un obstacle à la démonstration de la titularité de pouvoirs qu'autant que la garde est identique à la notion de pouvoir. Pour l'affirmer, il faudrait dépasser le caractère parfois approximatif de la définition de la garde⁸³¹. Cette dernière n'est ni équipollente à la propriété, ni équipollente à la détention/maîtrise matérielle⁸³², cependant qu'elle échoit alternativement au propriétaire ou au détenteur de la chose. Cette approximation résulte certainement de l'impossibilité de rattacher la responsabilité du fait des choses à un fondement unique⁸³³. Alors que certains éléments du régime renverraient à la théorie du risque⁸³⁴, d'autres seraient plus proches de l'idée de faute (de surveillance, d'entretien, etc.)⁸³⁵. Cela est patent s'agissant de la définition de la garde, laquelle oscille entre ces deux fondements⁸³⁶, à tel point que certains auteurs ont le sentiment que la garde, loin d'être dotée d'un sens précis, ne sert plus qu'à désigner la personne responsable⁸³⁷.

Car, enfin, le choix d'attribuer la garde au commettant semble essentiellement reposer sur des considérations d'opportunité. Il s'agit tout simplement de consacrer sa responsabilité de manière uniforme, que le dommage soit causé par le fait de ses préposés ou des choses dont il est le propriétaire⁸³⁸. Pour ce faire, la jurisprudence n'hésite pas à distendre ou modifier les

⁸³¹ Sur la notion de garde : A. BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, th. Dijon, 1927 ; B. GOLDMAN, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, th. Lyon, 1946 ; S. RETIF, *Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ?*, RCA 2004, chr.24 ; A. TUNC, *La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées*, JCP 1960, I, 1592.

⁸³² En ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°253 – La détention matérielle se distingue notamment de la notion d'usage car l'usage consiste à « se servir de la chose, à en tirer profit » (V. S. RETIF, *op. cit.*, n°1).

⁸³³ Son régime est dit « écartelé » entre plusieurs fondements (J. FLOUR, J.-L. SAVAUX, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°240).

⁸³⁴ La « découverte » de l'article 1384 alinéa 1 du code civil serait saluée par une partie de la doctrine qui la justifia immédiatement par la théorie du risque (R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897 ; L. JOSSERAND, *De La responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897) : du *risque-créé*, du *risque-profit* ou du *risque-autorité*.

⁸³⁵ Dans un premier temps, la jurisprudence fondait la responsabilité du gardien sur une présomption de faute ne cédant que devant la démonstration d'un cas de force majeure (Civ. 21 janvier 1919 et 15 mars 1921, D 1922, p.25, 1^{ère} et 3^{ème} espèces, note G. RIPERT – Civ., 16 novembre 1920, D. 1920, p.169, note R. SAVATIER).

L'intervention de la faute dans ce régime est d'autant plus prégnante que les praticiens ont souvent recours à l'article 1384 alinéa 2 alors qu'une faute pourrait être prouvée, en l'absence de contact avec la chose notamment (Civ. 2, 10 mars 1971, D. 1971, p.540 : frayeur provoquée par le comportement d'une automobile – Civ. 2, 28 mars 1974, B. n°115 : éblouissement provoqué par un véhicule resté « pleins phares »).

⁸³⁶ La garde a pu être rattachée à la seule théorie du risque dès lors que le propriétaire de la chose volée restait responsable des dommages causés par le voleur (Civ. 3, mars 1936, arrêt *Franck*, D. 1936. 1. 81, note R. CAPITANT). Avant qu'elle fasse l'objet d'un revirement de jurisprudence.

⁸³⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°252.

⁸³⁸ Il est classiquement enseigné que la responsabilité dite générale du fait des choses a pour origine le désir de réparation des accidents du travail, difficilement imputables à une faute de l'employeur (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°234). La première application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil en témoigne puisqu'elle concernait l'explosion d'une chaudière de remorqueur ayant tué un ouvrier (Civ. 16 juin 1896, *Teffaine*; S. 1897, 17, ESMEIN ; DP 1897, p.433, concl. SARRUT et note SALEILLES).

conditions d'autres régimes de responsabilité, en l'espèce la notion de garde⁸³⁹. Les moyens employés pour parvenir à une situation qui peut être jugée équitable sont, de ce point de vue, nécessairement critiquables.

L'opacité de la jurisprudence s'intensifie davantage encore lorsque pour retenir la garde du commettant, elle démontre...la garde du préposé. Ainsi, dans un arrêt du 3 mars 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation approuve les juges du fond pour avoir retenu la responsabilité du commettant aux motifs que le « préposé de la société avait disposé sur [la chose] des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle caractérisant la garde de la chose instrument du dommage⁸⁴⁰ ».

Bref, étant établi tant le caractère non équipollent des notions de garde et de pouvoir, que le caractère peu convaincant de la règle, l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé n'est plus un argument dirimant à ce que soit reconnu à ce dernier la titularité de pouvoirs fonctionnels. L'analyse classique du concept de pouvoir semble cependant être un obstacle bien plus ardu à surmonter.

2. L'analyse classique du concept de pouvoir

140. La théorie classique du pouvoir. – Loin de participer à l'avènement d'une catégorie générique de prérogatives fonctionnelles, la théorie classique du pouvoir⁸⁴¹ y est quelque peu réfractaire. En effet, alors que la nature de l'activité exercée est étrangère à la caractérisation d'une situation fonctionnelle⁸⁴², elle est déterminante dans la théorie du pouvoir puisque les activités matérielles y sont exclues⁸⁴³. Il en résulte la mise à l'écart explicite ou implicite du préposé, fondée sur une traduction particulière de l'empiètement dans la sphère juridique d'autrui.

⁸³⁹ Ainsi, C. BENOIT-RENAUDIN semble s'exprimer en ce sens lorsqu'elle affirme que « la garde du commettant apparaît davantage comme une notion fonctionnelle que conceptuelle. C'est à raison de l'effet que l'on veut produire, c'est-à-dire rendre responsable le commettant et non le préposé qui agit pour son compte et sous ses ordres, qu'est attribuée la garde au commettant. Finalement, on est plus proche d'une conception juridique de la garde. » (*op.cit.*, note de bas de page n°314, sous n°115). – Adde, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°304 : « Or., entre un préposé qui manie directement la chose, en exerçant immédiatement sur elle les prérogatives de l'« usage », de la « direction » et du « contrôle », et son commettant qui n'a pas physiquement ni même intellectuellement, en cas d'absence, la possibilité de l'empêcher de nuire, la jurisprudence choisit le second comme gardien. »

⁸⁴⁰ Civ. 2, 3 mars 2011, RCA 2011, comm. 205.

⁸⁴¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1984 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 253, 1997, n°58 et s.

⁸⁴² Ceci explique que la question n'ait fait l'objet d'aucun développement dans l'étude des caractères de la situation fonctionnelle.

⁸⁴³ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogative juridique*, Bruxelles, Palais des Académies, 1960, p. 55 et s., spé. p.56 : « de pouvoir au sens propre, il ne peut donc être question que dans le cas des fonctions dont l'objet est en tout ou partie juridique » ; E. GAILLARD, *op. cit.* n°226.

141. Traduction classique de l’empiétement dans la sphère juridique d’autrui. – Le pouvoir se définit comme la prérogative qui permet à son titulaire d’empiéter sur la sphère juridique d’autrui. Pour la majorité de la doctrine, cela se traduit par le fait que le titulaire du pouvoir peut modifier l’ordonnement juridique en édictant un acte juridique dont l’effet s’imposera sur un autre sujet⁸⁴⁴. Le pouvoir doit donc avoir une valeur contraignante pour autrui⁸⁴⁵. En outre, il ne pourra être question de pouvoir que si le son titulaire conserve une certaine liberté d’agir au mieux des intérêts d’autrui⁸⁴⁶. A défaut de cette liberté, certains auteurs ne parleront plus de pouvoirs mais d’un simple *devoir*⁸⁴⁷. Consécutivement, les titulaires de pouvoirs seront nécessairement des « décideurs »⁸⁴⁸ et ne pourront exercer que des fonctions à prééminence juridique⁸⁴⁹.

142. Origines de cette acception de l’empiétement dans la sphère juridique d’autrui. – Dans cette conception classique, la notion de pouvoir est donc intrinsèquement liée à l’idée d’autorité⁸⁵⁰. Ceci pourrait peut-être s’expliquer par le fait que le pouvoir a été conçu comme une prérogative concurrente du droit subjectif : c’est très exactement le pendant du droit subjectif en ce qu’il lui emprunte ses caractéristiques, exception faite du caractère égoïste. En dépit de la variété des définitions données au droit subjectif⁸⁵¹, une constante se dégage autour de l’idée d’un pouvoir juridique. Ainsi, tandis que les théories subjectivistes définissent le droit subjectif comme un pouvoir de volonté⁸⁵², les théories plus modernes de J. DABIN et P. ROUBIER en rendent également compte au sein de la définition complexe qu’ils retiennent. Si ces deux théories s’opposent quant à l’objet possible du droit subjectif, elles se rejoignent en effet pour reconnaître que le droit subjectif est un pouvoir juridique qui s’exprime par un rapport juridique à la fois interne et externe. Dans la sphère interne, le droit subjectif sera ainsi perçu comme un lien d’appartenance-maîtrise du sujet sur l’objet de son droit pour J. DABIN⁸⁵³ ou comme un lien d’« appropriation à la manière d’un bien »⁸⁵⁴ pour P. ROUBIER.

⁸⁴⁴ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°218 ; G. WICKER, *op. cit.*, n°61.– Des doctrines plus récentes se sont élevées contre l’édiction d’un acte juridique unilatéral comme seule manifestation du pouvoir (P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 408, 2004, n°449) ; elles restent cependant attachées à l’existence d’une autorité (*op. cit.*, n°482) permettant l’édiction d’une décision (*op. cit.*, n°449). Cette conception renouvelée ferait elle aussi obstacle à ce que des prérogatives fonctionnelles analogues soient reconnues au préposé.

⁸⁴⁵ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°217.

⁸⁴⁶ *Ibidem* – Adde, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. 2007, p.233.

⁸⁴⁷ J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960, p.53.

⁸⁴⁸ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°216 ; déjà P. ROUBIER n’envisageait le pouvoir qu’à l’endroit des dirigeants (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 rééd. 2005 p.190 et s.).

⁸⁴⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif, loc. cit.*

⁸⁵⁰ Ceci transparait tout particulièrement lorsque l’un des théoriciens du pouvoir affirme que « le titulaire du pouvoir est [...] investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l’exercice de sa volonté, une situation juridique et d’imposer à autrui la décision prise » (E. GAILLARD, *op. cit.*, n°216).

⁸⁵¹ Pour une présentation synthétique des droits subjectifs, V. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd. 1994, n°172 et s.

⁸⁵² V. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n°189.

⁸⁵³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. 2007, p.80.

Dans la sphère externe, il se traduira par une inviolabilité et une exigibilité du droit à l'égard des tiers⁸⁵⁵. L'exemple le plus significatif est à cet égard le droit de propriété qui confère à son détenteur le droit d'user de son bien, d'en récolter les fruits, mais également d'en disposer à sa guise⁸⁵⁶ ; ce droit est en outre opposable aux tiers. La présentation du droit subjectif peut donc se faire sur la base d'une distinction entre ses deux aspects : statique – celui du lien entre le sujet et l'objet – et dynamique – l'exercice des prérogatives juridiques⁸⁵⁷.

La transposition de cette théorie au pouvoir enjoint donc que ceux-ci, parce qu'ils doivent rendre compte du caractère contraignant d'une prérogative juridique, ne puissent consister qu'en l'édition d'actes juridiques contraignants pour autrui.

Nonobstant, l'évocation du droit subjectif-« pouvoir juridique » ne justifie pas tout puisqu'une doctrine plus récente a approfondi la possibilité de détacher la notion de pouvoir de celle de droit subjectif. En effet, si le pouvoir doit être doté des mêmes caractéristiques que le droit subjectif c'est parce que le premier tire souvent sa source du second : ainsi, le pouvoir de représentation correspond en réalité au droit subjectif du représenté délégué par ce dernier au représentant⁸⁵⁸. Autrement dit, les prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif du représenté prennent le caractère de pouvoirs lors de leur transfert au représentant⁸⁵⁹. Partant, à côté de ces pouvoirs dits « délégués » existent également des pouvoirs qui ne correspondent pas à l'exercice d'un droit subjectif : ce sont des pouvoirs dits « attribués » qui devront être exercés dans un autre intérêt que celui du titulaire mais, à la différence du pouvoir délégué, pas nécessairement dans l'intérêt d'une personne juridique en particulier⁸⁶⁰. Ainsi en est-il du pouvoir mis en œuvre par l'employeur pour l'édition du règlement intérieur de l'entreprise⁸⁶¹ : ce pouvoir ne correspond pas à l'exercice du droit subjectif d'autrui, pas plus qu'il ne doit être mobilisé dans l'intérêt d'un sujet en particulier. Cette catégorie de pouvoirs attribués pourrait d'ailleurs recevoir les pouvoirs des « représentants » de mineurs ou de majeurs incapables. Ces derniers, ne disposant pas de la capacité d'exercice de leur droit, ne peuvent en effet le déléguer à autrui. La loi attribue alors cette capacité d'exercice au tuteur ou aux parents. Les exemples classiquement rapportés de ce type de pouvoirs correspondent donc encore à l'acceptation contraignante du pouvoir. Cependant, la déconnection des notions de pouvoirs et de droit subjectif laisse entrevoir la possibilité, même encore très théorique, de libérer les prérogatives fonctionnelles des caractères du droit subjectif.

⁸⁵⁴ Expliquant la théorie de P. ROUBIER, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, n°271.

⁸⁵⁵ L'appartenance et la maîtrise impliquent en effet un « domaine réservé au titulaire » (J. DABIN, *op. cit.*, p.95).

⁸⁵⁶ Article 544 du Code civil.

⁸⁵⁷ G. WICKER, *op. cit.*, n°23.

⁸⁵⁸ V. *supra* n°71.

⁸⁵⁹ G. WICKER, *op. cit.*, n°62.

⁸⁶⁰ *Ibidem* ; V. déjà en ce sens, E. GAILLARD, *op. cit.*, n°250 et s.

⁸⁶¹ V. les développements de G. WICKER, *op. cit.*, n°64.

B. Les arguments favorables à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles

143. Double proposition. – La reconnaissance de prérogatives fonctionnelles dont tous les chargés de fonction seraient titulaires achoppe finalement sur deux points : d’abord, la conception restrictive des prérogatives juridiques empêche de faire une place à des prérogatives fonctionnelles *sui generis*. Ensuite, la conception restrictive des pouvoirs fait obstacle à leur intégration au sein de cette catégorie de prérogatives juridiques. Il faut donc s’interroger sur le point de savoir s’il faut plutôt rejeter une conception restrictive des prérogatives juridiques (1.) ou plutôt adopter une analyse renouvelée des pouvoirs (2.).

1. Une conception restrictive des prérogatives juridiques

144. Constat d’une conception restrictive des prérogatives juridiques. – Poursuivant l’objectif de construire des catégories juridiques étanches et cohérentes, la doctrine est extrêmement discriminante et n’admet au sein des prérogatives juridiques que deux figures : les droit subjectifs et les pouvoirs. Il faut ajouter que cette restriction est admise tant par ceux qui ont une conception large du droit subjectif⁸⁶² que ceux qui en ont une conception restrictive⁸⁶³. C’est ainsi qu’il est apparu que les prérogatives fonctionnelles ne pouvaient être que des pouvoirs⁸⁶⁴. Comment serait-il possible de faire une autre analyse de certains pouvoirs de fait des préposés ?

145. Analyse du pouvoir de fait du préposé. – Le refus de conférer des prérogatives juridiques au préposé conduit à analyser son activité fonctionnelle comme l’expression de sa seule *liberté*. Cette notion doit cependant être conciliée avec l’obligation du préposé d’orienter sa liberté d’action vers les intérêts de son commettant. Cette conciliation ne peut être obtenue à partir de la simple confrontation de la liberté du préposé avec une interdiction générale de nuire à autrui car la poursuite de l’intérêt d’autrui n’est pas la seule abstention de lui nuire⁸⁶⁵. Peut-être cette obligation découle-t-elle tout simplement de son contrat de travail : par sa volonté, le préposé s’est engagé à produire une activité matérielle dans l’intérêt d’autrui à l’exclusion de toute autre activité (pendant son temps de travail). Il ne faudrait donc pas raisonner en terme de prérogative mais en terme de *devoir*. Cette catégorie juridique ne rend pourtant qu’imparfaitement compte de l’existence du pouvoir détenu par le préposé⁸⁶⁶.

⁸⁶² J. DABIN, *Le droit subjectif*, réf. préc., p.83.

⁸⁶³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, rééd. 2007.

⁸⁶⁴ V. *supra* n°136.

⁸⁶⁵ V. *supra* n°114.

⁸⁶⁶ La doctrine note à propos des libertés qu’elles « sont accordées également à tous » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, LGDJ, coll. *Traité de Droit civil*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1994, n°199). Or, la détention d’un pouvoir propre s’oppose à la nature égalitaire de la liberté.

Très concrètement, l'objection renvoie à la situation suivante. Soit une société qui emploie des salariés afin de produire des biens de consommation ; cette société dispose de machines et d'outils permettant cette production et de locaux abritant ces moyens de production. En principe, meubles et immeubles sont la propriété de la société, si bien que leur usage lui est strictement réservé. Le cas échéant, l'introduction dans ces locaux pourra donc faire l'objet d'une plainte pour violation de domicile⁸⁶⁷. Pourtant les salariés peuvent parfaitement y entrer et y séjourner le temps de leur travail : ils ont donc reçu une autorisation en ce sens dont le caractère spécial rend envisageable l'octroi à leur endroit d'un pouvoir, celui de faire usage du bien d'autrui⁸⁶⁸. Il convient dès lors d'analyser juridiquement la situation.

Bien que l'usage soit une prérogative attachée au droit de propriété, les salariés ne sont titulaires d'aucun droit de propriété sur les outils et les locaux affectés à l'entreprise. Les salariés ne sont pas non plus des possesseurs : la possession qui est l'exercice en fait des prérogatives attachées au droit de propriété suppose en effet que le possesseur prétende se comporter comme un propriétaire⁸⁶⁹. Puisque les salariés n'ont pas la volonté de se comporter comme les titulaires du droit de propriété, il ne peut s'agir de possession, laquelle suppose l'*animus domini* du possesseur. Les salariés ne reçoivent pas non plus un droit réel issu du démembrement de la propriété⁸⁷⁰, et ce, pour deux raisons. D'abord, le droit réel issu du démembrement de la propriété est par essence exclusif⁸⁷¹, qui supposerait que le bénéficiaire de la fonction se soit dépouillé du pouvoir d'user de son propre bien, ce qui est en l'espèce inepte. Ensuite, l'usage du bien devra être conforme à un intérêt autre que celui du titulaire du pouvoir d'usage, ce qui n'est pas compatible avec la nature du droit réel qui est un droit subjectif, donc égoïste. Dès lors, l'analyse de ce pouvoir doit plutôt être ordonnée par analogie à celui du locataire⁸⁷², qui se singularise par deux aspects. En premier lieu, il détient non pas un droit réel sur la chose mais un droit personnel⁸⁷³. En second lieu et surtout, il s'agit alors d'une détention dite précaire, mais d'une détention précaire de droit puisque tirant son origine d'un titre juridique (ici le contrat de bail). A l'aune de la notion de fonction, la détention est identiquement de droit puisqu'elle prendra sa source dans le titre qui a créé l'activité

⁸⁶⁷ Article 226-4 du Code pénal élargi aux personnes morales (Crim. 9 novembre 1971, RSC 1972, p.613, obs. G. LEVASSEUR).

⁸⁶⁸ V. déjà sur ce point, *supra* n°75 et s.

⁸⁶⁹ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11^{ème} éd., 2011, n°335 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les biens. Droits réels principaux*, Tome II, Economica, 5^{ème} éd., 2006, n°91 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n°162.

⁸⁷⁰ *Contra*, en apparence, C. ATIAS, *op. cit.*, n°75 : « Le pouvoir d'utiliser la chose en général ou de profiter de ses avantages [...] peuvent, distinctement ou ensemble, être qualifiés de droit réel. ». L'apparence doit cependant être dépassée puisque le pouvoir dont il est question ici ne saurait s'entendre que d'un pouvoir de droit équipollent à un droit réel ou d'un pouvoir de fait équipollent à la possession sur la chose, qualifications qui doivent être rejetées.

⁸⁷¹ Au sens d'un monopole, V. F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n°144.

⁸⁷² Article 2266 alinéa 1 du Code civil ; la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a opéré sur ce point non seulement un changement d'article (ancien article 2236 du Code civil) mais également un changement rédactionnel puisque la disposition vise aujourd'hui le locataire là où elle visait précédemment le fermier.

⁸⁷³ C. LARROUMET, *op. cit.*, n°451 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2010, n°375.

fonctionnelle (en l'espèce le contrat de travail). Elle est également de nature précaire puisque le titre qui la fonde vaut reconnaissance de la propriété d'autrui⁸⁷⁴ et puisque le détenteur ne prétend pas en être le propriétaire. Cependant, si certaines détentions précaires s'appuient sur un droit personnel, donc un droit subjectif, d'autres ne le peuvent pas : c'est notamment le cas lorsque cette détention précaire découle de la nécessité d'accomplir une fonction. En effet, alors que le chargé de fonction doit exercer la détention précaire en considération de l'intérêt d'autrui, qui sera en l'occurrence le titulaire du droit réel, le locataire est seulement obligé de respecter les obligations contenues dans son contrat de bail, ce qui le dispense de soumettre son droit d'usage à une appréciation de l'intérêt du propriétaire. Par conséquent, le premier ne détient qu'un *pouvoir* d'usage tandis que le second détient un *droit* d'usage.

146. Élément de modération. – Ces arguments peuvent ne pas convaincre les plus farouches défenseurs d'une définition ramassée de la notion de pouvoir. Un élément de régime pourrait d'ailleurs les conforter en ce sens, qui ne doit pas être volontairement mis sous silence : la justification des restrictions apportées au domaine du pouvoir s'appuie sur le contrôle spécifique auquel il donne lieu, le détournement de pouvoir⁸⁷⁵. Partant, il faut peut-être faire le deuil de cette qualification connue pour entrer dans le champ d'une qualification inconnue qui prendrait place au sein des prérogatives juridiques aux côtés des pouvoirs. Pour ce faire, il faut pourtant admettre l'élargissement de la catégorie des prérogatives juridiques.

147. Prérogatives fonctionnelles particulières au préposé ou élargissement de la catégorie du pouvoir ? – La nécessité de conserver l'intégrité du concept de pouvoir ne permet pas de justifier l'élaboration d'une troisième catégorie juridique. En effet, si cette catégorie a pour seul objet d'appréhender la substance de l'activité matérielle pour autrui, elle devrait être étendue à ceux des chargés de fonction à qui il est reconnu la titularité d'un pouvoir. Mandataire dirigeant, parents, tuteurs ou chefs d'entreprise développent autant d'activité matérielle que d'activité juridique. Cette situation a ainsi conduit à rejeter à tort la qualification de représentant au dirigeant social, au profit de celui d'organe⁸⁷⁶. L'argument prévalant actuellement pour réintégrer cet agent au sein des mandataires est de dire que ces actes matériels ne se disjoignent pas des actes juridiques dont ils ne sont que l'accessoire⁸⁷⁷. Il semble, dès lors, possible de les réintégrer au sein des pouvoirs – ce qui enrichirait l'étendue

⁸⁷⁴ F. TERRE, P. SIMLER, *op. cit.*, n°163 ; pour la qualification d'une remise de la détention précaire résultant du contrat de travail, V. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007, n°551, p.321. – Adde, E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 105, 2011, n°35 : « la détention précaire est un pouvoir de fait exercé sur la chose d'autrui en vertu d'un titre juridique » et n°80 : le pouvoir du préposé doit s'analyser comme un pouvoir de fait de détention précaire.

⁸⁷⁵ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°143 et s.

⁸⁷⁶ V. *supra* n°62.

⁸⁷⁷ V. *supra* n°66.

de leurs prérogatives – sans porter atteinte à la notion de représentation⁸⁷⁸ et donc à la notion de représentant.

L'élargissement de la notion de pouvoir permettrait en outre d'expliquer que certains auteurs admettent la possibilité d'un détournement de pouvoirs pour les actes juridiques et les actes matériels⁸⁷⁹. Ils s'opposent ainsi à ceux qui, affirmant que les agissements matériels échappent à la théorie du pouvoir, n'y voient jamais lieu à sanctionner un dépassement de pouvoir mais une activité illicite⁸⁸⁰. A cet égard, il est toutefois bien difficile de discerner les deux types de sanction puisqu'elles s'expriment concrètement de manière analogue. Ainsi, le détournement de pouvoir donne en principe lieu au versement de dommages et intérêts par le titulaire des pouvoirs, ce qui correspond aussi à la sanction prévue en cas d'engagement de la responsabilité délictuelle consécutif à la commission d'une illicéité. Certes il existe des sanctions propres au détournement de pouvoirs, telles que le retrait ou la suspension de la fonction ou encore l'annulation de l'acte entaché de détournement⁸⁸¹ ; mais elles ne font pas obstacle à ce que soit reconnu l'octroi de pouvoirs pour l'accomplissement d'actes matériels.

Au contraire, il semble bien que les activités matérielles des chargés de fonction soient, comme leurs actes juridiques, encadrées par des règles de compétence. Le fondement même des sanctions consécutives à certaines activités illicites peut alors parfaitement être rattaché à la théorie du pouvoir.

La doctrine rejette en général cette idée, affirmant que les faits d'exécution abusifs tels que les « passages à tabac » ayant accompagné certaines arrestations policières ne relèvent pas du recours pour excès de pouvoirs. De manière analogue, en droit privé, la théorie du pouvoir serait pareillement inapte à appréhender, par exemple, la sanction consécutive à une « correction manuelle » des enfants par leurs parents dès lors que cette sanction juridique est étrangère à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant⁸⁸². Toutefois, si la démonstration est convaincante lorsqu'elle affirme que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant est étrangère à la sanction des parents, elle souffre d'une certaine imprécision. En effet, la théorie du pouvoir repose sur la dualité de la notion de pouvoir : celle-ci s'entend du pouvoir au sens propre mais également de la notion de compétence. Or, la démonstration construite à partir de l'exemple du « droit de correction manuelle » des parents s'appuie uniquement sur la notion de pouvoir au sens propre. Pour condamner la théorie du pouvoir, il aurait donc fallu également vérifier que la notion de compétence ne pouvait pas expliquer le régime étudié. Autrement dit, la théorie du pouvoir ne doit pas être restreinte à la sanction du détournement de pouvoir ; elle embrasse également la question du dépassement de pouvoir. Ainsi considérée, la question relative au « droit de correction manuelle » se pose différemment : si les parents sont sanctionnés pour

⁸⁷⁸ V. *infra* n°152.

⁸⁷⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. Dalloz, 2007 p.249.

⁸⁸⁰ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°226.

⁸⁸¹ J. DABIN, *op. cit.*, p.245 *in fine*.

⁸⁸² E. GAILLARD, *op. cit.*, n°226.

avoir exercé des violences physiques sur leur enfant ce n'est certes pas parce que ces violences ont été exercées contre l'intérêt de l'enfant mais parce que ces violences sont en général interdites **et** non autorisées par une compétence spéciale des parents. Une fois caractérisé le dépassement de pouvoirs, il est alors logique de sanctionner l'illicéité subséquente. Toutefois, la théorie du pouvoir ne doit pas être écartée *a priori* sur le seul fondement du caractère matériel de l'acte. Elle se révèle en effet pertinente à expliquer certaines situations juridiques : ainsi, il est de la compétence des parents d'empêcher toute sortie intempestive en dehors d'un lieu déterminé par eux⁸⁸³ ; c'est pourquoi les parents ne seront pas poursuivis au titre de la séquestration dans ce cas alors que celle-ci est en général prohibée⁸⁸⁴. Que l'immobilisation de l'enfant se trouve contraire à son intérêt et la sanction serait toutefois réactivée. En somme, la théorie du pouvoir doit être appréhendée dans toute sa richesse qui postule que soient examinés non seulement le caractère altruiste du pouvoir mais également sa limitation objective. Cette démonstration sommaire devra être validée par l'étude plus approfondie de la notion de compétence⁸⁸⁵. Avant cela, il est cependant nécessaire d'indiquer en quoi consiste le renouvellement de l'analyse des pouvoirs.

2. Une analyse renouvelée des pouvoirs

148. Proposition d'une traduction minimaliste de l'empiétement sur la sphère d'autrui. – L'élargissement du concept de pouvoir repose en grande partie sur la définition commune de la notion de pouvoir. Les dictionnaires de la langue française définissent le pouvoir comme le fait de « disposer de moyens qui permettent une action » ou comme la « capacité légale de faire une chose » ou encore comme la « possibilité d'agir sur quelque chose »⁸⁸⁶, ce dont il ressort que le pouvoir relève moins de la notion d'autorité que de celle de la faculté, de la capacité, de la possibilité. Bien que ces éléments de définition ne puissent suffire à l'élaboration de la notion juridique de pouvoir, ils pourraient permettre d'envisager l'analyse juridique sous un autre angle. Ces éléments sont intéressants car ils pourraient permettre de traduire différemment l'empiétement sur la sphère d'autrui : au lieu de l'analyser comme le pouvoir d'édicter des actes juridiques qui s'imposeront à autrui, pourraient être proposées deux traductions minimalistes qui s'entendraient d'une part de la possibilité d'empiéter sur la sphère d'autrui sans encourir de sanction juridique, et d'autre part de la capacité par son action matérielle de provoquer des effets juridiques dans la sphère d'autrui. La première situation a déjà été évoquée et a conduit à la reconnaissance au profit du préposé d'un pouvoir d'usage des biens de son commettant. Il arrive cependant que les chargés de

⁸⁸³ Article 371-3 du Code civil : « L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale [...] ».

⁸⁸⁴ Article 224-1 du Code pénal.

⁸⁸⁵ V. *infra* n°153 et s.

⁸⁸⁶ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française.*

fonction se contentent de mettre au service du bénéficiaire de la fonction une activité matérielle sans que les premiers aient besoin, pour ce faire, que soient mis à leur disposition les instruments du second. Dans ce cas, le raisonnement minimaliste précédemment opéré ne fonctionne plus et la perception d'un quelconque pouvoir est rendue difficile. A leur égard, il est toutefois possible de reconnaître une autre forme tout aussi minimaliste de pouvoir : la capacité par son action matérielle de provoquer des effets juridiques dans la sphère d'autrui.

149. Traduction minimaliste de l'empiètement dans la sphère juridique d'autrui : capacité de provoquer des effets juridiques dans la sphère d'autrui. – Il s'agit là d'une hypothèse parfaitement distincte de la précédente, qui postule que le chargé de fonction n'exerce aucun pouvoir sur le bien d'autrui. Il se contente alors de produire une activité matérielle qui possède deux particularités : d'abord, cette activité est absolument assujettie à l'intérêt du bénéficiaire de la fonction, de sorte que tout comportement déviant de cette finalité constitue un détournement⁸⁸⁷. Ensuite, cette activité matérielle a des répercussions immédiates dans la sphère juridique du bénéficiaire de la fonction, répercussions qui ont été *voulues* par le ou les initiateurs de la fonction. Prosaïquement, cela renvoie par exemple à la situation dans laquelle le bénéficiaire de la fonction confie l'exécution d'un engagement contractuel conclu avec un tiers au chargé de fonction. Dans la plupart des cas, cette exécution suppose le déploiement d'une activité matérielle dont le succès ou l'infortune retentiront directement sur l'engagement juridique du bénéficiaire de la fonction. Que l'activité matérielle soit bien menée et ce dernier sera libéré de son engagement. Que l'activité matérielle soit mal menée et ce dernier pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée⁸⁸⁸. De ce point de vue, il y a donc bien empiètement dans la sphère d'autrui. En outre, cet empiètement est recherché par le ou les initiateurs de la fonction⁸⁸⁹ : il n'y a donc pas de confusion ici entre empiètement illégitime dans la sphère juridique d'autrui et empiètement juridique dans la sphère (juridique) d'autrui. Entre ces deux traductions minimalistes de l'empiètement sur la sphère d'autrui, un *distinguo* technique peut être établi : tandis que la première traduction minimaliste identifie le pouvoir à l'exercice du droit subjectif du bénéficiaire de la fonction par le chargé de fonction⁸⁹⁰, la seconde se détache plus franchement de la théorie classique du pouvoir en caractérisant le pouvoir non plus dans la nature de la prérogative exercée mais dans ses effets : le constat d'un empiètement juridique dans la sphère d'autrui voulu.

⁸⁸⁷ V. *infra* n°297.

⁸⁸⁸ La démonstration ne doit pas être comprise comme faisant grief au rejet de la figure de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui (V. *supra* n°74). Au contraire, le fait que le débiteur contractuel ait convenu de l'empiètement juridique de l'auxiliaire sur son obligation contractuelle renforce le poids de cette dernière sur ses épaules.

⁸⁸⁹ Employeur et employé lorsque la fonction tire sa source d'un contrat de travail, organes chargés de la tutelle lorsque la fonction tire sa source d'un concours entre la loi et le pouvoir judiciaire, etc.

⁸⁹⁰ Bien que la démonstration se soit volontairement abstraite du lien entre le droit subjectif du bénéficiaire de la fonction et les pouvoirs du chargé de fonction, la mutation de la capacité d'exercice du premier en pouvoir pour le second est ici clairement reconnaissable (V. *supra* n°71).

150. Conséquences de cette nouvelle approche sur la nature des pouvoirs. – En dépit de l'élargissement ainsi opéré de la notion de pouvoir, il n'est pas nécessaire par ailleurs de révolutionner la matière. Il conviendra seulement de procéder à quelques ajustements en ce qui concerne notamment la nature déléguée ou attribuée des pouvoirs d'une part et leurs relations avec la représentation d'autre part.

151. Pouvoirs délégués et pouvoirs attribués. – A l'instar de ce qui était énoncé classiquement, il sera toujours possible d'identifier des pouvoirs *délégués* et des pouvoirs *attribués*. L'auteur⁸⁹¹ au crédit duquel la distinction doit être portée distingue en effet les situations dans lesquelles le pouvoir correspond à l'exercice d'un droit subjectif⁸⁹² et celles dans lesquelles ce pouvoir n'est pas la transposition d'un droit subjectif.

La première catégorie de pouvoirs correspond à des pouvoirs délégués, de représentation. La seconde catégorie correspond à des pouvoirs attribués ou d'attribution qui ont pour objet soit la défense d'un intérêt général⁸⁹³ soit la défense de l'intérêt particulier d'un tiers⁸⁹⁴. La nouvelle approche des pouvoirs proposée ne rend donc pas obsolète la distinction. Au contraire, les pouvoirs émergents prendront place au sein des pouvoirs délégués lorsqu'ils correspondront au transfert d'un droit subjectif⁸⁹⁵ ou au sein des pouvoirs attribués lorsque le bénéficiaire de la fonction, bien que sujet de droit, n'entend pas transférer l'exercice d'un droit subjectif mais seulement la possibilité d'un empiétement dans sa sphère juridique⁸⁹⁶.

La combinaison de la théorie du pouvoir avec l'analyse des situations fonctionnelles permet d'ajouter des raffinements dans l'analyse des pouvoirs que la seule notion de fonction n'aurait pas permis⁸⁹⁷. Or, ces raffinements se justifient dès lors que la distinction entre les pouvoirs correspondant à l'exercice de droits subjectifs et les autres pouvoirs est juste et utile en ce qu'elle constitue l'un des critères traditionnels d'identification du pouvoir de représentation.

152. Pouvoirs délégués et représentation. – En outre, cette nouvelle approche implique que certains pouvoirs délégués ne relèveront pas nécessairement du mécanisme de la

⁸⁹¹ G. WICKER, *op. cit.*, n°63.

⁸⁹² Un autre auteur semble admettre que le pouvoir puisse également correspondre à la délégation d'un pouvoir (N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°31).

⁸⁹³ Sur ce point, G. WICKER, *op. cit.*, n°63.

⁸⁹⁴ G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT in Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p.691, spé. n°24.

⁸⁹⁵ Ainsi, en est-il lorsque l'employeur octroie au salarié un pouvoir sur un bien lui appartenant.

⁸⁹⁶ Ainsi est-il avancé que les salariés qui emploient leurs propres outils ne détiennent que des pouvoirs sur eux. Egalement, lorsqu'ils se contentent d'exercer une activité matérielle pour le compte de leur employeur.

⁸⁹⁷ Ainsi, l'un des précurseurs de la notion de fonction, B. STARCK, affirmait quant à lui, sans distinction que : « il est indéniable que le préposé met en action les droits de son commettant et non les siens propres. Tel est le seul sens possible de l'expression : le préposé agit « pour le compte » de son commettant » (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.217). Il est vrai que l'auteur semblait identifier un droit subjectif là où il aurait été plus sage d'y voir une liberté. Partant de ce postulat, toutes les actions du préposé pouvaient correspondre à l'exercice des droits subjectifs de son commettant.

représentation précisé par le professeur Michel STORCK⁸⁹⁸. En effet, la nature déléguée du pouvoir n'est pas le critère exclusif de la conception de la représentation qui a été choisie⁸⁹⁹. Consécutivement à la nouvelle approche du pouvoir, la délégation peut avoir d'autres finalités que de *créer* un lien de droit entre un tiers et le délégant⁹⁰⁰. C'est donc le contenu de la fonction, l'activité exercée qui induira ou non l'octroi d'un pouvoir de représentation⁹⁰¹. En outre, la représentation ne sera admise que lorsque l'agent disposera de suffisamment d'indépendance pour ce faire. Entre théorie du pouvoir et théorie de la représentation existe donc une frontière étanche qu'une conception compréhensive de la notion de pouvoir ne vient pas détruire.

Une fois admise la possibilité que tous les chargés de fonction disposent de pouvoirs fonctionnels, il devient possible de pousser plus avant les analyses sur l'encadrement de ses pouvoirs : qualitativement, ils sont tout d'abord limités par leur caractère nécessairement altruiste. Mais connaissent-ils des limites « quantitatives » ? Autrement dit les chargés de fonction disposent-ils vraiment de tous pouvoirs d'agir dans l'intérêt d'autrui ? C'est en ce sens que la notion de compétence peut apporter un nouvel éclairage sur les contours des prérogatives fonctionnelles.

C. L'encadrement des prérogatives fonctionnelles par la notion de compétence

153. Compétence⁹⁰² et pouvoir. Confusion opérée par la doctrine classique. – A l'instar des pouvoirs, les compétences sont évoquées de façon récurrente dans les développements consacrés à la fonction⁹⁰³. Toutefois, dans la doctrine classique, celles-ci se confondent alors

⁸⁹⁸ *Contra*, G. WICKER, *Les fictions juridiques*, réf. préc., n°62 ; *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT*, réf. préc., n°24.

⁸⁹⁹ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 172, 1982 ; V. *supra* n°71.

⁹⁰⁰ V. déjà pour le rejet de la représentation dans ce cas de figure, l'analyse du lien de subordination envisagé dans la sphère externe, *supra* n°75 et s.

⁹⁰¹ Une partie de la doctrine opérerait plutôt la discrimination en s'appuyant sur l'existence ou l'absence de personnalité juridique de l'entité au bénéfice de laquelle le pouvoir était exercé. Si l'entité était un sujet de droit, le pouvoir devait être assimilé à un pouvoir de représentation. Si l'entité n'était pas un sujet de droit, le pouvoir devait être émancipé du mécanisme de la représentation (pour l'exposé clair et concis de cette dichotomie, V. E. GAILLARD, *op. cit.*, conclusion, spé. propositions n°12 et s. p.233-234). Il est possible de considérer que cette dichotomie ne suffit pas car même en présence d'un délégant sujet de droit, la finalité de la délégation peut ne pas être l'établissement un lien de droit, ce qui est indispensable pour la qualification de la représentation (M. STORCK, *op. cit.*, n°159).

⁹⁰² La terminologie renvoie à un autre sens : celui de maîtrise technique (en ce sens, V. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°4), lequel est susceptible de cohabiter sans se confondre avec la notion de compétence telle qu'elle sera abordée ici.

⁹⁰³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 rééd. Dalloz, 2007, p. 222 : « les droits [droits-fonction] prennent alors l'aspect d'une compétence » ; p.225 : « compétence dévolue au fonctionnaire » ; p.233 : « compétence liée [du fonctionnaire] ».

avec ceux-là⁹⁰⁴. Une telle confusion entre les deux notions n'est plus d'actualité, à juste titre. En effet, la notion de compétence peut parfaitement être distinguée de celle de pouvoir tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique. Cette affirmation doit cependant être bien comprise puisqu'il ne s'agit pas ici de dire que la notion de compétence est autonome d'un point de vue fonctionnel. En effet, il est et restera avéré que la notion de compétence n'a de sens qu'autant qu'elle est associée à l'exercice d'un pouvoir⁹⁰⁵, ce qui fera l'objet d'une démonstration est uniquement l'autonomie notionnelle de la compétence vis-à-vis des pouvoirs. A cet égard, son autonomie peut être démontrée tant au stade de sa définition (1.) qu'au stade de sa qualification (2.).

1. L'autonomie de la notion de compétence au stade de sa définition

154. Définition issue des travaux de la doctrine contemporaine. – A de nombreuses reprises, la doctrine contemporaine a eu l'occasion de préciser la notion de compétence, le plus souvent par le prisme de l'étude des pouvoirs. Cette étude est alors l'occasion de mettre en lumière le caractère amphibologique du terme pouvoir, celui-ci renvoyant tout autant à une prérogative qu'à une aptitude à exercer cette prérogative. Pour plus de clarté la doctrine fait alors le distinguo entre **le** pouvoir qui renverrait à une aptitude à agir et **les** pouvoirs qui renverraient à des prérogatives⁹⁰⁶. Plus radicalement, il est possible de réserver la terminologie de pouvoirs aux prérogatives exercées et de retenir le terme de compétence pour viser l'aptitude à agir⁹⁰⁷. Il peut y avoir alors quelque maladresse à envisager les compétences au titre des prérogatives issues de la fonction ; mais une telle présentation doit se justifier par le fait que la compétence correspond alors à un encadrement ou à une limitation des prérogatives fonctionnelles, si bien qu'elles font partie intégrante de leur définition⁹⁰⁸.

De même, l'usage du pluriel pour viser une aptitude à agir est peut-être maladroit mais s'explique certainement par cette confusion, procédant de l'ellipse, de la compétence avec les prérogatives qu'elle encadre.

155. La compétence : une aptitude à agir pour autrui. – A l'instar des pouvoirs, la compétence se définit par référence à l'intérêt d'un autre que son titulaire : il s'agit alors de l'« aptitude à exercer les droits d'autrui »⁹⁰⁹. Autrement dit, la compétence serait le pendant de

⁹⁰⁴ J. DABIN, *op. cit.*, p.222 préc.

⁹⁰⁵ V. *infra* n°155 et s. – Il faudrait revoir cette affirmation si la titularité du pouvoir était refusée au préposé par exemple. Il faudrait en effet concéder que ce dernier dispose d'autres prérogatives fonctionnelles (V. *supra* n°146 et s.) lesquelles seraient également encadrées par des règles de compétences.

⁹⁰⁶ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé t. 172, 1982, spé. n°174 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 253, 1997, n°60.

⁹⁰⁷ En ce sens, M. STORCK, *op. cit.*

⁹⁰⁸ Cet encadrement des pouvoirs est par ailleurs un moyen préventif d'éviter le mauvais usage du pouvoir.

⁹⁰⁹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1984, n°65.

la capacité tandis que les pouvoirs renverraient aux droits subjectifs⁹¹⁰. S'établirait ainsi un double diptyque, capacité-droit subjectif et compétence-pouvoir, le premier lorsque le titulaire peut égoïstement en profiter et le second lorsque le titulaire ne peut l'exercer que dans un intérêt distinct du sien⁹¹¹.

Une telle définition postule donc que soit rejetée la conception selon laquelle la capacité renverrait à l'« aptitude à faire des actes juridiques valables » tandis que le pouvoir serait l'« aptitude à engager des biens par ses actes »⁹¹². La légitimité d'une telle exclusion n'est toutefois pas seulement contenue dans la systématisation doctrinale proposée. Elle s'appuie également sur certaines dispositions législatives. Par exemple, l'article 1258 du Code civil dispose que : « pour que les offres réelles soient valables, il faut [...] qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui »⁹¹³. Une telle disposition, tout en accréditant la distinction entre capacité et compétence (pouvoir au singulier), discrédite du même coup l'opposition entre capacité et pouvoir dénoncée.

Cette définition appelle en outre la réaffirmation que les prérogatives fonctionnelles et donc la notion de compétence ont une existence dépassant la sphère fonctionnelle⁹¹⁴ dès lors qu'elles reposent substantiellement non pas sur l'ensemble des caractéristiques d'une situation fonctionnelle⁹¹⁵ mais sur la seule aptitude à empiéter sur la sphère juridique d'autrui. Il serait ainsi possible de consolider l'autonomie de la notion de compétence en étendant l'usage de la terminologie chaque fois qu'il sera question des règles encadrant l'aptitude d'un individu à exercer un ou des pouvoirs⁹¹⁶. La chose n'est toutefois pas évidente puisque la notion de compétence est surtout employée dans le cadre d'une fonction⁹¹⁷. Il n'est pas certain du reste que la démarche ait d'autres répercussions qu'une remise en cohérence du langage juridique observé dans les différentes branches du droit.

Enfin, la distinction entre pouvoirs délégués et pouvoirs attribués⁹¹⁸ resurgit bien évidemment sur la compétence qui en est le complément indissociable : ainsi, aux côtés des compétences

⁹¹⁰ En ce sens, E. GAILLARD, *op. cit.*, n°64 et s. – Adde, M. STORCK, *op. cit.*, n°172 et s.

⁹¹¹ M. REGLADE, *Valeur sociale et concepts juridiques. Norme et technique. Etude de philosophie du droit et de théorie générale du droit*, Sirey, 1950, p.100 : « Il y a capacité quand le titulaire du pouvoir agit dans son propre intérêt, en tant qu'il est sujet de droit ; il y a compétence lorsque ce titulaire agit dans l'intérêt d'un autre sujet de droit que lui-même. ».

⁹¹² Dans le sens de la conception ici rejetée, V. P. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^{ème} éd., 2010, n°512.

⁹¹³ Pour d'autres exemples législatifs, V. M. STORCK, *op. cit.*, n°172.

⁹¹⁴ V. *supra* n°136, le même avertissement à propos de la notion de pouvoir.

⁹¹⁵ V. *supra* n°107 et s..

⁹¹⁶ Ceci constituerait une petite révolution en droit positif tant l'usage du terme d'incapacité est généralisé.

⁹¹⁷ R. HOUIN, *Les incapacités*, RTD civ. 1947, p.396 ; H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, RDP 1926, p. 598 ; V. ALTABERT indique que « l'individu lorsqu'il fait partie d'un groupe où il remplit certaines fonctions, est investi d'une compétence plutôt que d'une capacité (*Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoirs en droit public*, thèse Dijon 1951 p.89).

⁹¹⁸ V. *supra* n°151.

déléguées existeraient des compétences attribuées par application des critères usités à l'endroit des pouvoirs⁹¹⁹.

156. Distinction « compétence de jouissance » et « compétence d'exercice ». – Puisque la doctrine contemporaine conduit à considérer la notion de compétence par analogie avec celle de la capacité, se pose la question d'une possible exportation de la distinction entre capacité de jouissance et capacité d'exercice. Sur ce point, la réponse doit assurément être mitigée. Outre que la distinction fait déjà l'objet de critique dans le domaine de la capacité⁹²⁰, elle est rejetée explicitement⁹²¹ ou implicitement par la doctrine qui en définissant la compétence ne vise que l'aptitude à **exercer** les droits d'autrui⁹²².

Partant du postulat que la capacité de jouissance désigne « l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation »⁹²³ et que la capacité d'exercice désigne « l'aptitude à exercer soi-même un droit que l'on a »⁹²⁴, la transposition à l'endroit des compétences paraît peu viable. Néanmoins, il n'est pas impossible d'adapter les concepts pour considérer deux types de règles de compétence : les règles qui président à l'octroi de la fonction et des pouvoirs subséquents et les règles qui limitent les pouvoirs attribués. Les premières renverraient alors à une sorte de « compétence de jouissance » tandis que les secondes évoqueraient les limites à la « compétence d'exercice ». Deux exemples concrets permettront de clarifier la proposition. Ce serait au titre des règles de « compétence de jouissance » que l'article L. 225-54 du Code de commerce dispose que le directeur général d'une société anonyme doit être âgé de moins de 65

⁹¹⁹ En ce sens, G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p.691, spé. n°24.

⁹²⁰ R. HOUIN, *Les incapacités*, RTD civ. 1949, p.383 L'auteur critique cette distinction en ce qu'elle ne reposerait sur aucun critère fiable d'une part, et en ce qu'elle ne présenterait aucun intérêt juridique d'autre part, contrairement à la distinction des incapacités visant à protéger l'incapable lui-même et celles visant à protéger d'autres intérêts contre l'activité de l'incapable.

⁹²¹ Ainsi, à l'occasion de l'étude de la notion de pouvoir, seule la compétence correspondant à la capacité d'exercice est étudiée ; la question de la capacité de jouissance correspondante étant éludée (E. GAILLARD, *op. cit.*, note de bas de page n°145 sous le n°64).

⁹²² M. STORCK, *op. cit.*, n°172 ; à l'appui de sa démonstration, l'auteur renvoie à de nombreux auteurs qui tous ne semblent envisager la compétence que par le biais de l'exercice du pouvoir : « Tandis que la capacité est l'aptitude *d'exercer ses propres droits*, le pouvoir est l'aptitude *d'exercer les droits d'autrui*, à agir pour son compte » (A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 1993 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures), n°737) ; « La capacité est l'aptitude à *agir* valablement pour soi-même, le pouvoir est la puissance *d'agir sur le patrimoine d'autrui* » (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil. t.1.Principes généraux, personnes, biens*, par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 5^{ème} éd., 1950, n°2150; « Le pouvoir est l'aptitude légale ou constitutionnelle à *exercer* les droits d'autrui [...] et à *agir* pour le compte de cette personne » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, V° Pouvoir).

⁹²³ G. CORNU, *op. cit.*, V° Capacité. – La catégorie a récemment été remise en question par une étude (I. MARIA, *Les incapacités de jouissance. Etude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2010) dont il ressort une vision dualiste bien différente. Selon cette étude, les incapacités de jouissance correspondraient tantôt à des règles protectrices de l'intérêt de la personne, tantôt à des règles protectrices de l'intérêt général. Seules les premières règles devraient toutefois être considérées comme de réelles incapacités de jouissance. Allant plus loin, l'étude propose même d'absoudre la catégorie juridique des incapacités de jouissance pour la fonder dans la catégorie plus englobante d'incapacités, étant entendu que les incapacités de jouissance ne seraient alors que des formes particulières d'incapacités d'exercice.

⁹²⁴ G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n°14.

ans⁹²⁵ puisque selon ce texte, toute personne physique âgée de plus de 65 ans est *a priori* inapte à devenir titulaire de cette fonction de direction et à y exercer les pouvoirs qui y sont rattachés. A l'inverse, ce serait au titre des règles de « compétence d'exercice » que les clauses statutaires limitatives de pouvoirs prévoient par exemple que la signature de certains actes doit être soumise à une autorisation préalable du conseil d'administration car sans rendre le dirigeant social inapte à sa fonction, ces clauses réduisent l'étendue de ses pouvoirs.

Les critères qui président à la limitation des compétences semblent également permettre une scission entre « compétence de jouissance » et « compétence d'exercice ». Ces critères se rapprochent de ceux qui restreignent la capacité mais ils s'ordonnent différemment. La raison tient certainement à ce que l'enjeu de l'octroi d'une compétence est moindre par rapport à celui de l'octroi de la capacité. En effet, l'octroi de la capacité de jouissance est directement lié à la reconnaissance de la personnalité juridique : que cette capacité soit annihilée et la personnalité juridique disparaîtrait⁹²⁶. *A contrario*, la limitation de la compétence de jouissance n'a aucun impact sur la personnalité juridique de l'individu qui conserve une capacité de jouissance (et donc une personnalité juridique) intacte par ailleurs. C'est sans doute ce qui explique d'une part, que contrairement à la capacité, la compétence fait « figure d'exception » en ce qu'elle est spécialement octroyée⁹²⁷, et d'autre part, que la limitation des compétences intervient au stade de la compétence de jouissance là où elle serait intervenue au stade de la capacité d'exercice. En atteste la considération pour l'âge de l'agent, limitant parfois la compétence de jouissance mais seulement la capacité d'exercice⁹²⁸. En outre, la compétence de

⁹²⁵ Le texte admet la possibilité de dérogations statutaires.

⁹²⁶ En ce sens, G. CORNU, *op. cit.*, n°14.

⁹²⁷ En ce sens, M. STORCK, *op. cit.*, n°172.

⁹²⁸ V. *supra* n°156 la condition d'âge posée par la loi à l'endroit des dirigeants de sociétés anonymes. Pour les conditions d'âge imposées aux tuteurs, V. l'article 395 du Code civil.

Il arrive cependant que les règles de compétence relatives à l'âge se trouvent en porte-à-faux vis-à-vis des règles de capacités y afférant. Ainsi, la loi qui semble présumer l'inaptitude d'un mineur à exercer ses droits subjectifs (incapacité d'exercice), l'autorise à exercer ceux d'un autre. Concrètement, l'article 1990 du Code civil prévoit qu'un majeur puisse être représenté par un mineur non émancipé. Autrement dit, un mineur n'a pas de capacité d'exercice mais il peut avoir une compétence. Ceci peut paraître étrange puisque son incapacité est justifiée par son immaturité qui le rend inapte à identifier ce qui relève ou non de ses intérêts (en ce sens, M. STORCK, *op. cit.*, n°172 ; R. HOUIN, *Les incapacités*, RTD civ. 1949, p.385 – *Adde*, le sort particulier des conventions signées avec un mineur mais bénéfiques à celui-ci).

Dès lors le mineur serait-il plus apte à jauger de l'intérêt d'un tiers que du sien propre ? L'idée d'un transfert de la capacité d'exercice du majeur n'explique rien dès lors que c'est une capacité juridique qui est transférée et que ce qui fait obstacle à l'exercice des droits subjectifs par le mineur est une « incapacité » intellectuelle qui ne saurait lui être déléguée en même temps que la capacité d'exercice ! C'est sans doute pourquoi un auteur précise que le mandataire, pour incapable qu'il puisse être, ne saurait être *infans* ou insane (P. LE TOURNEAU, *Mandat*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°149), alors même que la loi reste muette sur ce point. Sans doute, le législateur a-t-il simplement fait confiance au mandant capable qui ne choisirait raisonnablement pas un individu intellectuellement déficient ou immature comme mandataire. En outre, le fait que les effets du mandat se produisent dans le patrimoine du mandant suffit certainement à se prémunir d'une attitude peu avertie.

En tout état de cause, cette contradiction est assez théorique s'agissant des activités fonctionnelles qui donnent lieu, le plus souvent, à des règles de compétences plus restrictives même si elles suscitent l'octroi d'un pouvoir de représentation (cf. les mandataires sociaux). Elle subsiste néanmoins en droit positif puisque la notion de compétence comme celle de pouvoirs dépasse la sphère fonctionnelle (V. *supra* n°154).

jouissance supporte également des limitations inconnues du domaine de la capacité d'exercice pour des raisons évidentes, les limitations de compétence ayant alors pour objectif de garantir l'indépendance du chargé de fonction. Ainsi, pour garantir une certaine indépendance, le cumul des charges fonctionnelles de mandataire social peut être limité⁹²⁹ et la charge tutélaire peut être retirée en cas de conflit d'intérêt entre le tuteur et le pupille⁹³⁰.

La compétence d'exercice est également spécifique puisqu'elle semble faire l'objet de limitations *ad hoc* qui tiendraient principalement au respect des attributions d'autrui. Le droit des sociétés permet d'appuyer cette considération puisqu'il prévoit que le dirigeant social ne doit pas empiéter sur les pouvoirs de l'Assemblée générale ou du Conseil d'administration⁹³¹. Les statuts peuvent également proscrire le passage de certains actes graves (emprunt important, etc) ou le conditionner à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale. Dans ce cas, une interprétation alternative pourrait rapprocher la logique des limitations de la compétence d'exercice à celle de la compétence de jouissance, qui considérerait qu'une telle limitation se justifie par l'insuffisance des facultés intellectuelles d'un seul chargé de fonction, rendant l'intervention d'un collègue nécessaire⁹³². Cependant, cette interprétation doit être accueillie avec réserve dès lors qu'elle ne correspond guère à la logique plus pragmatique de séparation et à la répartition du pouvoir ayant présidé à l'élaboration de la plupart des règles de compétence d'exercice en droit des sociétés⁹³³. Le chargé de fonction doit également respecter l'étendue des prérogatives du bénéficiaire de la fonction : en droit des sociétés, le dirigeant doit donc ne pas agir en dépassement de l'objet social⁹³⁴. Ce type de limitation *ad hoc* n'est pas non plus étranger au fonctionnement de la tutelle qui restreint l'intervention du tuteur dans le but de respecter les prérogatives du bénéficiaire de la fonction (le pupille)⁹³⁵ ou des autres organes de la tutelle (conseil de famille ou juge des tutelles)⁹³⁶.

⁹²⁹ Article L. 225-21 alinéa 1^{er} du Code de commerce disposant qu' « une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français ».

⁹³⁰ Article 396 du Code civil.

⁹³¹ En ce sens, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°279.

⁹³² En ce sens, B. DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p.405, spé. n°1.

⁹³³ Alors qu'ils abordent la personne morale dans sa généralité, certains auteurs évoquent un « principe de division du travail » (G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007, n°96).

⁹³⁴ En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°279 et 281. L'objet social qui se définit comme « le type d'activité choisi par la société dans ses statuts » (*op. cit.*, n°113) limite leur capacité de jouissance qui est à l'endroit des personnes morales « spéciale » contrairement à la capacité des personnes physiques (*op. cit.*, n°115).

⁹³⁵ Certains actes strictement personnels ne peuvent donner lieu à assistance ou représentation (article 458 du Code civil) ; ces actes seraient donc nuls s'ils étaient accomplis par le tuteur (article 465 4^o du Code civil).

⁹³⁶ Ainsi, l'article 459 dispose que « la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». La sanction serait la nullité de l'acte (article 465 4^o du Code civil) mais aussi l'engagement de la responsabilité du tuteur. S'agissant des actes patrimoniaux, les articles 503 et suivants du Code civil prévoient avec précision les actes qui peuvent

Finalement, si la transposition reste peu usitée par la doctrine puisque les règles de « compétence de jouissance » y sont davantage présentées comme des règles d'incapacité⁹³⁷ tandis que la question de la compétence semble réservée aux règles de « compétence d'exercice », elle n'est pas dépourvue de toute pertinence dès lors qu'il est possible de dégager deux définitions différentes : la « compétence de jouissance » correspondant à l'aptitude à devenir titulaire d'un pouvoir et à l'exercer, et la « compétence d'exercice » coïncidant avec l'amplitude de l'exercice de ce pouvoir ; et dès lors que l'une est l'autre répondent à des impératifs différents.

Définie comme une **aptitude**, la compétence n'est donc pas équipollente à la notion de pouvoir, prérogative juridique. En effet, elle en est soit le préalable soit le complément nécessaire mais en tout état de cause, elle ne se confond pas avec lui. Reste à vérifier que l'autonomie de la notion de compétence, qu'elle soit de jouissance ou d'exercice, est toujours pertinente au stade de sa qualification.

2. L'autonomie de la notion de compétence au stade de sa qualification

157. Les causes de l'incertitude de l'autonomie de la notion de compétence. – Deux sources majeures à l'incertitude de l'autonomie de la notion de compétence vis-à-vis de celle de pouvoir peuvent être identifiées. La première source de confusion provient de certains auteurs qui n'assimilent pas incompetence et dépassement de pouvoir. Ainsi, ils affirment qu'« une personne qui passe un acte [...] sans avoir la qualité réelle ou apparente [de chargé de fonction] n'a pas la compétence d'intervenir pour le compte d'autrui » tandis qu'« au contraire, si l'auteur de l'acte peut justifier de sa qualité [de chargé de fonction], mais qu'il est établi qu'en intervenant pour le compte d'autrui il a excédé la limite des pouvoirs reconnus, il y a non incompetence, mais seulement dépassement de pouvoirs »⁹³⁸. Pourtant, dans les deux cas de figure, il convient de parler d'incompétence, en accord avec la majorité de la doctrine⁹³⁹.

La seconde source de confusion découle de ce qu'au titre de la limitation des pouvoirs, il est parfois évoqué l'intérêt du bénéficiaire de la fonction ; ainsi, dans le domaine du droit des

être accomplis par le tuteur (articles 503 et 504 du Code civil), ceux qui doivent être assortis d'une autorisation du conseil de famille ou du juge (articles 505 à 508 du Code civil) et ceux qui ne peuvent être accomplis par le tuteur (article 509 du Code civil).

⁹³⁷ V. l'emploi de cette terminologie, par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°525. Une terminologie plus neutre est parfois usitée qui renvoie aux « incompatibilités ou interdictions » (M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 1994, n°477 ; P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 13^e éd. 2009, n°379 et 380) ou encore aux « déchéances » (P. MERLE, *op. cit.*, n°380).

⁹³⁸ M. STORCK, *op. cit.*, n°224 p.168.

⁹³⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 24^{ème} éd., 2011, n°280.2 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures) ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994, n°257 ; P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2009, n°195.

sociétés, la violation de l'intérêt social est invoquée au même titre que le dépassement de l'objet social ou la violation d'une clause statutaire limitative de pouvoirs⁹⁴⁰. Pourtant, si les deux dernières actions conduisent à une situation d'incompétence, la première relève davantage du détournement de pouvoir. Dès lors, il convient de rappeler les critères de qualification de la compétence et du pouvoir afin de percevoir l'autonomie de chacune vis-à-vis de l'autre.

158. Autonomie de la notion de compétence fondée sur ses critères de qualification. – Compétences et pouvoirs coexistent continuellement dans les mains du chargé de fonction, à tel point qu'il peut paraître vain de les distinguer. La compétence et les pouvoirs apparaissent au même moment et il est tentant de dire qu'ils disparaissent tout aussi simultanément. Cependant, les deux « prérogatives » répondent à des problématiques différentes : alors qu'il est question de qualifier la compétence du chargé de fonction, il conviendra de s'assurer d'une part que l'individu revêt bien la qualité de chargé de fonction (compétence de jouissance) et d'autre part que l'acte est autorisé par la source de la fonction (contrat de travail, statut de la personne morale, etc). Toute considération pour l'intérêt du bénéficiaire de la fonction serait hors sujet. Ainsi, si le dirigeant social n'est pas compétent pour conclure un acte peu importe que ledit acte soit établi au bénéfice de la société ; par principe cet acte sera inopposable à cette société bien qu'elle lui soit bénéfique⁹⁴¹. L'existence de dispositions légales en faveur des tiers ne modifie que partiellement la démonstration : certes, dans ce cas, l'acte sera opposable à la société (sauf si le tiers est de mauvaise foi⁹⁴²) mais la question de l'intérêt de la société reste étrangère au débat.

A l'inverse, il ne sera question de la violation de l'intérêt social que si le mandataire dirigeant était effectivement compétent pour agir⁹⁴³. Dans ce cas, l'acte sera soumis à la vérification de son caractère altruiste c'est-à-dire à la vérification de sa conformité avec l'intérêt de la société. Cela se traduira par l'examen des motivations du mandataire dirigeant, étant entendu que tous les actes objectivement sans intérêt pour la société ne constituent pas des violations du caractère altruiste⁹⁴⁴.

En somme, les situations d'incompétence renvoient à des *dépassements de pouvoirs* tandis que les violations de l'intérêt du bénéficiaire de la fonction relèvent du *détournement de pouvoir*. La dichotomie n'est pas étrangère à celle qui s'est établie à l'égard du droit subjectif entre dépassement du droit et abus de droit. Les critères d'appréciation sont en outre analogues qui

⁹⁴⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°283.

⁹⁴¹ C'est le cas pour toutes les sociétés à risque illimité (en ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°281).

⁹⁴² Article L. 225-56 du Code de commerce (en cas de dépassement de l'objet social). La limite n'est pas prévue s'agissant des clauses statutaires limitatives de pouvoirs.

⁹⁴³ En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 24^{ème} éd., 2011 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures), n° 279 et 280.3.

⁹⁴⁴ Sur la possibilité pour l'agent de se tromper sur la portée des actes qu'il accomplit en étant animé d'une intention altruiste, V. *infra* n°304.

s'appuient respectivement sur la source du droit/pouvoir d'une part et sur le mobile de l'agent d'autre part. Reste que dans ce dernier cas de figure, il sera superfétatoire de rechercher une intention de nuire, dès lors que l'acte est accompli dans un intérêt autre que celui du bénéficiaire de la fonction. De plus longs développements devront être consacrés à ces considérations, mais parce qu'ils traitent davantage de la définition de la faute de fonction que de son cadre, ils seront abordés ultérieurement⁹⁴⁵.

159. Conclusion de la section 1. – Les prémisses de la démarche déductive ont guidé l'élaboration d'un cadre ordonné autour de la notion de **fonction**. L'usage récurrent de la terminologie par la doctrine et l'intérêt qu'elle a suscité chez les auteurs classiques et contemporains ont pu laisser à penser que son exposé relèverait de la compilation d'informations, d'un exercice de synthèse. C'est pourtant à une véritable élaboration qu'il a fallu se livrer ici. Une telle démarche était délicate et ne postulait pas le succès qu'elle a finalement reçu. Elle a en effet permis le dévoilement de la double dimension du cadre fonctionnel.

La première dimension renvoie à une situation qualifiée de fonctionnelle car elle s'ordonne autour de la notion de fonction. Cette situation met donc en scène deux agents, dont l'un est dit « chargé de la fonction » tandis que l'autre est le « bénéficiaire de la fonction ». Cette configuration est justifiée par les trois caractéristiques principales de la fonction qu'il convient d'admettre comme une catégorie juridique *sui generis* renvoyant tant à un poste de service qu'à un titre ou à une qualité. Il y a fonction lorsque l'agent titulaire de celle-ci doit agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien (caractère altruiste de la fonction) ; la fonction a un caractère permanent ; enfin elle est légitime comme procédant d'une source de droit. Si ces conditions sont respectées, les deux agents en présence sont placés dans une situation fonctionnelle.

Il a ainsi pu être vérifié que les cas de figure qui étaient instinctivement qualifiés de fonctions remplissaient parfaitement les trois critères de qualification découverts. Ainsi préposition, mandat social, tutelle ou parentalité sont bien des fonctions. Outre qu'ils permettent une qualification facile des fonctions, les critères découverts assurent également avec efficacité la discrimination de toute autre situation tangente mais non équivalente telle que l'activité de l'entrepreneur par exemple. En somme, ces critères de qualification justifient l'élaboration d'une « nouvelle » catégorie juridique qui correspond à des situations concrètes singulières n'appartenant jusqu'ici à aucune catégorie juridique idoine. Ces critères déterminent enfin la figure des prérogatives fonctionnelles octroyées afin de remplir la fonction.

La seconde dimension du cadre fonctionnel est donc celle des prérogatives fonctionnelles. Dans de nombreuses hypothèses de fonction, celles-ci renvoient *a priori* à une notion désormais bien connue du droit privé : celle de pouvoir. L'examen de ces prérogatives

⁹⁴⁵ V. *infra* n°286 et s.

fonctionnelles devait donc s'en trouver facilité par l'abondante et pertinente doctrine s'étant penchée sur son élaboration. Pourtant, l'analyse des pouvoirs par le prisme de l'activité fonctionnelle a révélé quelques insuffisances passées inaperçues lorsque la prérogative était envisagée en dehors de toute fonction. Il s'agissait notamment de résoudre l'équation suivante : si une situation fonctionnelle suppose l'accomplissement d'actes matériels, que par ailleurs toute activité fonctionnelle donne lieu à l'octroi de prérogatives juridiques, que la seule prérogative juridique compatible avec le caractère altruiste des activités fonctionnelles est le pouvoir, alors la situation fonctionnelle requérant l'accomplissement d'actes matériels à titre principal doit octroyer des pouvoirs à cette fin. Autrement dit, celui qui accomplit des actes matériels pour le compte d'autrui exerce pour cela des pouvoirs. Or, les pouvoirs étaient, jusqu'ici, réservés à l'accomplissement d'une activité juridique décisionnelle. Une nouvelle analyse du concept d'empiètement sur la sphère juridique d'autrui semble alors avoir permis la résolution de l'équation précitée, autorisant par là même l'homogénéité du cadre fonctionnel *via* l'homogénéité de la nature des prérogatives mises en action⁹⁴⁶.

Quelques éclaircissements étaient en outre nécessaires face à l'existence en doctrine d'un raccourci selon lequel le chargé de fonction exercerait des compétences. Ce raccourci est peu propice à la compréhension du phénomène puisqu'il conduit à douter de la nature des prérogatives mises en œuvre : s'agit-il de pouvoirs ou de compétences ? L'examen des pouvoirs par le prisme de l'activité fonctionnelle a résolu la question en mettant en lumière toute la portée du caractère amphibologique de la notion de pouvoir et en permettant consécutivement des développements inédits sur la notion de compétence. Il a permis de comprendre que le chargé de fonction, lorsqu'il accomplit son obligation, met bien en œuvre des pouvoirs mais que ces pouvoirs sont encadrés par des règles de compétence. Les compétences ont donc pour objet de circonscrire le pouvoir à l'intérieur de limites objectives déterminées par la source dudit pouvoir. Répondant à deux problématiques différentes, respectivement celle du possible détournement de pouvoir et celle du possible dépassement de pouvoir, les pouvoirs et les compétences apparaissent dès lors notionnellement autonomes. Les deux notions sont cependant fonctionnellement indissociables, veillant chacune à leur niveau au respect de l'accomplissement correct de la fonction.

Bref, la seconde dimension du cadre fonctionnel est elle-même complexe puisque supposant la mise en œuvre de deux attributs indissociables mais distincts, le pouvoir et la compétence. Tout comme la première dimension, elle est toutefois remarquablement homogène puisqu'elle s'applique uniformément à l'ensemble des fonctions. Au-delà de cette homogénéité, il est cependant possible d'isoler des situations fonctionnelles par typologie, bref de déterminer des cadres fonctionnels spécifiques.

⁹⁴⁶ Il n'est pas disconvenu en effet que l'amplitude du pouvoir exercé à fin d'accomplissement d'actes matériels n'a rien de commun avec l'amplitude du pouvoir exercé à fin d'élaboration d'actes juridiques.

Section 2.

Un cadre fonctionnel déterminé

160. Nécessité d'affiner le cadre fonctionnel. – Les développements précédents ont permis de mettre l'accent sur l'homogénéité de la notion de fonction. Au-delà de leurs points communs, les fonctions parentale, tutélaire, syndicale, patronale et salariale pourraient-elles être ventilées au sein de catégories plus étroites ? Mieux, ces classifications pourraient-elles rendre compte de l'environnement juridique de la faute de fonction restreint aux préposé et mandataire dirigeant – environnement qui avait inductivement été révélé ? L'intuition doctrinale selon laquelle chacun de ces agents agissent pour le compte d'une entreprise⁹⁴⁷ pourra-t-elle être vérifiée ?

Il convient donc de tenter des recoupements ou classifications parmi les différentes fonctions évoquées. La découverte de classifications opérantes (§ 1.) conduira ensuite à s'interroger sur la possibilité d'identifier le cadre fonctionnel recherché à l'entreprise (§ 2.).

§ 1. Les classifications opérantes

161. Fondements des classifications. – De nombreuses classifications sont susceptibles d'être proposées tant le champ fonctionnel est varié. Cependant certaines classifications semblent spécialement opérantes en droit de la responsabilité, champ privilégié de l'étude. C'est à ce titre que seront évoquées en priorité les classifications fondées sur le caractère légitime de la fonction (A.) et sur la finalité de la fonction (B.).

A. La classification fondée sur la légitimité de la fonction

162. Situations de fait. – L'étude des caractères fonctionnels a débouché sur la problématique des situations de fait⁹⁴⁸. A l'issue de l'exposé du droit positif, il avait été convenu de la possibilité d'assimiler de manière toute relative les situations de fait aux situations légitimes correspondantes. C'est pourquoi, si les situations de fait pouvaient recevoir la qualification fonctionnelle, ce n'était que pour que leur soient appliquées les dispositions contraignantes à l'exclusion des dispositions conciliantes. Cet état du droit positif ayant été

⁹⁴⁷ V. *supra* n°14.

⁹⁴⁸ V. *supra* n°132.

justifié⁹⁴⁹, la classification entre les fonctions de fait et les fonctions de droit peut être reprise ici, avec les limites qui lui ont été attribuées⁹⁵⁰.

D'un point de vue prospectif, et s'agissant de la fonction de préposé, il est également question de distinguer la fonction salariale des autres fonctions de préposé, la distinction induisant des règles de responsabilité différentes⁹⁵¹. Bien qu'en apparence, la distinction s'appuie sur la nature du titre à l'origine de la fonction, la raison d'être de ce traitement différencié réside essentiellement sur « la volonté d'imputer à l'entreprise la charge des dommages causés par son activité, en s'inspirant de la notion de risque-profit »⁹⁵².

Une fois l'opposition entre les situations de fait et les situations de droit dépassée, la portée de cette classification semble donc assez limitée comme étant plutôt la manifestation d'autres classifications. Il faut alors de se pencher sur ces autres classifications.

B. La classification fondée sur la finalité de la fonction

163. Classification bipartite. – Cette seconde classification repose sur la cause subjective⁹⁵³ de la fonction. Il s'agit de découvrir à quelle fin la fonction a été instituée. A cet égard, il semble possible de distinguer deux types de fonction : les fonctions de protection et les fonctions d'expansion. A l'exposé de cette distinction (1.) succèdera celui des échos qu'elle reçoit en droit positif (2.).

1. Exposé de la classification

164. Les fonctions de protection. – Cette première catégorie renvoie aux fonctions qui ont été mises en place pour protéger le bénéficiaire de la fonction de son immaturité, de son incurie, de son intempérance, bref de son incapacité à agir raisonnablement pour son compte : ce sont les fonctions parentales ou tutélaires. Certains auteurs se demandent si la protection est réellement assurée par ces fonctions, l'incapacité juridique dont ces agents fragiles sont frappés, leur semblant plus à même de remplir cet objectif⁹⁵⁴. Il est cependant permis de penser qu'elle n'est jamais suffisante à la protection des plus faibles, puisque cette incapacité est toujours couplée avec la mise en place de ces fonctions visant à encadrer l'activité de l'agent

⁹⁴⁹ V. *supra* n°132 et *infra* n°506 et s.

⁹⁵⁰ V. *supra* n°132.

⁹⁵¹ A. OUTIN-ADAM, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.157.

⁹⁵² A. OUTIN-ADAM, *op. cit.*, p.160.

⁹⁵³ Il est fait emprunt à la matière contractuelle pour cette notion. Le concept renvoie alors « aux raisons personnelles qui sont à l'origine », « aux motifs » de la fonction (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n°264). – Sur la distinction entre cause objective et cause subjective, V. par exemple, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°254 et s.

⁹⁵⁴ L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 212, 1990, n°29.

protégé⁹⁵⁵. Ces auteurs, à l'instar de nombreux autres⁹⁵⁶, conviennent d'ailleurs quand même que la tutelle et l'administration légale (fonction parentale patrimoniale) sont des « institutions conçues dans l'intérêt de l'enfant ». Le propos peut vraisemblablement être étendu à la tutelle des majeurs.

165. Les fonctions d'expansion. – La seconde catégorie renvoie aux fonctions qui ont été mises en place pour accroître l'efficacité de l'activité du bénéficiaire de la fonction : cette catégorie est constituée par les fonctions du préposé, les fonctions patronales, et le cas échéant, les fonctions des mandataire et commissionnaire.

Une partie de la doctrine s'est clairement prononcée en ce sens à propos de la fonction du préposé⁹⁵⁷, faisant cependant une distinction entre les préposés, selon que leur activité a « pour objet de satisfaire la commodité habituelle du commettant, c'est-à-dire pratiquement son service domestique, ou selon qu'elle est orientée vers un but spéculatif d'exploitation professionnelle »⁹⁵⁸. L'auteur fait découler de cette distinction, une différence de régime de responsabilité, cette dernière devant être plus rigoureuse à l'encontre de l'exploitant professionnel qu'à l'encontre du particulier⁹⁵⁹. Elle note toutefois que le droit positif ignore cette distinction, tendance confirmée par le droit prospectif. Des différents travaux parlementaires, il ressort en effet l'engagement de la responsabilité civile du commettant sans qu'il soit fait état de la distinction entre le travail domestique et le travail spéculatif⁹⁶⁰. Bien plus, certaines propositions visent même à « conférer une démarche de responsabilité identique à celle existante dans la relation des commettants du fait de leurs préposés [...] lorsqu'il est exercé une activité indépendante entre donneur d'ordre et traitant, dans la limite d'un chiffre d'affaires annuel égal au seuil fixé par le régime fiscal de la micro-entreprise »⁹⁶¹. La proposition entend s'inscrire pleinement dans le domaine de compétence du Chèque Emploi Service Universel, spécialement utilisé pour les services « domestiques ». Travail domestique

⁹⁵⁵ D'autres auteurs considèrent que la tutelle est un « remède à l'incapacité » (J. CARBONNIER, *Droit civil. I. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, n°93). La thèse peut sans doute être défendue s'agissant de l'accomplissement des actes juridiques par les parents et tuteurs, assimilable à un mécanisme de représentation. Les tuteurs et parents ont cependant d'autres missions extrapatrimoniales, à l'égard desquelles il est permis de ne pas admettre qu'elles sont des remèdes à l'incapacité.

⁹⁵⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°298 et 320 ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^{ème} éd., 2011, n°1458, p.611 (mineur) ; B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 13^{ème} éd., 2011, n°239 et s.

⁹⁵⁷ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°318.

⁹⁵⁸ *Ibidem*.

⁹⁵⁹ *Ibidem*.

⁹⁶⁰ Certains projets restent tout à fait laconiques en ne visant que « commettant » et « préposé », à l'instar de l'actuel article 1384 alinéa 5 du Code civil (*Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* présentée par M. Laurent BÉTEILLE, article 1386-10 ; *avant-projet de réforme du droit des obligations* Réforme Catala, article 1359). D'autres travaux distinguent en revanche les commettants employeurs des autres commettants, soumettant les premiers à un régime plus sévère (A. OUTIN-ADAM, *op. cit.*, p.158).

⁹⁶¹ Proposition faite par M. François HUREL, délégué général de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, dans un rapport intitulé « En faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant », [http://www.economie.gouv.fr/fonds_documentaire/archives/dossiersdepreste/rap_hurel/rap_hurel080110.pdf], spé. p.45.

et travail spéculatif recevraient ici encore un traitement identique, ruinant l'économie de la distinction proposée par cette doctrine.

La distinction proposée peut en outre être dépassée par la ventilation de l'activité du préposé parmi les fonctions d'expansion : son activité a en effet pour finalité de d'accroître l'efficacité de l'activité du bénéficiaire de la fonction. Cette ventilation pourrait être contestée par le droit positif puisque la fonction salariale⁹⁶² est encadrée par le droit du travail qui, parce qu'il vise à protéger le salarié, c'est-à-dire à limiter ou compenser l'inégalité socio-économique inhérente à une économie capitaliste et à la subordination salariale, est d'ordre public⁹⁶³. A cet égard, la fonction salariale paraît appartenir davantage à la catégorie des fonctions de protection. Ce serait cependant confondre le statut du salarié et la fonction salariale : la fonction salariale est bien créée (à l'initiative de l'employeur) pour augmenter ses capacités productives⁹⁶⁴. Le droit du travail prend alors acte de cette situation inégalitaire pour conférer un statut protecteur au salarié. En tout état de cause, la classification entre les fonctions de protection et les fonctions d'expansion s'opère sur la personne du **bénéficiaire** de la fonction, non de son **titulaire**. La démonstration de la protection du titulaire est donc inopérante.

La fonction patronale suscite également quelques difficultés. La fonction patronale-employeur⁹⁶⁵ relève bien de la catégorie des fonctions d'expansion puisque la création de cette fonction est *ipso facto* provoquée par la création de la fonction salariale. La fonction patronale-chef d'entreprise découle également de la volonté d'accroître l'efficacité du bénéficiaire de la fonction. Ainsi, la création de la fonction de dirigeant de société découle directement de la volonté des associés d'inscrire leur activité dans le cadre d'une structure (la société) leur permettant d'accroître leur rendement.

La classification proposée semble donc conceptuellement viable. Elle reçoit en outre quelques échos en droit positif.

⁹⁶² La fonction salariale renvoie à la fonction légitime de préposé.

⁹⁶³ F. GAUDU, *L'ordre public en droit du travail in Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p.363.

⁹⁶⁴ Il est vrai que les mobiles des agents sont souvent plus complexes. Ainsi, il n'est pas rare que des associés « naturels » préfèrent renoncer à leur association pour protéger l'un d'eux en créant une fonction subordonnée. La fonction salariale est alors créée dans l'unique but de conférer une protection sociale au titulaire de la fonction.

Le recours récurrent à la sous-traitance est également à même de modifier le schéma. Depuis quelques années les entreprises ont en effet de plus en plus recours à des sous-traitants en lieu et place d'employés... Opter pour l'engagement d'employés peut alors être le signe de la volonté de protéger ses « collaborateurs ».

⁹⁶⁵ Sur la distinction entre le patron-employeur et le patron-entrepreneur, V. *supra*, n° 121.

2. Les échos de la classification en droit positif

166. Double implications. – Sans qu’il soit nécessaire de recenser toutes les implications de cette classification dans le droit positif, il est possible d’en valider la légitimité à partir de deux indicateurs : les sources des fonctions (**a.**) et les règles de responsabilité (**b.**).

a. Les sources des fonctions

167. Dualité de sources. – Le premier volet de la question des sources concernait la problématique de l’origine factuelle ou légitime de la fonction⁹⁶⁶. Le second volet concernera la nature du titre ayant présidé à la création de la fonction. A cet égard, la situation est duelle : alors que les fonctions de protection sont d’origine non conventionnelle, les fonctions d’expansion sont principalement d’origine conventionnelle.

168. Sources des fonctions de protection. – La fonction de protection prend généralement sa source dans un titre étranger à la volonté individuelle. Il pourra s’agir d’une disposition légale et/ou d’une décision judiciaire⁹⁶⁷. Dans ces situations précises, la fonction est le plus souvent imposée tant à son bénéficiaire qu’à son titulaire⁹⁶⁸. Le contenu de l’activité fonctionnelle sera également déterminé par la loi ou la décision judiciaire à l’instar des prérogatives octroyées.

Cette spécificité ne doit pas surprendre puisque l’objectif de ces fonctions est de protéger certains agents jugés fragiles. Elle a été légèrement atténuée par la loi du 5 mars 2007 ayant introduit le mandat de protection future⁹⁶⁹ : c’est ainsi qu’au côté de la classique protection judiciaire existe dorénavant une protection contractuelle des majeurs⁹⁷⁰.

169. Sources des fonctions d’expansion. – Les fonctions d’expansion, au contraire, découlent en général d’une initiative personnelle du bénéficiaire de la fonction ou de l’initiative conjointe du bénéficiaire et du titulaire de la fonction. Dès lors, elles sont principalement d’origine conventionnelle, la convention ayant pour but de déterminer l’objet de l’activité fonctionnelle⁹⁷¹. Les deux exemples les plus topiques de ces fonctions conventionnelles étant les deux cas de figure ayant motivé l’étude de la faute de fonction : les

⁹⁶⁶ V. *supra* n°132 et 162 – Pour davantage de développements sur ce point, V. également *infra* n°506 et s.

⁹⁶⁷ Les parents d’un mineur pourront se prononcer sur l’identité du tuteur de leur enfant, par voie testamentaire (article 403 du Code civil) ; cela ne constitue cependant pas une exception car cette initiative n’est pas à l’origine de la fonction, elle-même mais seulement du choix de son titulaire.

⁹⁶⁸ V. *supra* n°130.

⁹⁶⁹ Articles 477 à 494 du Code civil.

⁹⁷⁰ B. TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 13^{ème} éd., 2011, n°637.

⁹⁷¹ L’accord de volonté portera corrélativement sur l’octroi de prérogatives fonctionnelles nécessaires à l’exécution de l’activité (V. *supra* n°130).

fonctions du préposé et les fonctions du mandataire social⁹⁷². Dans la première situation, le commettant-employeur est à l'origine de l'existence même de la fonction salariale⁹⁷³. Il en définit les contours et octroie au salarié les moyens d'effectuer sa fonction. L'affirmation semble cependant aller à l'encontre du droit positif. La Cour de cassation affirme, en effet, que « l'existence d'une relation de travail (d'un contrat de travail) ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs⁹⁷⁴ ». La fonction salariale apparaît à cet égard appartenir davantage à la catégorie des fonctions créées par une source non conventionnelle. Ce serait cependant confondre à nouveau le statut salarial et la fonction salariale : la fonction salariale est bien créée à l'initiative de l'employeur. Le droit du travail prend acte de cette situation juridiquement et factuellement⁹⁷⁵ inégalitaire pour conférer de manière plus ou moins autoritaire un statut protecteur au salarié. Lorsque la Cour de cassation affirme que l'existence d'une relation de travail ne dépend pas de la volonté des parties, elle ne nie pas que les parties soient à l'origine de la relation fonctionnelle ; elle précise simplement qu'elles n'en sont pas totalement maîtresses : la qualification de la fonction notamment est indisponible⁹⁷⁶. Une certaine analogie existe de ce point de vue entre la fonction de préposé et la fonction de mandataire social.

Dans cette seconde situation, et même si la fonction du mandataire social est prévue et réglementée par la loi⁹⁷⁷, ce sont bien les associés mandants qui confient la fonction à un agent. La loi laisse par ailleurs une certaine marge de liberté quant à la définition des contours de la fonction aux associés mandants⁹⁷⁸, en leur réservant la possibilité de réglementer la fonction de manière personnalisée dans les statuts de la société⁹⁷⁹. Plus encore, ce sont bien les associés mandants qui sont certainement quoiqu'indirectement à l'origine de la fonction. En effet, la fonction du mandataire social découle du choix opéré par les associés mandants de former un groupement, lequel implique l'établissement de fonctions.

⁹⁷² Sur le caractère conventionnel du lien entre le mandataire social et les membres de la personne morale, V. *supra* n°66.

⁹⁷³ Il est donc corrélativement à l'origine de la fonction patronale.

⁹⁷⁴ Soc. 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p.228, note A. JEAMMAUD.

⁹⁷⁵ J.-P. LABORDE, *La considération de fait par le droit* in *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, 1995, p.277.

⁹⁷⁶ Cette indisponibilité résulte de la combinaison de l'article 12 du Code de procédure civile et de la règle selon laquelle la volonté des parties est « impuissante à soustraire des travailleurs au **statut** social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche » (AP, 4 mars 1983, D. 1983, p.381, concl. J. CABANNES). – En ce sens, J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012, n°203.

⁹⁷⁷ La compétence de jouissance des administrateurs de société est réglementée *a minima* par la loi (V. par exemple les conditions tenant à l'âge ou au cumul de fonction, V. *supra* n°156).

⁹⁷⁸ La situation n'est pas homogène et dépend de la forme de la société puisque la compétence du gérant de SARL est quasi exclusivement réglementée par les statuts. Seule la qualité de personne physique est imposée par la loi (article L. 223-18 alinéa 1^{er} du Code de commerce).

⁹⁷⁹ Sur ce point, V. *supra* n°156.

Enfin, le cas échant, les activités du mandataire ou du commissionnaire relèveront également d'une fonction conventionnelle puisque leurs activités fonctionnelles tireront leur caractère obligatoire du contrat conclu entre eux et le bénéficiaire de la fonction.

La classification bipartite fondée sur le critère de la finalité de la fonction est donc confirmée par la dualité de ses sources. Elle peut également recevoir confirmation lors de l'examen de certaines règles de responsabilité.

b. Les règles de responsabilité

170. Impacts de la classification bipartite. – Dans un optique de systématisation, il est possible de relever deux différences notables : d'abord, l'identité de celui sur lequel pèse la responsabilité des fautes commises lors de la fonction ; ensuite, le rôle de la faute de la fonction dans ces responsabilités.

171. Poids de la responsabilité. – En premier lieu, tandis que le droit positif se prononce en faveur d'une responsabilité accrue du **titulaire** de la fonction dans le cadre des fonctions de protection, il s'oriente plus volontiers vers l'affirmation de la responsabilité du **bénéficiaire** de la fonction dans le cadre des fonctions d'expansion.

172. Responsabilité et fonction de protection. – Il est de notoriété publique que, face à l'inquiétude fondée de malversations commises au détriment des majeurs protégés⁹⁸⁰, la loi du 5 mars 2007 a renforcé le système de responsabilité encourue par les organes de protection. Les articles 412 et 421 du Code civil rappellent ainsi que « tous les organes⁹⁸¹ de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions ». Engagent donc leur responsabilité toutes leurs erreurs, négligences ou malversations au titre de leur obligation générale à une gestion diligente⁹⁸². La possibilité que leur soient également reprochées de nombreuses omissions⁹⁸³ est également le signe d'une sévérité accrue à leur égard. Bien plus, l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles à un acte du tuteur se révélant dommageable n'opèrerait pas de « purge » lorsqu'elle serait la conséquence d'une requête mal agencée⁹⁸⁴. Certains auteurs redoutent, même, compte tenu de l'orientation prise par le droit positif, que le traitement judiciaire des erreurs d'opportunité consacre une obligation de résultat à la charge du tuteur⁹⁸⁵. Enfin, les tuteurs sont amenés à répondre non seulement de leur fait personnel mais également

⁹⁸⁰ T. FOSSIER, M. BAUER, E. VALLAS-LENERZ, *Les tutelles, Accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF, coll. Actions sociales/Référence, 5^{ème} éd., 2011, fiche n°38.

⁹⁸¹ A ce titre sont également visés les services judiciaires : juge des tutelles, greffiers, etc.

⁹⁸² Article 496 alinéa 2 du Code civil.

⁹⁸³ V. l'énumération proposée par T. FOSSIER, M. BAUER, E. VALLAZ-LENERZ, *op. cit.*, p.333.

⁹⁸⁴ T. FOSSIER, M. BAUER, E. VALLAZ-LENERZ, *op. cit.*, p.332-333.

⁹⁸⁵ T. FOSSIER, M. BAUER, E. VALLAZ-LENERZ, *op. cit.*, p.332.

du fait de leur pupille. La solution est à l'heure actuelle cantonnée à la seule tutelle du mineur⁹⁸⁶, cependant que le fondement employé, l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, pourrait justifier l'extension de la solution à la tutelle des majeurs⁹⁸⁷.

Les fonctions parentales donnent lieu à un régime de responsabilité similaire. Dans le cadre de l'administration légale, ils répondent solidairement de tout acte personnel ayant causé un préjudice à l'enfant⁹⁸⁸ tandis que pèse sur eux une responsabilité de plein droit du fait dommageable (même non fautif) de leur enfant mineur⁹⁸⁹.

La finalité protectrice des fonctions de protection transparaît donc dans le régime de responsabilité auquel elles donnent lieu. Il existe en effet une corrélation logique entre l'étendue de la protection du bénéficiaire de la fonction et la sévérité du régime de responsabilité supporté par le titulaire de la fonction⁹⁹⁰.

173. Responsabilité et fonctions d'expansion⁹⁹¹. – A l'égard des fonctions d'expansion, les règles de responsabilité sont moins unifiées que précédemment. De nombreux indices convergent cependant vers le renforcement de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction. L'article 1384 alinéa 5 du Code civil prévoit ainsi la responsabilité du commettant du fait de ses préposés tandis que la jurisprudence a consacré la responsabilité délictuelle de la personne morale par les faits de ses mandataires sociaux⁹⁹². Dans ces deux situations, le renforcement de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction s'est accompagné d'un allègement de la responsabilité du titulaire de la fonction, se traduisant par l'élévation du fait générateur de sa responsabilité et/ou par l'impossibilité pour les tiers de rechercher sa responsabilité⁹⁹³.

Les solutions retenues en présence de fonctions d'expansion sont donc radicalement opposées à celles qui président en matière de fonctions de protection. Cette opposition se traduit également quant au rôle joué par le cadre fonctionnel.

⁹⁸⁶ Crim. 28 mars 2000, RTD civ. 2000, p.545, note J. HAUSER, RJPF, 2000, n°7-8, p.19, note F. CHABAS ; Civ. 2, 7 octobre 2004, D. 2005 p.819, note M. HUYETTE, RTD civ. 2005, p.102, note J. HAUSER – *Contra*, lorsque le pupille est majeur : Civ. 2, 25 février 1998, D. 1998, p.315, concl. R. KESSOUS ; RTD civ. 98, p.345, J. HAUSER ; JCP 98, II, 10149, note G. VINEY.

⁹⁸⁷ En ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006, n°789-17 – *Contra*, F. CHABAS, note sous Crim. 28 mars 2000, réf. préc.

⁹⁸⁸ Article 389-7 du Code civil.

⁹⁸⁹ Article 1384 alinéa 4 du Code civil, prévoyant la responsabilité des parents du fait de leur enfant ; arrêt *Bertrand* ayant consacré la responsabilité de plein droit des parents : Civ. 2, 19 février 1997, D. 1997, p.265, note P. JOURDAIN ; JCP 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; arrêt *Levert* ayant admis cette responsabilité pour le fait même non fautif de l'enfant : Civ. 2, 10 mai 2001, D. 2001, p.2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND ; JCP 2001, II, 10613, note J. MOULY ; solution confirmée en Assemblée plénière : AP 13 décembre 2002, D. 2003, p.231, note P. JOURDAIN ; JCP 2003, II, 10010, note HERVIO-LELONG.

⁹⁹⁰ Ainsi, l'article 421 du Code civil prévoit que le curateur n'engage sa responsabilité qu'en cas de dol ou de faute lourde.

Suivant cette logique, les partisans d'une responsabilité du tuteur du fait du pupille rejettent cette possibilité lorsqu'il est question du curateur (G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°789-17), rejoignant la position de la jurisprudence (Civ. 2, 29 mars 2006, B. n°96).

⁹⁹¹ V. *infra* n°381 et s.

⁹⁹² V. *infra* n°205 et 552.

⁹⁹³ V. *infra* n°381 et s. pour de plus amples développements.

174. Rôle du lien fonctionnel. – Alors que dans le régime des fonctions de protection, le cadre fonctionnel agit sur la seule caractérisation du fait générateur de responsabilité⁹⁹⁴ ; dans le régime des fonctions d'expansion, le cadre fonctionnel est amené à jouer un double rôle : il agit sur la caractérisation du fait générateur et il sous-tend l'imputation de ce fait générateur⁹⁹⁵.

175. Spécificité de la fonction patronale. – Cette fonction d'expansion reçoit cependant un sort un peu singulier, car **distributif**. Tandis que les règles de responsabilité civile sont sensibles à la finalité de la fonction, les règles de responsabilité pénale sont plus réceptives à l'activité exercée. Ainsi seules les fonctions d'expansion de direction connaissent une imputation dérogatoire en droit pénal⁹⁹⁶.

176. Conclusion. – Cette dernière classification semble posséder plusieurs vertus : d'abord, elle rejoint en partie le cadre induit de la faute de fonction. Ce faisant, et forte d'une assise conceptuelle, elle solidifie les choix de la jurisprudence. Ensuite, elle est susceptible d'orienter la recherche vers un cadre fonctionnel particulier, la question se posant de savoir si les fonctions d'expansion ne renvoient pas au cadre de l'entreprise. C'est ce qu'il convient de vérifier à présent.

§ 2. Le cadre fonctionnel de l'entreprise

177. Proposition doctrinale. – La catégorie des fonctions d'expansion a été individualisée par la finalité productiviste qu'elle poursuit : accroître l'efficacité du bénéficiaire de la fonction. Il n'est dès lors pas incongru de tenter de rapprocher cette finalité de celle qui est généralement conférée à l'entreprise, dans le langage courant à tout le moins. Serait-il possible d'isoler une catégorie de situations fonctionnelles à partir du cadre de l'entreprise, laquelle serait le lieu d'établissement des fonctions d'expansion ?

Quelques analyses doctrinales semblent aller en ce sens car elles mènent indirectement à interroger le cadre de la faute de fonction à l'aune de la notion d'entreprise⁹⁹⁷. Pour qui recherche un cadre unifié à la faute de fonction, la suggestion est alléchante ; elle est loin,

⁹⁹⁴ Le titulaire de la fonction, en outrepassant ses fonctions, a-t-il commis une faute ?

⁹⁹⁵ Sur ces deux points, V. *infra* n°545, 568 et s., 643 et s.

⁹⁹⁶ V. *infra* n°707 et s.

⁹⁹⁷ Lorsque le professeur Gilles AUZERO envisage « l'entreprise [nous soulignons] seule et définitivement responsable du fait des personnes agissant pour son compte » c'est pour inclure dans sa démonstration dirigeants et préposés (*L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. Aff. 1998, p.502, spé. p.506). – Adde, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°790 : dans ce manuel, la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé et celle de la personne morale pour le fait de ses dirigeants sont traitées conjointement sous l'idée d'association à l'activité d'autrui et plus particulièrement à l'entreprise d'autrui ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°452 et 463 – V. également les références à l'entreprise dans les commentaires d'arrêts relatifs à l'immunité du préposé : note de N. PIERRE sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°4 ; J. MOULY, JCP 2009, n°28, p.18, spé. p.19.

cependant, d'apaiser la faim du lecteur qui recherche également un cadre circonscrit pour la faute de fonction car aucune définition de l'entreprise n'est proposée⁹⁹⁸. Puisque le droit positif donne également quelques signes en faveur de l'entreprise comme cadre de la faute de fonction⁹⁹⁹, il convient de se pencher plus avant sur cette notion d'entreprise.

178. Identification du « lien d'entreprise »¹⁰⁰⁰. – A supposer que puisse être circonscrite la notion d'entreprise, elle resterait insuffisante à offrir un cadre tant qu'un critère d'appartenance à l'entreprise n'aura pas été trouvé. Il convient donc de proposer une substance au lien qui unit l'auteur de la faute à l'entreprise, ceci devant permettre une discrimination efficace entre toutes les personnes susceptibles d'entretenir avec l'entreprise des liens juridiques.

C'est pourquoi pour se prononcer sur la viabilité de l'entreprise comme situation fonctionnelle spécifique, deux étapes doivent être respectées : la première qui consiste à prendre parti sur la définition de l'entreprise (A.), la seconde qui incite à se prononcer sur la substance du « lien d'entreprise » (B.).

A. La définition de l'entreprise

179. L'entreprise, une notion difficile à définir. – La notion d'entreprise a fait l'objet de nombreuses études doctrinales depuis le milieu du XX^e siècle. Pourtant, elle reste extrêmement difficile à appréhender et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, si l'entreprise semble aujourd'hui une catégorie juridique admise par le droit positif, elle n'a donné lieu à aucune définition légale¹⁰⁰¹. Certes la jurisprudence (nationale) et le droit positif communautaire ont donné des indications précieuses sur ce qu'il fallait entendre par « entreprise » mais la démarche reste essentiellement fonctionnelle, ce dont il résulte une modification constante de la notion en fonction de l'usage qui en est fait¹⁰⁰². Le même constat peut être fait, ensuite, à l'issue de l'étude de la doctrine afférant à la notion¹⁰⁰³. La difficulté y est même accrue par

⁹⁹⁸ Préc. Il est vrai que les auteurs ne travaillent pas alors sur l'élaboration d'un cadre pour la faute de fonction. Il pourrait être prudemment avancé que l'invocation de l'entreprise serait plus instinctive que construite.

⁹⁹⁹ Il est notamment remarquable que seul le lien de préposition de droit ait à ce jour fait l'objet de l'application de la faute de fonction. V. *supra* n°80.

¹⁰⁰⁰ L'expression est tirée du titre d'un article : *Le lien d'entreprise*, A. BRUN, JCP 1962, I, 1719.

¹⁰⁰¹ Ainsi en est-il en droit social, où l'entreprise est visée par les textes (notamment les articles L. 1234-10 et L. 1224-1 du Code du travail).

¹⁰⁰² Sur ce point, V. L. IDOT, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001, p.191, spé n°5 et 6 – Adde, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n°119 p.267 : « Réunirait-on tous les textes où l'expression a été employée par le législateur, on ne serait pas beaucoup plus avancé pour donner une définition juridique, car le législateur use du mot quand il lui est commode de le faire, sans se soucier de l'employer toujours dans le même sens. ». Il est aussi frappant d'apprendre que la question de la notion d'entreprise est aujourd'hui reléguée au second rang des préoccupations de la doctrine tandis que l'accent est mis sur ses finalités ou son organisation (N. CATALA, *Droit du travail, L'entreprise*, Dalloz, 1980, n°1).

¹⁰⁰³ Pour un constat en ce sens, V. G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise in Dix ans de droit de l'entreprise*, T.7, Lib. Tech., 1978, p.599, spé. note n°4 p.601.

l'orientation diverse des auteurs qui choisissent tantôt de se concentrer sur la notion d'entreprise elle-même, tantôt de faire surgir la notion de l'étude d'une autre catégorie juridique¹⁰⁰⁴. De surcroît, certains auteurs opèrent une confusion entre l'entreprise et la société, ce qui peut obscurcir la matière pour qui désire se pencher précisément sur l'entreprise. Entreprise et société ne doivent pas être assimilées¹⁰⁰⁵ : l'entreprise est une réalité différente de la société, qui n'en est que l'élément capitaliste¹⁰⁰⁶ ou qu'une forme juridique possible¹⁰⁰⁷. Enfin, l'ultime difficulté, et sans doute la plus irréductible, provient de la détermination de la réalité que l'on entend habiller juridiquement. Il y a en effet grand peine à dire ce qu'est « en réalité » l'entreprise : dans un premier temps, s'agit-il d'un bien¹⁰⁰⁸, d'une activité¹⁰⁰⁹ ou d'une organisation¹⁰¹⁰ ? Dans un second temps, que veut-on désigner par la terminologie d'entreprise ? Doctrines commercialiste et travailliste s'opposent sur ce point : alors que la première s'intéresse à une « entreprise économique », unité de production, la seconde se focalise sur une « entreprise sociale », collectivité humaine.

Le choix parmi toutes ces conceptions ne sera pas ici guidé par une analyse conceptuelle de ce que devrait être une entreprise, la tâche exigeant un approfondissement que la présente étude n'autorise pas. L'objectif affiché étant de découvrir une situation fonctionnelle spécifique, il convient de retenir la conception la moins incompatible avec la définition proposée de la situation fonctionnelle. De là, deux observations s'imposent : premièrement, la notion d'entreprise qui pourrait en découler sera nécessairement fonctionnelle. Deuxièmement, le cadre de la faute de fonction ne saurait être constitué par un bien¹⁰¹¹. Dans un premier temps, sont donc retenues comme possibles l'entreprise conçue comme une activité ou comme une organisation. Dans un second temps, il apparaît cependant que l'entreprise est majoritairement conçue comme une organisation¹⁰¹² dont l'activité spécifique permet son identification¹⁰¹³. En outre, une organisation offre une assise plus circonscrite qu'une activité au cadre de la faute de

¹⁰⁰⁴ Par exemple, J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 18, Sirey, 1967.

¹⁰⁰⁵ V. notamment, G. RIPERT (*op. cit.*), M. DESPAX (*op. cit.*), J. PAILLUSSEAU (*op. cit.*).

¹⁰⁰⁶ G. RIPERT, *op. cit.*, p.280 et s.

¹⁰⁰⁷ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, spé. p.62 et s. – *Adde* sur les autres formes juridiques que pourrait adopter l'entreprise, V.Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques*, RTD com. 1968, p.907.

¹⁰⁰⁸ Certaines dispositions légales se comprennent dans ce sens, par exemple l'article 831 du Code civil prévoit l'attribution préférentielle de l'entreprise lors du partage successoral.

¹⁰⁰⁹ C'est en ce sens qu'est entendu le terme « entreprise » dans le contrat d'entreprise (article 1792 du Code civil.) – V. également les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce.

¹⁰¹⁰ De nombreux travaux vont dans ce dernier sens ; c'est évidemment le cas des partisans de l'entreprise-institution. Ils sont toutefois rejoints par une doctrine hostile à cette analyse institutionnelle (V. *infra* n°180).

¹⁰¹¹ V. *supra* n°104 et s.

¹⁰¹² La terminologie employée varie d'un auteur à un autre : organisation, unité de production, groupement de personnes, etc.

¹⁰¹³ Il est en effet remarqué que l'intérêt de la doctrine se concentre sur l'entreprise-organisation sans que toutefois l'entreprise-activité disparaisse de l'analyse (en ce sens, J. PAGES, *De l'irréductible et incontournable entreprise* in *Prospectives du droit économique. Dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.79, spé p.86 et s.)

fonction. Finalement, l'entreprise sera donc envisagée comme une organisation spécifique à son activité¹⁰¹⁴.

Ainsi ébauchée, la notion d'entreprise semble prête à constituer un cadre pour la faute de fonction. Elle doit cependant faire l'objet de raffinements supplémentaires pour constituer une catégorie juridique efficiente. Des critères ont donc été avancés par la doctrine pour circonscrire la notion ; critères qui diffèrent selon qu'ils ont été élaborés *via* une analyse institutionnelle ou une analyse plus matérielle de l'entreprise. Aujourd'hui, il est admis par de nombreux auteurs que ces deux analyses ne se valent pas et que les critères les plus pertinents pour l'identification de l'entreprise découlent plutôt d'une analyse matérielle. Il convient donc d'expliquer pourquoi l'approche institutionnelle de l'entreprise sera rejetée (1.) tandis que les approches matérielles de l'entreprise seront retenues (2.).

1. Le rejet de l'approche institutionnelle de l'entreprise

180. Détermination des critères institutionnels. – L'une des premières définitions juridiques de l'entreprise doit être créditée sur le compte de P. DURAND¹⁰¹⁵, lequel adhérerait ostensiblement à la théorie de l'institution élaborée par le doyen HAURIOU¹⁰¹⁶ puisqu'il affirme que la théorie de l'entreprise permettra de « préciser, dans un cas concret, le concept de l'institution »¹⁰¹⁷.

Selon la doctrine de P. DURAND, l'entreprise est constituée d'un ensemble d'éléments humains (hiérarchisés) et de moyens matériels regroupés en vue de l'action économique ; l'ensemble formant une universalité de fait. A la tête des éléments humains se trouve le chef d'entreprise disposant de pouvoirs internes qu'il doit orienter vers le bien commun. La main d'œuvre ou le personnel est également un organe de l'entreprise concourant à la réalisation d'une fin commune.

En somme, on retrouve ici les trois éléments caractéristiques de l'institution que sont : une œuvre à réaliser dans un groupe social, un pouvoir organisé au service de cette œuvre et enfin une communion des membres du groupe sur l'œuvre et sa réalisation. Ce dernier élément constitue le point nodal de la théorie de l'institution puisqu'il met l'accent sur l'existence d'une fin commune dictant l'intérêt de l'institution, intérêt supérieur et transcendant des intérêts particuliers des membres du groupe¹⁰¹⁸.

Ces critères étant caractéristiques de la théorie institutionnelle, ils peuvent être qualifiés de critères institutionnels. Pourtant, ils sont assez proches de ceux qui seront par la suite élaborés

¹⁰¹⁴ Le terme d'institution est ici volontairement écarté. La lecture institutionnelle de l'entreprise sera en effet explicitement rejetée plus loin, *infra* n°181.

¹⁰¹⁵ *Rapport de M. Paul DURAND in La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T.III, 1947, p.45.

¹⁰¹⁶ Pour une bibliographie non exhaustive, V. *supra* note de bas de page n°332 sous n°59.

¹⁰¹⁷ P. DURAND, *op. cit.*, p.49.

¹⁰¹⁸ Sur l'application de la théorie de l'institution à la société, V. *supra* n°59.

par les auteurs qui voient l'entreprise non comme une institution mais comme un « sujet de droit naissant »¹⁰¹⁹ ou comme la finalité de la société¹⁰²⁰. En effet, l'entreprise est alors définie respectivement comme une « unité économique de production, un ensemble de biens et de personnes affectés à un but commun de production »¹⁰²¹ ou comme « une organisation groupant différents facteurs, humains et matériels, et ayant pour objet la production ou la distribution de biens ou de services destinés à être vendus »¹⁰²² c'est-à-dire affectés à une activité économique, à un *but*¹⁰²³.

Ces trois doctrines, bien que distinctes, convergent vers les critères institutionnels précédemment déterminés. Une telle convergence se conçoit aisément entre les partisans de l'entreprise-institution et ceux de l'entreprise « sujet de droit naissant » car même si ces derniers rejettent la théorie de l'institution en raison de son imprécision¹⁰²⁴, ils s'accordent sur une conception de l'entreprise conçue comme un groupement humain¹⁰²⁵. Ce qui est frappant c'est que cette convergence se retrouve également parmi les partisans de l'école de Rennes¹⁰²⁶ qui adoptent une démarche d'objectivation de l'entreprise consistant à détacher l'entreprise de la réunion des apporteurs de capitaux pour la rattacher à une activité économique. Il semble pourtant indéniable que, même selon cette approche, l'entreprise se caractérise par l'activité poursuivie par un groupement (élargi à tous les participants à l'activité et non plus seulement aux associés), une organisation hiérarchisée de ce groupement¹⁰²⁷, par l'existence d'un centre de décision et enfin par une communion des participants dont l'intérêt se fonde dans l'intérêt supérieur de l'entreprise. L'ensemble de ces auteurs insistent lourdement sur cet intérêt supérieur dont ils font un instrument privilégié de résolution des conflits d'intérêts entre les détenteurs du capital, les salariés voire les créanciers de l'entreprise. Pour l'école de Rennes, l'intérêt de l'entreprise détermine également le contenu de la notion d'intérêt social puisque la société est la structure juridique adéquate de l'entreprise conçue comme une structure économique¹⁰²⁸. L'intérêt de l'entreprise (et le cas échéant l'intérêt social) est une zone de convergence des intérêts catégoriels présents dans l'entreprise : ceux des associés, des salariés, etc.

¹⁰¹⁹ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 1, 1957, n°391.

¹⁰²⁰ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 18, 1967.

¹⁰²¹ G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l'entreprise* in *Dix ans de droit de l'entreprise*, T.7, Lib. Tech.1978, p.599, spé p.604.

¹⁰²² J. PAILLUSSEAU, *op.cit.*, p.67.

¹⁰²³ Nous soulignons.

¹⁰²⁴ M. DESPAX, *op. cit.*, n°338 et s.

¹⁰²⁵ Les conditions de l'acquisition de la personnalité morale, remplies selon cette doctrine, par l'entreprise sont celles de la théorie de la réalité technique (V. *supra* n°58 et s.) : le groupement doit avoir un intérêt distinct de ses membres et une organisation

¹⁰²⁶ V. essentiellement, J. PAILLUSSEAU, *préc.*

¹⁰²⁷ Les termes d' « organisme » (J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p.65 par exemple) ou de « cellule » (*op. cit.*, p.68 notamment) ou de « centre » (*op. cit.*, p.76) renvoient à l'idée d'organisation, de groupement.

¹⁰²⁸ Le professeur J. PAILLUSSEAU semble se prononcer en ce sens lorsqu'il affirme que « [...] l'intérêt social semble près de se confondre avec l'intérêt de l'entreprise [...] » (*op. cit.*, p.198)

181. Critiques des critères institutionnels. – Ces propositions ont reçu un accueil mitigé. Tandis qu’elles ont parfois fait l’objet d’une adhésion certaine quant à la définition de l’intérêt social¹⁰²⁹ ou qu’elles sont louées quant à l’appréhension novatrice de l’entreprise vue comme une organisation, un microcosme social¹⁰³⁰, elles font par ailleurs l’objet de diverses et sévères critiques.

Ainsi, pour certains auteurs, la nature juridique de l’entreprise est loin d’avoir été découverte de façon satisfaisante. L’universalité de fait dont il est fait mention n’emporte pas la conviction de la doctrine qui note qu’une « telle qualification ne répond à aucune donnée juridique. On ne saurait se contenter du fait quand on cherche le droit »¹⁰³¹. La critique n’est pas insurmontable puisque dès lors qu’une universalité de fait peut connaître d’un régime spécifique, elle devient une catégorie juridique *sui generis* efficace¹⁰³².

En revanche, la dénonciation du critère tenant à l’existence d’une communion des membres du groupe et d’un intérêt supérieur de l’entreprise semble parfaitement recevable.

D’abord, l’usage qui est fait de ce critère par l’école de Rennes peut être rejeté : il a été vu que l’intérêt social ne saurait être un intérêt distinct de celui des *associés*¹⁰³³, ce qui est en contradiction avec l’admission de l’intérêt de l’entreprise comme intérêt social. De plus, une partie de la doctrine¹⁰³⁴ a noté que la manipulation de ce critère conduit à opérer une confusion entre trois notions distinctes que sont l’objet social, le but social et l’intérêt social. D’ordinaire, le but social correspond à la recherche d’un profit¹⁰³⁵, l’objet social correspond au type d’activités de la société¹⁰³⁶ et l’intérêt social se définit par référence au but du contrat de société, c’est donc l’enrichissement par la réalisation de l’objet social¹⁰³⁷. Dans l’optique de l’école de Rennes, l’intérêt de l’entreprise réside tout entier dans la poursuite du but de

¹⁰²⁹ En ce sens, le rapport VIENOT (Rapport conjoint du CNPF et de l’AFEP sur le Conseil d’administration des sociétés cotées, éd. ETP, juillet 1995) définit l’intérêt social comme « [...] l’intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c’est-à-dire de l’entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles des actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d’assurer la prospérité et la continuité de l’entreprise [...] » (définition proposée par P. BISSARA). – V. également de cet auteur sur le sujet, P. BISSARA, *L’intérêt social*, Rev. sociétés 1999, p.5.

¹⁰³⁰ Ainsi G. et A. LYON-CAEN qui signent un brûlot contre la « doctrine » de l’entreprise (*op.cit.*), reconnaissent que les travaux de P. DURAND ont, à juste titre, mis en exergue la consistance organique de l’entreprise (*Précis de droit du travail*, Dalloz, 1963, n°95).

¹⁰³¹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951 n°121.

¹⁰³² Ainsi en est-il du fonds de commerce.

¹⁰³³ V. *supra* n°59.

¹⁰³⁴ G. et A. LYON-CAEN, *La « doctrine » de l’entreprise* in *Dix ans de droit de l’entreprise*, T.7, Lib. Tech., 1978, p.599 spé. p.614 et s.

¹⁰³⁵ Il en est ainsi puisque l’article 1832 du Code civil dispose que la société est instituée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter ». Ce but est plutôt envisagé comme une *cause* de la société par certains auteurs (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°113).

¹⁰³⁶ Cet objet n’est pas défini par la loi qui se contente d’exiger sa licéité (article 1833).

¹⁰³⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°393.

l'entreprise¹⁰³⁸ ce qui n'est pas faire état de la conception retenue par le droit positif pour déterminer l'intérêt social. De surcroît, le but de l'entreprise ne serait pas nécessairement la poursuite d'un profit mais plutôt la prospérité de l'entreprise¹⁰³⁹ ce qui conduit cette fois à confondre le but social et l'objet social. La confusion est donc fermement dénoncée comme privant le juge d'outils techniques pour limiter les pouvoirs des dirigeants sociaux¹⁰⁴⁰.

Ensuite, l'existence même d'un intérêt supérieur et commun à tous les membres de l'entreprise ne semble pas refléter les réalités de celle-ci : l'harmonie ainsi établie entre l'intérêt des différentes catégories de personnes constituant l'entreprise relèverait d'une « mystification inconsciente ou consciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts »¹⁰⁴¹. La constatation objective de l'hétérogénéité et de l'incompatibilité des intérêts catégoriels en présence¹⁰⁴² explique que l'entreprise soit aujourd'hui, en France, moins un lieu de communion qu'un lieu d'affrontement des forces de travail contre celles de capital¹⁰⁴³. La description de la situation fonctionnelle du salarié ne dit pas autre chose puisqu'elle met en exergue que les forces de travail doivent agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du leur. Il y aurait donc quelque contradiction à admettre que l'entreprise peut constituer le lieu d'établissement de situations fonctionnelles tout en affirmant que ce qui définit l'entreprise est l'existence d'un intérêt commun.

Enfin, cette notion d'intérêt d'entreprise n'est pas consacrée par le droit positif : les partisans de l'école de Rennes ont cru voir sa consécration dans l'arrêt *Fruehauf*¹⁰⁴⁴ qui faisait primer les intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains actionnaires pourtant majoritaires. La solution peut toutefois être comprise sans le recours à l'intérêt de l'entreprise¹⁰⁴⁵ et la terminologie est absente de la motivation des juges. L'arrêt ne consacre donc pas l'intérêt de l'entreprise. A l'inverse, d'autres jurisprudences font expressément référence à l'intérêt de l'entreprise¹⁰⁴⁶ sans pour autant entériner la proposition d'y voir une

¹⁰³⁸ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p.82 et s.

¹⁰³⁹ Ainsi toutes les catégories de personnes participant à l'entreprise partageraient ce but car cela permettrait aux actionnaires d'engranger des gains et aux personnels de conserver leur emploi et leur salaire (J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p.82 et s.).

¹⁰⁴⁰ G. et A. LYON-CAEN, *op. cit.*, p.617.

¹⁰⁴¹ G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1954.

¹⁰⁴² N. CATALA, *Droit du travail, L'entreprise*, Dalloz, 1980, n°144 et s.

¹⁰⁴³ Afin de nuancer cette critique, il a pu être avancé, à juste titre, que s'il existait bien une solidarité objective entre tous les individus associés à l'entreprise, celle-ci ne permettrait que la caractérisation d'une *collectivité* ; pour que celle-ci forme une véritable *communauté*, il conviendrait de relever une conscience de cette solidarité, conscience qui n'existe pas (J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1991, p.165).

¹⁰⁴⁴ CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 *bis*, concl. P. NEPVEU ; R. CONTIN, « L'arrêt FRUEHAUF-France et le droit des sociétés », D. 1968, p. 45.

¹⁰⁴⁵ Certains commentateurs évoquent un manque d'assise juridique et un fondement géopolitique (P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 379, 2002, n°147 spé p.137).

¹⁰⁴⁶ Par exemple, Soc. 9 mai 1990, B. n°210 ; Soc. 15 mai 1991, Dr. Soc. 1991 p.619, rapp. P. WACQUET, concl. P. FRANCK, spé. p.624, 1^{er} arrêt.

zone de convergence des intérêts catégoriels en présence. Tout au plus, les juges opèrent alors une conciliation voire un arbitrage entre des intérêts divergents, souvent entre ceux de l'employeur et ceux des salariés. Mais, l'observation minutieuse de ces décisions conduit plutôt à admettre que l'intérêt de l'entreprise n'est jamais défini comme un standard juridique par le juge. Sa démarche est tout autre, celle de considérer (à juste titre) que les pouvoirs du chef d'entreprise sont limités par l'intérêt de l'entreprise. Qu'ainsi, lorsqu'une décision est prise par lui dans un intérêt autre (son intérêt personnel ou l'intérêt d'un tiers), elle contrevient donc à l'intérêt de l'entreprise. Il n'est nullement question de l'appréciation de l'opportunité de la décision au regard de l'intérêt de l'entreprise mais d'un contrôle portant sur les mobiles du preneur de décision¹⁰⁴⁷.

Il est donc sans doute plus prudent de rejeter cette approche institutionnelle de l'entreprise car elle repose sur une communauté d'intérêt peu compatible avec les situations fonctionnelles dont elle doit susciter l'établissement. Cependant, cette approche est incontestablement intéressante en ce qu'elle s'appuie également sur le critère d'une œuvre à réaliser en commun et d'une organisation. A cet égard, elle a pu inspirer une approche plus matérielle de l'entreprise.

2. L'admission de l'approche matérielle de l'entreprise

182. Portée de l'analyse matérielle de l'entreprise. – L'époque récente a vu naître une conception radicalement nouvelle de l'entreprise dans la jurisprudence et dans la doctrine : elle ne désignerait « [...] qu'une activité économique [...] »¹⁰⁴⁸ à laquelle sont dédiés des moyens matériels et humains.

Cette conception remet-elle en cause l'idée que l'entreprise a une consistance organique ? *A priori* non, puisque cette proposition s'accorde assez bien avec certains textes légaux dans lesquels le terme d'entreprise peut tout aussi bien renvoyer à un organisme qu'à une activité. Ainsi l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier qui a donné lieu à la jurisprudence précitée peut faire l'objet des deux lectures¹⁰⁴⁹. Il est en revanche plus difficile d'envisager l'entreprise comme une activité lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail régleme le sort du « personnel de l'entreprise », à moins d'admettre qu'une activité puisse détenir un personnel. Va également dans ce sens la doctrine qui considère que l'entreprise est une activité

¹⁰⁴⁷ En ce sens, G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise* in *Les orientations sociales du droit contemporain. Mélanges Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p.144.

¹⁰⁴⁸ Civ. 1, 12 mars 2002, D. 2002, p.1199, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2002, p.498, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

¹⁰⁴⁹ L'article dispose que « les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise [...] sont tenus [...] de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts [...] »

et que l'entité relève de sa structure juridique¹⁰⁵⁰. En effet, tout en considérant que le personnel fait partie de l'entreprise, cette doctrine considère que la société est la structure juridique adéquate de l'entreprise. Le personnel, qui n'appartient pas à cette entité juridique¹⁰⁵¹, appartient pourtant à une structure globale permettant de réaliser l'activité économique¹⁰⁵². Si le personnel fait partie de la structure globale permettant de mettre en œuvre une activité et que, dans le même temps, il ne fait pas partie de la société (entité juridique choisie par cette doctrine), c'est que cette dernière ne saurait absorber totalement l'entreprise.

Bref, l'apport de cette analyse matérielle est triple. D'abord, elle permet de définir ce que pourrait être l'entreprise conçue comme une activité. Ensuite elle permet de qualifier un groupement d'entreprise à partir du constat que ce groupement poursuit une activité spécifique¹⁰⁵³. Enfin, elle facilite le rapprochement de l'entreprise-activité et de l'entreprise-organisme en élevant l'activité spécifique au rang d'élément fédérateur. Ainsi, elle remédie, dans une certaine mesure, aux dissensions qui pourraient naître de l'ambivalence de certaines réglementations visant dans certaines dispositions, l'activité et dans d'autres, un organisme. De ce point de vue, toutefois, l'analyse matérielle ne fait pas de miracle : la démarche fonctionnelle adoptée pour définir l'entreprise n'est guère propice à l'homogénéité de la notion.

183. Démarche fonctionnelle et réalités de l'entreprise. – Dans de nombreuses disciplines, la définition de l'entreprise est un préalable nécessaire à l'application d'une norme. C'est ainsi le cas en droit du travail¹⁰⁵⁴, en droit fiscal¹⁰⁵⁵, ou plus largement en droit de l'Union européenne. Chacune de ces disciplines a donc mis au point certains critères permettant de reconnaître l'entreprise, lieu d'application de la norme. Toutefois elles appréhendent toutes l'entreprise par un biais différent, propre à leur objectif normatif respectif. Ainsi, le droit social visant à offrir une protection aux travailleurs subordonnés perçoit l'entreprise comme une réalité sociale. Le droit de la concurrence visant en revanche à garantir l'exercice loyal d'une activité économique perçoit l'entreprise comme une réalité purement économique. Il en résulte la mise au point de critères de définition différents, parfois inconciliables, toujours fonctionnels c'est-à-dire contingents à ce qu'on veut faire produire à la notion d'entreprise. Malgré des tentatives de rapprochements, l'entreprise offre donc irrémédiablement un visage double dont il convient d'évaluer la pertinence au regard de la

¹⁰⁵⁰ C'est le postulat du professeur J. PAILLUSSEAU qui voit dans la société la structure juridique adéquate (J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 18, 1967).

¹⁰⁵¹ Les salariés ne font pas partie du contrat de société car la plupart du temps, ils ne sont pas associés.

¹⁰⁵² Pour un opinion appuyée en ce sens, V. P. DIDIER, *Esquisse de la notion d'entreprise in Mélanges offerts à M. le professeur P. VOIRIN*, LGDJ, 1966, p.209, spé. p.212.

¹⁰⁵³ En se détachant des notions d'intérêt et de but commun, elle tourne ainsi le dos à l'analyse institutionnelle.

¹⁰⁵⁴ V. notamment l'application des articles L. 1234-10 et L. 1224-1 du Code du travail.

¹⁰⁵⁵ Articles 39 novodécies, 44 quaterdecies, 1599 quater A, 1599 quinquies B, etc du Code général des impôts.

recherche d'un cadre pour l'établissement des fonctions d'expansion : celui d'une réalité économique (a.) et celui d'une réalité sociale (b.).

a. Les critères issus de la réalité économique de l'entreprise

184. L'entreprise, une réalité économique. – Dire que l'entreprise doit être envisagée comme une réalité économique ne suffit pas. Les critères élaborés pour définir cette réalité diffèrent en effet en fonction de la conception que l'on adopte de l'entreprise. Il ne saurait être question de recenser ici l'ensemble des définitions économiques. En effet, les difficultés rencontrées par les économistes¹⁰⁵⁶ recouvre un caractère insurmontable pour le juriste peu averti en la matière. On peut néanmoins, à l'instar de quelques juristes pionniers, retracer deux courants principaux. Le premier courant propose une définition restrictive de l'entreprise en ce que celle-ci ne peut être que « capitaliste ». Autrement dit, l'entreprise se caractérise d'une part, par le recours à une main d'œuvre sans lien avec le capital et d'autre part, par un mobile lucratif¹⁰⁵⁷. Le second courant conçoit l'entreprise de façon plus extensive : elle renvoie à « toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services. L'entreprise est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique. »¹⁰⁵⁸. Dans cette conception, le mobile lucratif et la distinction entre travailleurs et apporteurs de capital ont disparu.

La doctrine juridique est plus ou moins partagée sur la question : certains se prononcent clairement pour l'inutilité du mobile lucratif¹⁰⁵⁹ ; d'autres auteurs considèrent au contraire que l'entreprise est d'essence capitaliste et qu'à ce titre, elle recherche nécessairement le profit¹⁰⁶⁰. Enfin, on a pu affirmer que l'entreprise non capitaliste, elle-même, pouvait sans contradiction poursuivre un mobile lucratif. Le profit serait, en effet, souvent indispensable à la poursuite d'une activité économique, voire d'une activité quelconque. La différence entre une entreprise capitaliste et une entreprise non capitaliste tiendrait alors à la destination du profit, rémunération des capitaux pour la première, autre fin pour la seconde¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ F. PERROUX, *Cours d'économie politique*, T. II, Domat-Montchrestien, 4^e éd., 1944, p.2.

¹⁰⁵⁷ C'est le point de vue de A. MARCHAL (*Cours d'économie politique*, T.I, Librairie de Médecis, éd. M-Th. Génin, 1957, p.833) et F. PERROUX (*op. cit.* p.7) notamment. Ces économistes opèrent ainsi une distinction entre l'entreprise à but lucratif et l'exploitation, cellule de production économique à but non lucratif (F. PERROUX, *op. cit.* p.7).

¹⁰⁵⁸ H. TRUCHY, *Cours d'économie politique*, T.I, p.153 – Adde JAMES, *Les formes d'entreprises*, T. III du Traité d'économie politique de H. TRUCHY, Sirey, 1935, p.131.

¹⁰⁵⁹ M. DESPAX (*op. cit.* n°9 p.8) parce qu'il entend traiter des entreprises privées et publiques ; P. DIDIER (*Une définition de l'entreprise in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p.849, spé n°4) ; T. LAMARCHE (*La notion d'entreprise*, RTD com. 2006 p.709, spé. n°25) ; B. MERCADAL (*La notion d'entreprise in Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean DERRUPPE*, Litec, 1991, p.9, spé. p.14).

¹⁰⁶⁰ G. RIPERT, *op. cit.*, p.279

¹⁰⁶¹ E. ALFANDARI, *L'entreprise non capitaliste existe-t-elle encore en France ? in Prospective du droit économique : dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.17 spé. n°6

La conception économique de l'entreprise qui sera retenue doit être la plus extensive. En effet, ni la définition de la situation fonctionnelle, ni la spécificité des fonctions d'expansion ne justifient que l'entreprise soit restreinte à une organisation capitaliste. Ainsi, les préposés agiront dans un intérêt au moins partiellement distinct des leurs et ce, qu'ils agissent dans le cadre d'une association ou d'une société. La finalité de leurs fonctions est dans les deux cas d'accroître l'efficacité de l'activité, soit de l'association, soit de la société. D'ailleurs, la jurisprudence de la faute de fonction ne distingue pas non plus les deux cadres, ni à l'égard des dirigeants¹⁰⁶², ni à l'égard des préposés. Cela étant dit, d'autres critères matériels ont été élaborés auxquels il convient de confronter la situation fonctionnelle d'expansion.

185. Le critère tenant à la structure de l'entreprise : un centre de décision autonome. – L'existence même d'une structure propre à l'entreprise est contestée par les partisans de l'analyse matérielle de la réalité économique de l'entreprise¹⁰⁶³. Elle ressort pourtant de certaines décisions jurisprudentielles européennes qui exigent pour caractériser une entreprise une « unité d'organisation »¹⁰⁶⁴ ainsi qu'en atteste une définition récurrente de l'entreprise issue de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes : l'entreprise serait « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique »¹⁰⁶⁵. Elle ressort également des propos de ceux-là mêmes qui en rejettent l'existence¹⁰⁶⁶.

Le malentendu provient certainement de ce que recouvre pour les uns et les autres ce critère. Pour les opposants à ce critère, renvoyer à l'existence d'une structure pour définir l'entreprise revient à fonder sa définition sur un mode de fonctionnement et une forme juridique précis, incompatibles avec la diversité des entités qui ont été qualifiées d'entreprises par la plupart des juridictions nationales et européennes¹⁰⁶⁷. Cet argument doit être retenu en ce qu'il condamne l'enfermement de la notion d'entreprise dans des formes juridiques connues du droit français¹⁰⁶⁸ mais inadaptées à rendre compte du phénomène dans son entier. Il semble en revanche fallacieux d'opposer cette opinion avec celle de ceux qui perçoivent dans l'entreprise une organisation. Certains de ceux qui affirment que l'entreprise est une « unité d'organisation » le font en effet avec toute la mesure nécessaire à un consensus. A cette fin, ils adoptent une conception très large de l'organisation puisque celle-ci est d'une part innommée et d'autre part constituée à partir de l'existence d'une seule personne physique¹⁰⁶⁹. Cette

¹⁰⁶² Applications aux dirigeants d'association : Civ. 2, 19 février 1997 (B. n°53) et 7 octobre 2004 (B. n°439) – application au dirigeant d'un syndicat : Soc. 9 avril 1975, B. n°174 ; RTD civ. 1976, p.137, obs. G. DURRY.

¹⁰⁶³ T. LAMARCHE, *op. cit.*, spé n°21

¹⁰⁶⁴ L. IDOT, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001, p.191, spé. n°18 et s.

¹⁰⁶⁵ CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, aff. C-13/95, Rec. I, p.1259

¹⁰⁶⁶ T. LAMARCHE évoque souvent l'entreprise comme une « entité » (*op. cit.*, n°21).

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁸ Par exemple, la société anonyme.

¹⁰⁶⁹ L. IDOT, *op. cit.*, n°19.

conception large de l'organisation rejoint dès lors la notion d' « entité » fréquemment utilisée par les partisans de l'analyse matérielle et par la jurisprudence¹⁰⁷⁰.

Une fois acquise la conviction que l'entreprise suppose une « unité d'organisation », il convient d'exiger que celle-ci soit dotée d'un pouvoir de décision autonome¹⁰⁷¹. Ce critère va permettre d'individualiser les entreprises. Cette individualisation est rendue nécessaire pour faire une application correcte du droit de la concurrence par exemple. Ainsi, la qualification d'accords ou de pratiques concertées sera écartée lorsque ces manœuvres interviennent entre une société mère et ses filiales qui, parce qu'elles ne sont pas autonomes, s'agrègent à la société mère pour ne former qu'une seule entreprise¹⁰⁷². Dans ce cas, l'autonomie décisionnelle (ici son absence) permet de distinguer sous l'apparence de la multiplicité de sociétés, l'unicité de l'entreprise¹⁰⁷³. Ce critère d'individualisation permet, à l'inverse, de passer outre une apparence d'unicité pour reconnaître une multitude d'entreprises. Le contentieux fiscal fait ainsi usage du critère pour imposer à titre distinct les « démembrements » de sociétés, même non dotés de la personnalité morale, parce que ceux-ci sont suffisamment autonomes pour être qualifiés d'entreprise.

Le critère tenant à l'existence d'un centre de décision autonome est retenu par la plupart des juridictions : ainsi le Conseil d'Etat a pu refuser de reconnaître une entreprise dans une société qui n'avait pas choisi son activité et qui l'exerçait pour le compte d'une autre¹⁰⁷⁴. Les outils utilisés dans le contentieux fiscal que sont l'établissement stable, le représentant permanent ou le cycle complet d'exploitation sont également élaborés à partir du concept d'autonomie décisionnelle¹⁰⁷⁵.

186. Le critère tenant à l'objet de l'entreprise : une activité économique. – Très tôt dans l'étude de la notion d'entreprise, l'objet de l'entreprise était identifié comme étant une activité économique¹⁰⁷⁶. Jurisprudences nationales¹⁰⁷⁷ et européennes s'accordent sur ce point

¹⁰⁷⁰ CJCE, 23 avril 1991, aff. C. 41/90, Rec. p.I-1979 : l'entreprise est « toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement, qui exerce une activité économique ». – V. sur ce sujet, *supra* n°182.

¹⁰⁷¹ Les partisans de l'analyse matérielle s'écartent ainsi résolument et parfois même expressément de l'analyse institutionnelle en rejetant le critère de l'intérêt commun (en ce sens, T. LAMARCHE, *op. cit.*, n°29 et s.).

¹⁰⁷² CJCE, 24 octobre 1996, *Viho c/ commission*, aff. C.73/95, Rec. p. I-5482.

¹⁰⁷³ Cette unicité semble être également prise en compte dans certains projets de réforme du droit de la responsabilité civile, qui proposent qu'une personne morale puisse être civilement responsable d'une autre personne morale (S. MESSAÏ-BAHRI, M. ROUSSILLE, *La responsabilité pour faute des personnes morales in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.119).

¹⁰⁷⁴ CE 29 janvier 1982, R. 41.

¹⁰⁷⁵ Est un établissement stable, une filiale qui dispose de l'indépendance et du pouvoir de s'engager pour elle-même (CE, sect., 20 juin 2003, *Sté Interhome AG*, req. n°224407). Pour être qualifié de représentant permanent, celui-ci doit bénéficier d'une indépendance suffisante (CE, 15 mai 1992, *Sté Basalt réfractaire*, req. n°70906). On parle de cycle complet d'exploitation lorsque les activités réalisées forment un tout cohérent détachable des activités de la société (CE, 14 mars 1979, R. 117).

¹⁰⁷⁶ V. dans ce sens : *Rapport de M. Paul DURAND in La notion juridique de l'entreprise*, Les Travaux de l'Association Henri Capitant, T.III, 1947, p.45, spé. p.51 où est évoquée « l'action économique » de l'entreprise ;

puisqu'à plusieurs reprises la Cour de Justice des Communautés Européennes a défini l'entreprise comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique »¹⁰⁷⁸. Restait à déterminer ce qu'il fallait entendre par « activité économique ». Jurisprudences européennes et réflexions doctrinales récentes ont permis de cerner ce concept en proposant respectivement une définition négative et une définition positive de l'activité économique.

La Cour de Justice a précisé les contours de la notion en la distinguant des activités administratives et sociales. Ainsi, la gestion et le contrôle de l'espace aérien constituent des activités administratives¹⁰⁷⁹ parce qu'ils supposent l'exercice de prérogatives de puissance publique (dont le droit de l'Union européenne adopte une conception restrictive, quasiment limitée à l'exercice de fonctions régaliennes). Par ailleurs, la gestion de régimes de base de la sécurité sociale est une activité sociale¹⁰⁸⁰ tandis que celle de régimes complémentaires fondés sur un système de capitalisation est une activité économique¹⁰⁸¹. Ces précisions ne sont pourtant pas à même d'épuiser la substance de l'activité économique. C'est pourquoi l'œuvre de définition a été poursuivie en adoptant une démarche positive.

Une activité économique c'est tout d'abord une activité qui consiste en une « répétition d'actes déterminés »¹⁰⁸². Elle se distingue d'une action isolée ou même de quelques actions, insuffisantes à constituer une véritable activité¹⁰⁸³. C'est pourquoi le bailleur d'immeuble¹⁰⁸⁴ ou l'auteur qui publie ses propres œuvres¹⁰⁸⁵ n'ont pas une activité économique.

Pour caractériser l'entreprise, cette activité doit être économique c'est-à-dire qu'elle doit consister dans la production de biens ou de services pour le marché¹⁰⁸⁶. De ceci résultent deux observations. D'abord, la référence au marché suppose que pour constituer une activité économique, la production ne doit pas avoir pour objectif la satisfaction des besoins des membres de l'entreprise¹⁰⁸⁷. Ensuite, le concept de production de biens ou de services est suffisamment large pour inclure dans les activités économiques non seulement les activités

M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 1, 1957 ; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1951.

¹⁰⁷⁷ Civ. 1, 12 mars 2002, *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ Arrêt *Süzen*, *op. cit.* – CJCE, 23 avril 1991, *op. cit.*

¹⁰⁷⁹ CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C. 364/92, Rec. p. I-43.

¹⁰⁸⁰ CJCE, 17 février 1993, *Poucet*, aff. C. 159 et 160-91, Rec. p. I-664.

¹⁰⁸¹ CJCE, 16 novembre 1995, *Féd. des sociétés d'assurance*, aff. C. 244/94, Rec. p. I-4013.

¹⁰⁸² B. MERCADAL, *La notion d'entreprise* in *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean DERRUPPE*, Litec 1991, p.9, spé. p.13.

¹⁰⁸³ T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p.709.

¹⁰⁸⁴ Crim. 15 octobre 1979, JCP 1979, IV, 378.

¹⁰⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 28 octobre 1969, RTD com. 1970, p.444.

¹⁰⁸⁶ G. LAMBERT, *Introduction à l'examen de la notion juridique de l'entreprise* in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, t.II, PUAM, 1979, p.77, spé. p.78 – B. MERCADAL, *op. cit.*, spé. p.13. – Cette définition est de surcroît compatible avec celle issue du « Système de comptabilité nationale » (Document approuvé en 1993 par une résolution du Conseil économique et social des Nations unies, publié par l'ONU, le FMI, l'OCDE, la Banque mondiale et la Commission de l'Union européenne) selon laquelle l'entreprise serait une « unité institutionnelle engagée dans une activité de production ».

¹⁰⁸⁷ C'est pourquoi l'exploitation par une famille d'une parcelle maraîchère ne saurait constituer une activité économique dès lors qu'elle vise à fournir cette famille en légumes.

commerciales mais aussi agricoles ou libérales. La Cour de cassation s'est d'ailleurs clairement prononcée en ce sens¹⁰⁸⁸. Finalement, l'activité économique se reconnaîtrait à l'existence d'un flux d'échanges de biens et de services¹⁰⁸⁹.

187. Réalité économique de l'entreprise et situation fonctionnelle. – Le premier critère tenant à l'existence d'une structure autonome n'apparaît pas incompatible avec les situations fonctionnelles précédemment décrites. Le second critère tenant à l'activité économique apparaît, dans un premier temps suffisamment large pour englober la majorité des situations fonctionnelles d'expansion. Toutefois, le critère n'est pas suffisamment large pour admettre que toutes les associations¹⁰⁹⁰ soient des entreprises. En effet, bien que certaines associations ne réalisent pas d'activité économique, elles répondent parfaitement à la finalité des fonctions d'expansion. Il y a ici hiatus car l'activité qu'il est question de rendre plus efficace n'est pas nécessairement économique¹⁰⁹¹. La jurisprudence semble donc plus sensible à la catégorie des fonctions d'expansion qu'à celle de l'entreprise économique car elle applique des règles de responsabilité identiques aux associations, syndicats et sociétés¹⁰⁹². Nonobstant, il serait prématuré d'affirmer que l'entreprise ne peut être le cadre de situations fonctionnelles spécifiques puisque seule la réalité économique à laquelle elle peut renvoyer a été explorée. L'entreprise entendue comme une réalité sociale s'avèrera peut être plus apte à jouer ce rôle.

b. Les critères issus de la réalité sociale de l'entreprise

188. Entreprise et droit social. – L'entreprise constituant le « cadre concret » des rapports de travail¹⁰⁹³, elle est l'objet privilégié quoique non exclusif de la législation sociale¹⁰⁹⁴. C'est le cas lorsqu'il est question de mettre en place les instruments de la représentation des salariés ou de mettre en place le comité d'entreprise qui fait participer les salariés à la gestion de l'entreprise¹⁰⁹⁵. Dès lors, il semble indispensable pour l'applicabilité de cette législation de définir ce qu'est l'entreprise.

¹⁰⁸⁸ Civ. 1, 12 mars 2002, p.1199 obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2002, p.498, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

¹⁰⁸⁹ T. LAMARCHE, *op. cit.*, spé n°26.

¹⁰⁹⁰ Certaines associations répondent parfaitement à ce critère puisque « l'interdiction de partager des bénéfices n'empêche pas d'exercer une activité rémunérée voire rentable » (M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°4, p.16 et ses références).

¹⁰⁹¹ Il en est ainsi pour les associations ou les syndicats.

¹⁰⁹² V. *supra* n°184, note de bas de page n°1062.

¹⁰⁹³ G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz, 1982, 11^{ème} éd., n°360 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures) ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1991, p.157.

¹⁰⁹⁴ Le droit du travail a pour objectif premier la protection des salariés dont l'identification est indifférente à l'existence d'une entreprise puisqu'elle se fonde sur la qualification d'un contrat de travail.

¹⁰⁹⁵ Article L. 2322-1 du Code du travail.

L'exercice n'est pas aisé car celle-ci a connu de nombreuses évolutions. Alors que le droit du travail s'est construit sur le modèle de la grande entreprise industrielle¹⁰⁹⁶, il a dû s'adapter à deux phénomènes contradictoires apparus sous l'ère postindustrielle : le morcellement de l'entreprise en plusieurs entités distinctes et le rassemblement de plusieurs entreprises formant un groupe. C'est pourquoi, le droit du travail adopte une « conception souple »¹⁰⁹⁷ de l'entreprise, dictée par la finalité de la législation sociale¹⁰⁹⁸ : l'appréhension et le contrôle au sein de l'entreprise des problèmes d'autorité et de pouvoirs. C'est pourquoi, lorsque la loi vise « l'entreprise », il peut être question en pratique d'un simple établissement issu du morcellement de l'entreprise ou d'une unité économique et sociale composée de plusieurs entités juridiquement autonomes. D'établissement distinct, il sera question lors de l'application des dispositions visant à maintenir les contrats de travail en dépit de la modification de la situation juridique de l'employeur, due à la cession de son « entreprise »¹⁰⁹⁹. A cette occasion, la Cour de cassation assimile en effet le transfert d'une entité économique autonome à la cession d'entreprise¹¹⁰⁰. D'établissement distinct, il sera également question dans le cadre de la représentation du personnel, notamment pour la création d'un comité d'entreprise. Sa mise en place est rendue obligatoire dans les « entreprises » de cinquante salariés et plus¹¹⁰¹ ; pourtant en présence d'une entreprise morcelée en plusieurs établissements distincts, le comité devra être mis en place dans chaque établissement de cinquante salariés ou plus.

Ces deux exemples sont l'illustration topique de l'assimilation de l'établissement à l'entreprise. Il ne saurait en effet être question que d'assimilation car ces notions recouvrent des réalités différentes aux yeux des travailleurs : l'entreprise est **l'unité économique et financière** tandis que l'établissement constitue **l'unité technique de production**, dotée de matériel et de personnel travaillant sous une direction technique¹¹⁰². Dans la plupart des cas, les deux notions sont confondues car l'activité de l'entreprise ne s'exerce que dans un seul établissement ; mais parfois, l'activité est confiée à plusieurs établissements non dotés de la

¹⁰⁹⁶ En ce sens, A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2010, n°102.

¹⁰⁹⁷ B. TEYSSIE, *L'entreprise et le droit du travail* in *Le privé et le public*, Arch. Phil. Droit, Sirey, t. 41, p.355, spé n°10.

¹⁰⁹⁸ Sur ce point, une partie de la doctrine s'interroge à propos de la pertinence de certaines dispositions qui retiennent l'entreprise comme cadre du droit social, l'établissement pouvant constituer selon eux, une meilleure option. La lecture de leurs travaux ne permet pas toujours de prendre position sur cette question dès lors que ni l'établissement ni l'entreprise n'y sont définis explicitement (J. SAVATIER, *Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ?* in *Mélanges dédiés au Président Despax*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002 p.61). A l'inverse, lorsqu'est proposée une définition précise de l'établissement, la démonstration est plus convaincante (F. GAUDU, *Entreprise et établissement* in *Prospectives du droit économique. Dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999 p.47). En outre, il apparaît que l'établissement y est défini comme une entreprise, centre d'activité autonome. Cela s'explique par le fait que la loi sociale est l'une des seules à considérer l'établissement comme un cadre normatif. Le droit fiscal, qui requalifiait ledit établissement d'entreprise, opérait ainsi par nécessité, l'assiette de l'impôt étant l'entreprise et pas l'établissement.

¹⁰⁹⁹ Article L. 1224-1 du Code du travail.

¹¹⁰⁰ AP, 16 mars 1990, D. 1990, p.305, note A. LYON-CAEN ; pour une application récente de cette assimilation, Soc. 23 octobre 2007, JCP S, 1232, note P. MORVAN.

¹¹⁰¹ Article L. 2322-1 du Code du travail.

¹¹⁰² G.-H. CAMERLYNCK, *op.cit.*, n°363.

personnalité juridique, l'ensemble de ces établissements étant rattaché à une seule société, entité étant assimilée à l'entreprise.

La situation est toute autre lorsque l'employeur créé artificiellement plusieurs entités juridiquement distinctes afin d'échapper aux règles de la représentation du personnel déclenchées à partir d'un seuil précis de salariés. Cette pratique frauduleuse aurait pu être contrecarrée par l'usage de la notion d'entreprise, distincte de celle de société¹¹⁰³. Il n'en fut rien : la jurisprudence, au contraire, a mis au point une nouvelle notion, l'unité économique et sociale (UES)¹¹⁰⁴. L'**unité économique** suppose une direction unique, c'est-à-dire une concentration des pouvoirs de direction dans les mêmes mains. Elle ressort donc de l'identité des dirigeants, administrateurs ou gérants. Elle ressort en outre de l'imbrication des capitaux entre toutes les sociétés appartenant à l'UES, de l'identité des statuts et de l'objet social¹¹⁰⁵.

L'**unité sociale** se caractérise par une communauté de travailleurs, résultant de leur statut social, de leurs conditions de travail¹¹⁰⁶ voire même de leur permutabilité¹¹⁰⁷. L'UES résulte donc d'une triple communauté : une communauté de direction, une communauté de personnel et une communauté d'activité¹¹⁰⁸. Il est dès lors troublant que cette notion coexiste en droit positif avec celle d'entreprise car toutes deux renvoient aux mêmes critères de définition¹¹⁰⁹.

Pour une partie de la doctrine travailliste, l'entreprise est en effet composée de trois éléments : un personnel salarié, une direction et une activité commune¹¹¹⁰. L'ordre de ces éléments n'est pas le fruit du hasard car en droit social, l'entreprise est avant tout une « collectivité qui travaille en commun à une même fin »¹¹¹¹ et qui est soumise à l'autorité d'un chef, la nature de la fin poursuivie n'ayant que peu d'importance¹¹¹².

¹¹⁰³ Il y a peut être de multiples sociétés mais il n'y a qu'une seule entreprise ; cette dernière étant scindée en plusieurs sociétés.

¹¹⁰⁴ La notion apparaît lors du contentieux relatif au délit d'entrave (Crim. 23 avril 1970, B. n°144) ; elle est confirmée par la chambre sociale peu de temps après (Soc. 19 décembre 1972, D. 1973, p.381, note M. DESPAX).

¹¹⁰⁵ Soc. 8 avril 1992, RJS 6/92 n°757.

¹¹⁰⁶ Conditions de rémunérations identiques, horaires de travail similaires, etc.

¹¹⁰⁷ Soc. 8 avril 1992, *op. cit.* Le critère n'est cependant pas indispensable.

¹¹⁰⁸ Le droit social prend également en compte une forme plus aiguë de concentration de sociétés en imposant l'existence d'un comité de groupe, équivalent du comité d'entreprise à l'échelle du groupe de sociétés. Ce comité de groupe joue alors un rôle similaire au comité central d'une entreprise à établissements multiples.

¹¹⁰⁹ En ce sens, un auteur a souligné que l'UES était le vecteur d'une définition unifiée de l'entreprise (G. BLANC-JOUVAN, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Dr. soc. 2005, p.68).

¹¹¹⁰ G.-H. CAMERLYNCK, *op. cit.*, n°360 et s. ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *op.cit.*, p.157 et s. – Une partie de la doctrine travailliste a analysé l'entreprise par le prisme de l'institution, à l'instar de ce qui a été proposé pour l'entreprise entendue comme une réalité économique. Cependant, ici comme là, les critères institutionnels ne sont guère opérationnels ; c'est pourquoi, ils sont souvent laissés de côté. Certains auteurs confirment cependant le pouvoir descriptif de l'entreprise-institution (pouvoir descriptif auquel il est possible de ne pas adhérer, V. *supra* n°181) tout en lui déniaient toute autre valeur juridique (N. CATALA, *Droit du travail, L'entreprise*, Dalloz, 1980, n°140).

¹¹¹¹ N. CATALA, *op.cit.*, n°69.

¹¹¹² G.-H. CAMERLYNCK, *op. cit.* n°364 ; J. RIVERO, J. SAVATIER, *op.cit.*, p.162.

Au cœur de la définition de l'entreprise entendue comme une réalité sociale, se trouve donc une **collectivité humaine**. Cela dit, le nombre de travailleurs importe peu à la qualification de l'entreprise qui est possible dès lors qu'il existe un travailleur salarié¹¹¹³. Cette définition de l'entreprise est reprise par la chambre criminelle lorsque celle-ci statue sur la matière des accidents du travail. Il a ainsi été jugé qu'un puisatier accompagné de deux de ses camarades constituait une entreprise de fait dès lors qu'il avait pris la direction des opérations de forage¹¹¹⁴. On retrouve ici les trois éléments constitutifs de l'entreprise sociale : une activité précise (le forage), une direction (assumée par le puisatier) et un personnel (les deux compagnons)¹¹¹⁵.

Le droit social se distingue donc du droit commercial puisqu'il est d'une part indifférent à la nature de l'activité mais d'autre part attaché à l'existence d'au moins un travailleur salarié. Cette modification de définition pourrait avoir des conséquences sur l'aptitude de l'entreprise à constituer le cadre de la faute de fonction.

189. Réalité sociale de l'entreprise et cadre de situations fonctionnelles spécifiques. –

L'exigence d'une activité économique avait fait obstacle à ce que l'entreprise entendue comme une réalité économique constitue le cadre de situations fonctionnelles d'expansion¹¹¹⁶ puisque certaines associations et les syndicats ne poursuivant pas cette activité ne pouvaient être qualifiés d'entreprise. Ce critère n'est pas retenu pour définir l'entreprise entendue comme une réalité sociale. Il suffit alors de constater que l'entité poursuit une activité précise ce qui ne fait défaut, ni dans les associations, ni dans les syndicats.

En revanche, le critère tenant à l'existence d'un personnel salarié même extrêmement restreint pourrait faire obstacle à l'admission de l'entreprise comme cadre de situations fonctionnelles d'expansion car l'existence d'un personnel n'y est pas systématique. Ainsi, il a pu être admis que la fonction patronale existe même en l'absence de tout personnel sous la forme de la fonction de chef d'entreprise, lorsque le dirigeant est à la tête d'une entreprise dotée de la personnalité juridique¹¹¹⁷. Dès lors, l'entreprise entendue comme une réalité sociale ne saurait constituer le cadre de situations fonctionnelles d'expansion précédemment décrites.

190. Conclusion. – L'étude de la notion d'entreprise a permis de rendre compte de l'extrême difficulté éprouvée pour en établir une définition. Cette dernière reste fonctionnelle c'est-à-dire contingente à l'utilisation qui en sera faite. C'est ainsi qu'une scission assez nette et plutôt irréductible apparaît entre l'entreprise économique et l'entreprise sociale. Pour

¹¹¹³ Certaines normes sont néanmoins assujetties à un seuil d'effectif.

¹¹¹⁴ Crim. 16 mars 1971, B. n°88 ; RSC 1971, p.943, obs. G. LEVASSEUR : ce puisatier devenait ainsi responsable de l'inobservation des règles de sécurité dont avaient été victimes ses deux compagnons.

¹¹¹⁵ La figure est donc ici originale puisque ses compagnons ne sont pas liés par un contrat de travail au chef de l'entreprise ; cela s'explique par la source factuelle de l'entreprise concernée par l'espèce.

¹¹¹⁶ Situations dans lesquelles un agent agit pour le compte d'un autre afin de permettre à ce dernier d'accroître sa productivité ou l'efficacité de son activité (V. *supra* n°165).

¹¹¹⁷ V. *supra* n°135.

admettre que l'entreprise constitue un cadre pour les fonctions d'expansion, il convenait donc de prendre parti sur la réalité allant constituer le fondement de la définition de l'entreprise. Or, aucune des deux définitions (économique ou sociale) de l'entreprise ne convient, ce qui confirme que l'entreprise, est un « diabolotin juridique ¹¹¹⁸ » dont les contours sont contingents à la matière intéressée. L'insatisfaction pourrait cependant n'être que temporaire si l'étude de la substance du « lien d'entreprise » pouvait apporter des éléments de solution.

B. La substance du « lien d'entreprise »

191. Nécessité d'établir un « lien d'entreprise ¹¹¹⁹ ». – Affirmer que l'entreprise constitue le cadre d'établissement de fonctions d'expansion nécessite d'identifier l'identité des titulaires et des bénéficiaires de cette catégorie de fonctions. Un postulat surgit alors qui voudrait que l'entreprise soit le bénéficiaire unique de ces fonctions, tandis que les membres de cette entreprise seraient titulaires de ces fonctions. Ce postulat peut-il recevoir confirmation ? C'est ce qu'il convient d'examiner en se penchant sur ce que la doctrine appelle « le lien d'entreprise ». Celui-ci peut renvoyer à deux types de lien : classiquement, il est envisagé comme un lien d'appartenance. Le postulat proposé l'envisage au contraire comme un lien fonctionnel.

192. Le « lien d'entreprise » conçu comme un lien d'appartenance. – L'identification du lien d'entreprise entendu comme un lien d'appartenance est classique mais quelle que soit la conception de l'entreprise, l'exercice s'avère périlleux.

En effet, à côté d'une opposition classique entre la doctrine commercialiste et la doctrine travailliste, il existe une opposition interne propre à chaque matière sur ce point.

Traditionnellement, les commercialistes ont considéré que seuls les apporteurs de capitaux et leurs représentants étaient membres de l'entreprise : cette idée découle évidemment de celle selon laquelle l'entreprise est toute entière contenue dans la forme sociétale ¹¹²⁰. Les membres de l'entreprise sont alors les membres du contrat de société et les représentants de ces membres à l'exclusion du personnel, notamment. Cette définition de l'entreprise n'est plus retenue aujourd'hui, si bien que cette limitation des membres de l'entreprise aux apporteurs de capitaux a perdu de sa pertinence. Il n'en reste pas moins que selon la conception de l'entreprise adoptée, l'identification des membres diffère.

Si la conception économique de l'entreprise est retenue, les membres de l'entreprise seraient toutes les personnes qui gravitent autour de l'*activité* de l'entreprise. L'étude des critères institutionnels de l'entreprise a montré que l'activité de cette dernière supposait l'intervention d'une multitude de personnes : dirigeants, personnels mais aussi créanciers, voire la société

¹¹¹⁸ B. TEYSSIE, *L'entreprise et le droit du travail* in *Le privé et le public*, , Arch. Phil. Droit, Sirey, t.41,p.355.

¹¹¹⁹ La formule est empruntée au professeur A. BRUN (*Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719).

¹¹²⁰ V. *supra* n° 180.

civile dans son ensemble¹¹²¹. Pourtant, il ne saurait être admis que l'ensemble de ces individus soient membres de l'entreprise, sous peine de faire disparaître l'existence même du cadre recherché. La doctrine institutionnelle, elle-même, circonscrivait les membres de l'entreprise à ses dirigeants et à son personnel exécutant¹¹²², ce qui semble être une bonne option, d'autant que celle-ci correspond aux situations de droit et de fait conduisant le juge à faire application de la faute de fonction.

Si la conception sociale de l'entreprise est retenue, il semble logique d'affirmer que le personnel salarié de l'entreprise fait partie de celle-ci. Nonobstant, certains auteurs sont peu enclins à admettre cette solution : selon eux, le personnel ne fait pas partie de l'entreprise, il est *à son service*¹¹²³. Dans le même temps ces auteurs considèrent que l'entreprise « comprend nécessairement trois éléments irréductibles : un personnel salarié, soumis à l'autorité d'un chef d'entreprise, poursuivant une activité déterminée¹¹²⁴. ». N'est-ce pas admettre dès lors que le personnel fait partie de l'entreprise ? Il pourrait même être avancé que sont membres de l'entreprise tout à la fois ses créateurs et ceux qui sont à son service. Pour autant est-il légitime d'exclure les dirigeants de l'entreprise-personne morale du domaine de la faute de fonction sous le prétexte qu'ils ne sont, ni les créateurs de l'entreprise, ni des salariés¹¹²⁵ ? Assurément non, puisque leur activité s'exerce elle aussi dans le cadre de l'entreprise. Bien qu'ils aient pour mission de diriger l'entreprise, ils restent à son service dès lors qu'ils travaillent pour autrui¹¹²⁶. On voit dès lors se dessiner l'une des caractéristiques majeures du « lien d'entreprise » : le travail au service d'autrui voire l'activité exercée dans l'intérêt d'autrui. Finalement, le lien d'entreprise ne se résumerait-il pas à un lien fonctionnel ? La proposition mérite que lui soient dédiées quelques lignes.

193. Proposition : le « lien d'entreprise » conçu comme un lien fonctionnel¹¹²⁷. – Serait-il possible d'imaginer que le lien d'entreprise soit un lien fonctionnel dont le bénéficiaire serait l'entreprise ?

Si l'on admet que l'entreprise s'identifie avant tout par l'activité qu'elle déploie, cette activité doit nécessairement se voir affecter un patrimoine à défaut duquel la poursuite de l'activité serait impossible. Ce patrimoine est seul à même de fournir les moyens juridiques et matériels de poursuivre cette activité. Par ailleurs, dans le système juridique français, un patrimoine doit généralement être rattaché à une personne juridique. Par le biais de ce patrimoine, l'entreprise

¹¹²¹ V. *supra* n°180.

¹¹²² La doctrine reste là aussi partagée sur la possibilité de retenir le personnel comme organe de l'entreprise (sur ce point, V. P. DIDIER qui affirme que le personnel est un organe de l'entreprise, *Esquisse de la notion d'entreprise in Mélanges offerts à M. le professeur P. VOIRIN*, LGDJ, 1966, p.209, spé. p.212)

¹¹²³ G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz, 1982, 11^{ème} éd., n°372.

¹¹²⁴ G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n°360.

¹¹²⁵ Sur l'incompatibilité des qualités de mandataire et de salarié, V. *supra* n°73 et s.

¹¹²⁶ V. *supra* n°87 et s., l'objet du lien personnel.

¹¹²⁷ Le lien fonctionnel est celui par lequel une personne s'oblige à agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. – V. *supra* n°124 et s.

emprunte donc une personnalité juridique¹¹²⁸ soit à une personne morale¹¹²⁹ soit à une personne physique¹¹³⁰. Ainsi, le bénéficiaire de la fonction serait la personne juridique grâce à laquelle l'entreprise accède à la vie juridique. Le premier agent du lien fonctionnel est donc identifié, qui renvoie indirectement à une entreprise au sens large.

Quels agents sont susceptibles d'exercer une fonction à l'égard de ce bénéficiaire particulier ? En premier lieu, ce sont les préposés qui agissent pour le compte de la personne juridique, support de l'entreprise. Pour eux, la poursuite de l'intérêt de l'entreprise s'identifie à la poursuite de l'intérêt de cet agent. Les préposés devront donc agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du leur. Les préposés et la personne juridique support de l'entreprise sont donc bien placés dans une situation fonctionnelle.

En second lieu, les dirigeants doivent être considérés comme exerçant des fonctions dans « l'intérêt de l'entreprise » puisqu'ils agissent pour le compte de la personne morale, support de l'entreprise. Là aussi, ils agissent dans un intérêt au moins partiellement du leur car l'acte constitutif du groupement personnifié permet l'érection d'un intérêt distinct de la personne morale¹¹³¹. Dirigeants et personne morale, support de l'entreprise sont donc bien placés dans une situation fonctionnelle.

En revanche, le chef d'entreprise-entrepreneur¹¹³² ne saurait être qualifié de titulaire d'une fonction ou chargé de fonction. En choisissant d'affecter son patrimoine personnel à l'entreprise qu'il dirige, il interdit la reconnaissance juridique de deux intérêts distincts : le sien et celui de l'entreprise. L'intérêt distinct de l'entreprise ne peut en effet être matérialisé à défaut d'avoir affecté des moyens spécifiquement dédiés à son activité. Tout se passe comme si la confusion de patrimoine entraînait la confusion des intérêts. La situation fonctionnelle est donc impossible à caractériser en l'espèce.

Enfin un troisième cas de figure est désormais possible : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹¹³³. La situation est alors ambiguë car si le patrimoine affecté à

¹¹²⁸ En dépit des désaccords portant sur la définition de l'entreprise, un consensus apparaît en effet sur ce point : l'entreprise n'a pas de personnalité juridique propre ; elle doit l'emprunter soit à une personne physique (entreprise individuelle) soit à une personne morale (en ce sens, T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p.709, spé. n°9).

¹¹²⁹ La nature du groupement personnifié importe peu si bien qu'il pourra s'agir tantôt d'une société (civile ou commerciale), tantôt d'une association. Cette définition fonctionnelle de l'entreprise rejoint ainsi pour partie certaines propositions visant à fédérer les groupements de droit privé par leur objet commun : « offrir une organisation juridique collective aux besoins de développement d'une entreprise déterminée » (M.-L. COQUELET, *La loi du 24 juillet comme modèle d'un droit commun des groupements in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.195, spé. n°5).

¹¹³⁰ *Contra*, la conception de l'école de Rennes (J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bib. de droit commercial, t. 18, spé. p.86), laquelle ne s'intéresse à l'entreprise que par le prisme du droit des sociétés, ce qui plus restrictif que ce qui est retenu ici.

¹¹³¹ V. *supra* n°59.

¹¹³² A propos de la distinction de ces deux « qualités » et de leur cumul possible, V. N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°3.

¹¹³³ L'EIRL régie par les articles L. 526-6 et s. du Code de commerce. – A son propos, V. nota. J. PRIEUR, *EIRL ou société : quels critères de choix ? in Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, Dr. et pat. 2010, n°191, p. 64 ; P. REIGNE, *le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à*

l'entreprise est détenu par l'entrepreneur, il est néanmoins distinct de son patrimoine propre. Il existe donc bien un patrimoine d'affectation spécialement dédié à l'activité professionnelle¹¹³⁴, à ce point autonome du patrimoine personnel que la doctrine lui attribue la qualité de sujet de droit¹¹³⁵. Si certains doutent de la nécessité pour l'entrepreneur de respecter l'intérêt social¹¹³⁶, d'autres relèvent que l'entrepreneur devra cependant respecter la finalité professionnelle des biens de ce patrimoine affecté¹¹³⁷. L'activité professionnelle pourrait ainsi représenter un intérêt distinct du sien personnel. Quoique l'assertion puisse surprendre dans sa formulation, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée serait donc placé dans une situation fonctionnelle à l'égard de ...son patrimoine affecté.

Quoi qu'il en soit¹¹³⁸, ces acteurs du lien fonctionnel agissent incontestablement pour accroître l'activité de l'entreprise. Si fonctions il y a, elles ne sauraient appartenir qu'à la catégorie des fonctions d'expansion¹¹³⁹.

Une telle appréhension du phénomène de l'entreprise (une activité à laquelle est dédiée un patrimoine emprunté à une personne juridique) est assurément fonctionnelle car elle correspond adéquatement au rôle qu'on entend lui faire jouer ici. L'entreprise est ici un réceptacle des fonctions d'expansion. C'est un cadre conceptuel relativement adéquat qui n'appelle pas nécessairement l'émergence d'une personnalité juridique propre et autonome, ni l'autonomie de l'intérêt de ce concept par rapport à celui de la personne juridique qui en est le support. Enfin, cette conception n'est pas destinée à supplanter les définitions économiques ou sociales.

194. Conclusion de la section 2. – Le travail de classification entrepris dans ces derniers développements visait à expliquer qu'au-delà de l'homogénéité du cadre fonctionnel, il était possible de distinguer des sous-catégories de situations fonctionnelles. Si dans un premier temps, ce résultat est resté modeste en appliquant au cadre fonctionnel la distinction entre les fonctions de fait et les fonctions de droit, il a connu un rebondissement intéressant par l'établissement d'une *summa divisio* entre des fonctions de protection et des fonctions d'expansion. Tandis que la création des premières a pour finalité de protéger le bénéficiaire de la fonction, la création des secondes est justifiée par des velléités productivistes, à savoir accroître l'efficacité de l'activité du bénéficiaire de la fonction. Cette dernière catégorie renvoyant de manière frappante à la notion d'entreprise, l'économie de développements s'y

responsabilité limitée, Defrénois 2011, article 39214 ; G. WICKER, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, à paraître.

¹¹³⁴ G. WICKER, *op. cit.*, n°10 et s.

¹¹³⁵ G. WICKER, *op. cit.*, n°28.

¹¹³⁶ J. PRIEUR, *op. cit.*, p.65.

¹¹³⁷ G. WICKER, *op. cit.*, n°31.

¹¹³⁸ S'agissant de fonctions salariales et patronales, les autres caractéristiques de la fonction ne seront pas démontrées de nouveau ici. Sur ces points, V. *supra* n°124 et s.

¹¹³⁹ V. *supra* n°163 et s..

afférant ne pouvait être faite. Là encore, l'aboutissement de l'étude est assez fructueux. Alors que la définition de l'entreprise est classiquement insaisissable, sa confrontation avec les situations fonctionnelles d'expansion lui permet d'acquérir une figure, certes fonctionnelle, mais viable. Enfin, cette même confrontation conduit à envisager le « lien d'entreprise » non plus comme un lien d'appartenance mais comme un lien fonctionnel. Il en découle que la spécificité des titulaires de fonctions d'expansion réside dans le fait qu'ils agissent tous dans l'intérêt d'une entreprise, dont la personnification directe ou indirecte autorise précisément l'isolement d'un intérêt singulier.

195. Conclusion du chapitre 2. – La démarche déductive adoptée pour découvrir le cadre de la faute de fonction fut source de deux enseignements. Elle a d’abord permis le parachèvement de la notion de *fonction*. Plus instinctive que raisonnée, aussi commune que juridique, la notion avait commencé à faire ses preuves sur le terrain juridique, dans la littérature classique. Le travail d’approfondissement que la recherche d’un cadre circonscrit pour la faute de fonction impliquait a permis de découvrir que la notion devait être considérée dans sa double dimension, renvoyant à la fois à une situation juridique particulière et à l’octroi de prérogatives juridiques idoines. De ceci résulte que la situation fonctionnelle correspond à celle dans laquelle une fonction s’exerce. Cette dernière renvoie à un poste de service ou un titre permanent en vertu duquel un agent est tenu d’exercer une activité dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. A cette situation fonctionnelle, correspond, en outre, l’octroi de prérogatives fonctionnelles c’est-à-dire de prérogatives qui doivent permettre à l’agent d’accomplir l’activité susvisée. A cette fin, les prérogatives doivent correspondre à des prérogatives devant être exercées dans l’intérêt d’un autre que leur titulaire. Ainsi, s’organisent les prérogatives fonctionnelles : des pouvoirs sont octroyés afin de remplir la fonction, mais ces derniers sont encadrés, limités par des règles de compétences. Cette organisation se révèle constante et commune à toutes les activités fonctionnelles envisageables, qu’il s’agisse de la fonction de préposé, de mandataire social, de tuteur ou encore de parents, etc.

Le second enseignement issu de cette démarche déductive fut l’élaboration d’une typologie efficiente des fonctions : ventilées entre les fonctions de protection et les fonctions d’expansion, les situations fonctionnelles n’en perdent pas pour autant une certaine homogénéité conceptuelle. La classification autorise cependant l’émergence du concept d’entreprise auquel les fonctions d’expansion renvoient directement. En effet entreprise et fonctions d’expansion ont pour finalité commune une certaine productivité. De la confrontation entre les concepts d’entreprise et de situation fonctionnelle découleront trois propositions. Premièrement, dans une dimension fonctionnelle, l’entreprise est une activité à laquelle est dédié un patrimoine emprunté à une personne juridique. Deuxièmement, le « lien d’entreprise » doit être analysé comme un lien fonctionnel. Troisièmement, l’entreprise pourrait ainsi constituer un cadre fonctionnel spécifique. Paradoxalement, la démarche déductive semble rencontrer le succès qui avait manqué à la démarche inductive pour expliquer l’environnement juridique de la faute de fonction.

CONCLUSION DU TITRE 1

196. A l'issue de cette étude, il convient d'admettre que le cadre de la faute de fonction est un animal sauvage qui ne se laisse pas facilement dompter. Cette difficulté était pressentie, qui avait justifié l'emploi d'une double démarche, à la fois inductive et déductive. Effectivement, la seule démarche inductive s'est révélée impuissante à proposer un cadre précis à la faute de fonction, allant même jusqu'à accentuer, dans un premier temps, l'incompatibilité entre les destinataires du régime de la faute de fonction : préposés et dirigeants. Dans un second temps, elle proposait cependant un dénominateur commun, malheureusement trop imprécis pour être retenu en l'état : l'exécution d'un travail pour autrui. Nonobstant, il recelait incontestablement les ferments qui seraient au cœur de l'analyse déductive.

La méthode déductive a mis l'accent sur une notion connue : la fonction. Etant présumée constitutive du cadre de la faute de fonction, il convenait d'en raffiner la définition. La fonction, entendue dans sa double dimension de situation fonctionnelle et de prérogatives fonctionnelles correspondantes, loin d'isoler préposés et dirigeants, les faisait au contraire appartenir à la même catégorie juridique que les parents et tuteurs. La classification des situations fonctionnelles permet en revanche de proposer une *summa divisio* entre fonction de protection et fonction d'expansion, susceptible de justifier l'appartenance des préposés et dirigeants à une catégorie commune de fonction : la catégorie des fonctions d'expansion. Celle-ci renvoie finalement à un cadre fonctionnel spécifique connu : l'entreprise. Bref, ce faisant, la méthode déductive était parvenue à proposer un cadre à la faute de fonction : le lien fonctionnel avec une entreprise, ces deux éléments pouvant recevoir une définition précise.

Ce cadre établi possède plusieurs qualités. D'abord, il correspond aux solutions majoritairement admises en droit positif. Ensuite et corrélativement, il permet de justifier d'un dénominateur commun aux préposé et dirigeant qui n'oblige pas à renoncer à la classification bipartite des liens personnels unissant préposé et commettant d'une part, et mandataire dirigeant et personne morale d'autre part. Enfin, il est suffisamment solide pour justifier, le cas échéant, les critiques adressées aux solutions dissidentes.

Une fois découvert un cadre solide pour la faute de fonction, l'œuvre de définition de celle-ci devrait s'en trouver facilitée.

TITRE 2.

LA DEFINITION DE LA FAUTE DE FONCTION

197. Définition de la faute de fonction et analyse conceptuelle. – Etablir la définition d'une notion revient en principe à en « déterminer le contenu en énumérant ses caractères »¹¹⁴⁰. Cette acception laisse toutefois au juriste le choix entre deux comportements : soit définir la notion en considération de ce qu'elle pourrait *être substantiellement*, soit définir la notion en fonction du *rôle* qu'il entend lui faire jouer. L'orientation choisie d'une analyse conceptuelle de la faute de fonction commande ici que soit exclue toute considération pour le rôle qui lui est aujourd'hui dévolu en droit positif. La possibilité d'élaborer une définition conceptuellement juste de la faute de fonction ne postulera donc pas du bien-fondé de son utilisation actuelle¹¹⁴¹. La définition issue de l'analyse conceptuelle permettra en revanche à plus long terme de juger de la réelle capacité de la notion de faute de fonction à remplir un rôle dans un régime de responsabilité. La démarche est même salvatrice car elle préserve de la tentation de faire entrer dans la définition de la faute de fonction des fautes que l'équité enjoint à traiter comme des fautes de fonction¹¹⁴² ; elle prémunit dès lors d'une dilution excessive de la notion, source d'incompréhensions et donc d'imprévisibilité.

198. Objet de la recherche : liens unissant la faute et la fonction. – La combinaison d'une démarche inductive et d'une démarche déductive a permis de proposer un environnement juridique unique pour les préposés et les dirigeants de personnes morales dont les fautes sont susceptibles de recevoir la qualification de faute de fonction. La particularité de ces fautes tiendrait ainsi à ce qu'elles sont commises lors de l'exercice de fonctions au service d'une entreprise.

Consécutivement, la définition de la faute de fonction est seulement dépendante des liens que la faute entretient avec les fonctions. Parce qu'il est vain de définir ces liens comme des liens de causalité, ils seront plutôt envisagés comme des liens enchâssant la faute dans les limites de la fonction.

¹¹⁴⁰ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française.*

¹¹⁴¹ Certains auteurs se sont prononcés sur le rôle non pas de la faute de fonction, mais de la faute séparable des fonctions : celle-ci serait un instrument approprié de dissociation de la responsabilité propre de la personne morale de celle de ses dirigeants (J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants. La responsabilité personnelle à la dérive* in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003 p.41, spé. n°5). Une lecture *a contrario* peut être proposée qui ferait de la faute de fonction un instrument correct d'imputation de la responsabilité (ou du fait générateur de responsabilité) à la personne morale. – V. *infra* n°542 et s.

¹¹⁴² La qualification de faute de fonction permettant au juge de créer une obligation solidaire entre le préposé et le commettant par exemple, au bénéfice de la victime (V. *infra* n°567 et s.).

Les éléments constitutifs de cette faute sont donc par ailleurs tout à fait communs. C'est pourquoi la faute sera traitée comme un postulat dans les développements à venir. Les liens fonctionnels pouvant s'établir avec l'ensemble des éléments constitutifs de la faute, il convient toutefois d'en faire rapidement le rappel.

199. Définition de la faute retenue. – Si la caractérisation de la faute doit être tenue pour acquise, il reste nécessaire de faire état de la conception de la faute qui a été choisie car elle est à même d'entraîner des conséquences sur l'opération de qualification de son caractère fonctionnel. Selon cette conception, la faute est composée de deux éléments : un élément matériel et un élément moral¹¹⁴³.

Logiquement, le contenu de l'élément matériel de la faute est tout autant polémique que la composition de la faute. Sans prétendre à l'exhaustivité et en caricaturant un peu le débat doctrinal, les partisans de l'acte illicite¹¹⁴⁴ se sont opposés à ceux de l'« écart de conduite »¹¹⁴⁵. La première proposition, qui prend sa source dans la définition de PLANIOL

¹¹⁴³ Il règne à propos des composantes de la faute une absence d'unanimité. Selon la doctrine consultée, la faute est en effet composée de trois éléments (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°717 et s.), d'un seul élément, matériel (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°99 et s. ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, n°6705 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°54 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°444-1), ou plus majoritairement de deux éléments. L'accord sur le nombre d'éléments constitutifs de la faute n'implique pas cependant un consensus sur leur identité. Certains auteurs optent pour un élément matériel et un élément moral (C. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, Ellipse, 2^{ème} éd., 2008, p.175 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n°580 et s. ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006 n°126), tandis que d'autres se prononcent en faveur d'un élément matériel et d'un élément légal ou juridique (A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007, n°542 et s. ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°292 et s.).

Les classifications de fautes établies par les mêmes auteurs permettent toutefois de trancher en faveur de deux éléments constitutifs. La majorité de la doctrine propose de classer les fautes en différentes catégories, la classification s'opérant différemment selon qu'elle s'appuie sur l'élément matériel ou sur l'élément moral de la faute (en ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p.122 et s. ; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°6707 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°56 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit., loc. cit.*). En outre, l'élément légal ou juridique est moins un élément constitutif qu'un élément constituant de la faute (sur cette distinction, V. notamment, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°219).

¹¹⁴⁴ J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, éd. R. Pichon, 1952 ; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 129, 1973 – M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil. T.5. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n°140 ; P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2011, n°85 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010, p.88 ; LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°6705 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, n°127 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°443.

¹¹⁴⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations. T.1. Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n°457 ; H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, n°439 (les auteurs réservent cependant cette définition à la faute quasi-délictuelle tandis qu'ils définissent la faute délictuelle comme celle qui se caractérise par la volonté de causer le dommage, *op. cit.*, n°415) – Plus récemment, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°98-1.

selon laquelle la faute est « un manquement à une obligation préexistante »¹¹⁴⁶, sera retenue, sous réserve d'un léger changement terminologique déjà opéré par la doctrine¹¹⁴⁷. Le recours à la notion d'illicéité semble en effet s'imposer, y compris pour qui souhaite préciser ce qu'est un écart de conduite. Qu'est-ce, en effet, si ce n'est un comportement qui diffère de celui qu'imposait une norme écrite ou coutumière ? N'est-ce pas dès lors la transgression d'une règle de conduite impérative, c'est-à-dire une illicéité¹¹⁴⁸ ? Matériellement, la faute sera donc envisagée comme un acte objectivement illicite¹¹⁴⁹.

L'élément moral de la faute renvoie quant à lui à la conscience psychologique du chargé de fonction, à l'exclusion de sa conscience morale, étant entendu que la première désigne la connaissance immédiate de l'agent de sa propre activité, tandis que la seconde renvoie à son *aptitude* à porter des jugements de valeur sur ses actes¹¹⁵⁰. C'est en effet sur ce seul point que l'élément moral semble uniformément opératoire en droit privé : en dépit de l'objectivation de la faute en droit civil¹¹⁵¹, la conscience psychologique ou culpabilité ou élément intellectuel y est un critère de discrimination permettant d'opérer de nombreux classements¹¹⁵².

Par ailleurs, le terme de « faute » devra désigner ici plus que des agissements fautifs.

200. Contenu extensif de la « faute de fonction ». – Si la locution « faute de fonction » tire sa justification des origines du régime dérogatoire qui l'a fait naître et si elle reste encore statistiquement correcte aujourd'hui, l'évolution récente du droit positif quant au champ d'application du régime de la faute de fonction lui confère parfois un caractère obsolète. De manière atypique la locution ne doit pas être cantonnée *ab initio* à une faute mais doit être étendue à tous les faits personnels susceptibles d'engager une responsabilité de quelque nature que ce soit.

Ainsi, certains faits personnels non fautifs sont également susceptibles de générer une obligation de réparation : ce sont les accidents de circulation. A première vue, traiter les accidents de circulation comme des « fautes » de fonction relève de l'incongruité car s'il est éventuellement admis qu'ils relèvent d'un régime de responsabilité¹¹⁵³, ce ne pourrait être que

¹¹⁴⁶ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 10^{ème} éd., 1926, n°863.

¹¹⁴⁷ La notion d'« obligation préexistante » ayant à juste titre fait débat, la doctrine moderne décrit l'illicéité comme la violation d'une *norme* ou d'un *devoir* préexistant (A. SERIAUX, *op. cit.*, n°127 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°443).

¹¹⁴⁸ V. en ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°443, spé. p.369 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques de thèse, vol. 71, 2008, n°251 et s.

¹¹⁴⁹ C. BLOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁵⁰ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, V^o conscience. La scission correspond à la distinction entre la culpabilité (conscience psychologique) et l'imputabilité (conscience morale), P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°349 et s.

¹¹⁵¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°101.

¹¹⁵² V. *supra* note de bas de page n°1143 – A propos de son usage pour le classement des actes juridiques, V. B. DALLOZ, *L'intention : essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon, 2009, p.197 et s.

¹¹⁵³ La loi du 5 juillet 1985 est quasi unanimement analysée par la doctrine comme une loi d'indemnisation conformément à son intitulé.

d'une responsabilité spéciale du fait des choses¹¹⁵⁴. Pourtant, le droit prétorien a dû s'intéresser au caractère fonctionnel de l'activité du conducteur à fin de détermination du débiteur de l'obligation de réparation¹¹⁵⁵. Bien que l'immixtion de la faute de fonction dans le régime autonome et en principe exclusif de la loi de 1985 puisse être discutée¹¹⁵⁶, elle impose que soit considéré l'acte indifféremment fautif ou non fautif du conducteur chargé d'une fonction, pourvu que celui-ci donne lieu à une obligation de réparation¹¹⁵⁷. Bien que non anecdotique, la faible envergure de la situation autorise toutefois que soit conservée la terminologie « faute » de fonction.

201. Etapes successives de l'étude. – S'il a pu être démontré que préposé et mandataire social sont placés dans une situation analogue, cela ne postule pas que les liens qui doivent s'établir entre la fonction et la faute pour que cette dernière reçoive la qualification de faute de fonction, soient analogues dans les deux cas. Une telle occurrence serait sans doute très satisfaisante car elle permettrait de conférer à la faute de fonction une parfaite unité conceptuelle, tant de son cadre que de sa définition.

Le premier enjeu des développements à venir reste cependant prioritairement l'identification des liens qui devront être établis entre la faute et la fonction pour déclencher la qualification fonctionnelle. A cette fin, une démarche inductive reposant sur la scrutation du droit positif actuel s'impose en premier lieu. Nonobstant, compte tenu du caractère parfois erratique de la jurisprudence sur ce point, il ne pourra être fait l'économie d'une approche plus déductive offrant les moyens d'une critique constructive de ce droit positif. C'est donc de l'étude initiale de la définition induite de la faute de fonction (**Chapitre 1.**) puis de l'étude complémentaire de la définition déduite de la faute de fonction (**Chapitre 2.**) que surgira peut-être une définition unitaire des fautes de fonction du préposé et du mandataire dirigeant.

¹¹⁵⁴ Antérieurement à 1985, les accidents de la circulation étaient effectivement régis par l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

¹¹⁵⁵ Par exemple, à propos du conducteur préposé, Civ. 2, 24 janvier 1996, B. n°6 – Civ. 2, 28 mai 2009, B. n°128 ; RCA 2009, chr. n°11, H. GROUDEL ; D. 2009, p.2667, obs. N. PIERRE.

¹¹⁵⁶ V. *infra* n°446, 474.

¹¹⁵⁷ Les puristes de la loi du 5 juillet 1985 préféreront peut être que soit substituée à cette terminologie celle d'obligation d'indemniser.

CHAPITRE 1.

La définition induite de la faute de fonction

202. Ambition initiale : unité conceptuelle de la faute de fonction. – Quelles qu'aient été les conclusions rendues à propos du cadre de la faute de fonction, elles ne sauraient être automatiquement étendues à la définition de la faute de fonction, laquelle est une question techniquement indépendante. Les prémices de l'étude se veulent résolument optimistes, confortées par certaines déclarations de praticiens du droit. L'avocat général Pierre GULPHE ne s'exprimait-il pas en ce sens lorsqu'il considérait qu'« il est satisfaisant pour l'esprit de procéder, à l'égard de celui agissant pour le compte d'autrui, de la même façon que pour celui agissant au nom d'autrui, en dépit des différences structurelles marquées existant dans leurs situations respectives »¹¹⁵⁸ ? Certains défis doivent cependant être relevés avant de procéder à l'analyse de la jurisprudence, en premier lieu celui de l'identification des sources de la définition induite de la faute de fonction.

203. Identification problématique des sources de la définition. – Cette difficulté tient essentiellement à la pluralité de terminologies employées par la Cour de cassation, qui ne permet pas de savoir immédiatement si la faute de fonction est concernée. Il existe d'ailleurs, sur ce point au moins, une identité de situation entre le préposé et le mandataire social, entre la matière civile et la matière pénale.

204. Sources de la faute de fonction et préposé. – L'article 1384 alinéa 5 du Code civil ne prévoit l'engagement de la responsabilité civile du commettant que lorsque les dommages ont été causés par ses préposés « dans les *fonctions* » auxquelles il les a employés¹¹⁵⁹. Le contentieux relatif à l'engagement de la responsabilité du commettant sera donc assurément une source pertinente pour l'étude entreprise.

L'émergence d'une immunité du préposé obscurcit cependant la matière puisque la protection n'est due que pour les actes accomplis « sans excéder les limites de sa *mission* »¹¹⁶⁰. Cette nouvelle terminologie¹¹⁶¹ ne manque pas de susciter l'interrogation puis le débat en doctrine. L'enjeu est de taille car de la définition de la faute de mission découlent un effet juridique :

¹¹⁵⁸ Conclusions rendues à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 10 juin 1977 (JCP 1977, II, 18730).

¹¹⁵⁹ Les auteurs expliquent en général que le préposé doit alors avoir accompli un acte fonctionnel (V. notamment, R. MEURISSE, note sous Cour d'assise, 3 février 1953, JCP 1953, II, 7517, note commune avec Crim. 5 novembre 1953).

¹¹⁶⁰ AP, 25 février 2000 *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241, n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, Chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, Chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN.

La faute de mission transparait déjà dans l'arrêt *SA Parfums Rochas*, précurseur de la jurisprudence *Costedoat* ; l'opposé « faute personnelle » est alors exposée comme la faute commise « dans le cadre de la mission » (Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p. 124, note G. VINEY).

¹¹⁶¹ Reprise, depuis lors, par le législateur : par exemple, article L. 251-1 du Code des assurances.

l'immunité du préposé et donc l'impossibilité pour la victime de la faute commise d'en demander réparation à son auteur. Une partie de la doctrine se prononce alors en faveur de l'assimilation pure et simple de la faute de mission à la faute de fonction¹¹⁶², tandis que d'autres auteurs souhaitent une autonomie des concepts¹¹⁶³. L'opinion des praticiens du droit a donc fait l'objet de toutes les attentions de cette doctrine divisée.

Dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Costedoat*, l'avocat général Roland KESSOUS donne quelques indications sur sa vision de la notion de mission en précisant que « l'employeur définit la mission des salariés, ce qui implique qu'il précise son cadre, sa finalité et met à disposition de ceux-ci les moyens nécessaires à sa réalisation¹¹⁶⁴ » ; ces éléments pouvant être interprétés comme assimilant la mission à la fonction. Allant également dans le sens de l'assimilation, la première application jurisprudentielle de l'arrêt *Costedoat* caractérise l'absence d'un excès de mission en notant l'absence de « faute personnelle commise hors des fonctions »¹¹⁶⁵ tandis que la chambre criminelle semble envisager la faute de mission comme « l'exercice normal de ses attributions »¹¹⁶⁶. Ces termes renvoient alors à ceux qui sont employés pour la faute de fonction¹¹⁶⁷.

Au-delà de cet aspect terminologique, la jurisprudence adopte des solutions en faveur de la thèse de l'assimilation. C'est le cas lorsque la rupture du lien entre la faute et les fonctions paraît découler de la rupture de la faute avec la mission du préposé¹¹⁶⁸. Cependant, la jurisprudence retient parfois une solution contraire lorsque la vraisemblable¹¹⁶⁹ rupture du lien entre la faute et la mission n'opère pas rupture du lien entre la faute et la fonction¹¹⁷⁰. Cette

¹¹⁶² H. GROUDEL, RCA 2000, Chron. 11, spé. p.8. Il serait plus exact de dire que l'auteur assimile « l'excès de mission » à « l'abus de fonction », conformément à l'usage de la jurisprudence de plutôt recourir à des définitions négatives (sur ce point, V. *infra* n°234).

¹¹⁶³ G. VINEY, *L'article 1384 alinéa 5 : la responsabilité personnelle du préposé*, sous AP, 25 février 2000, JCP 2000, I, 241 (V. déjà, note sous Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p.124, spé. p.127) ; M. BILLIAU, note sous AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé n°6 ; P. BRUN, note sous AP, 25 février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°18 et s.

¹¹⁶⁴ Conclusions de l'arrêt AP 25 février 2000, *Costedoat*, JCP 2000, II, 10295, p.745.

¹¹⁶⁵ Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84 ; JCP 2000, I, 280, n°3, obs. G.VINEY.

¹¹⁶⁶ Crim. 23 janvier 2001, B. n°21.

¹¹⁶⁷ V. *infra* n°210.

¹¹⁶⁸ Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004, comm. 250, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN : « par une initiative personnelle sans rapport avec sa mission », le préposé s'est placé hors de ses fonctions. – Sur la portée qu'il convient de donner à cet arrêt, V. *infra* n°245.

¹¹⁶⁹ Sur l'interprétation qu'il est possible de faire des arrêts qui retiennent la responsabilité civile des préposés quant à l'excès de mission, V. *infra* n°254.

¹¹⁷⁰ Civ. 2, 16 juin 2005, B. n°158 ; JCP 2006, I, 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA, 16 avril 2007, n°76, p.15, note R. CHAABAN : la Cour de cassation affirme d'une part que « les poursuites engagées contre [le commettant] reposent sur un fondement différent de celles engagées contre [la préposée] » et d'autre part que « la responsabilité des commettants n'est pas subsidiaire à celle des préposés, que les demandeurs n'ont pas l'obligation de justifier de poursuites premières à l'encontre [du préposé], faute, pour le commettant, de disposer d'un privilège de discussion ». Dans cette espèce, la préposée avait été condamnée pour abus de faiblesse. Elle avait en outre été condamnée par les juges du fond à réparer le préjudice subi. Or, la responsabilité de son commettant avait été engagée ; cette question avait spécifiquement donné lieu au pourvoi en cassation, le commettant invoquant l'abus de fonction de sa préposée pour s'exonérer. La cour de cassation décide que la préposée n'avait pas agi hors des fonctions dans lesquelles elle était employée.

V. également, CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006, II, 10168, note C.-A. MAETZ : la décision semble consacrer un excès de mission sans admettre un abus de fonction.

décision se prononce ainsi en défaveur d'une assimilation entre dépassement des missions et abus de fonction¹¹⁷¹, laquelle ne postule toutefois pas d'une autonomie absolue des notions de faute de fonction et de faute de mission.

Pour résumer, la faute de mission n'est ni assimilée, ni totalement distinguée de la faute de fonction. Elle est une catégorie de faute de fonction¹¹⁷², ce qui implique deux conséquences. D'abord, le contentieux relatif à la responsabilité personnelle du préposé peut être considéré comme une source possible de définition de la faute de fonction. Ensuite, ce contentieux est susceptible de proposer non pas une, mais deux définitions de la faute de fonction, l'une correspondant à la faute désignée « faute de fonction » par la jurisprudence et l'autre présentée comme « faute de mission ». Si ce caractère binaire de la faute de fonction du préposé constitue certainement une difficulté pour la construction d'une définition, il ne constitue pas nécessairement un empêchement à l'unité des situations entre préposés et mandataires sociaux. En effet, le contentieux des mandataires sociaux connaît également de cette dualité terminologique qui pourrait recouvrir une dualité substantielle partagée.

205. Sources de la faute de fonction et dirigeant. – Alors que la faute de fonction est apparue très tôt dans la relation commettant-préposé¹¹⁷³, son intervention dans la relation personne morale-mandataire dirigeant est plutôt récente. Ainsi, il n'est nullement question de faute de fonction lorsque la Cour de cassation affirme que « la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes »¹¹⁷⁴. Une partie de la doctrine considère alors que la responsabilité de la personne morale est engagée dès lors que l'organe a agi « ès qualités »¹¹⁷⁵; pour une autre partie de la doctrine, il faut que « la faute se rapporte à l'exploitation¹¹⁷⁶ ». Quoiqu'il en soit, il n'est jamais fait état de faute de fonction. De manière analogue, l'article 121-2 du Code pénal prévoyant les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales ne fait pas davantage référence à la faute de fonction puisqu'il dispose que « les personnes morales [...] sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

Il faut s'intéresser aux décisions de la Cour de cassation se prononçant sur l'engagement de la responsabilité des mandataires dirigeants par les tiers pour trouver un renvoi explicite au lien

¹¹⁷¹ Elle statue donc dans un sens qui avait été choisi par l'avocat général ayant conclu à propos de l'arrêt *Cousin* (AP, 14 décembre 2001, LPA, 24 février 2002, p.125, conclusions M. DE GOUTTES ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN).

¹¹⁷² Le lien fonctionnel semble y être plus intense, V. *infra* n°250 et s.

¹¹⁷³ La référence à la faute de fonction existe depuis la création de l'article 1384 alinéa 5 du code civil, c'est-à-dire depuis 1804.

¹¹⁷⁴ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261, RTD civ. 1968, 149, obs. G. DURRY – Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108.

¹¹⁷⁵ A. BORIES, *La responsabilité civile des personnes morales*, RRJ 2006-3, p.1329, spé.n°3 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Tome 1. Conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°851.

¹¹⁷⁶ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. T. 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011, n°1154.

entre la faute et les fonctions. Encore convient-il d'y intégrer également le contentieux qualifiant la « faute personnelle »¹¹⁷⁷ du dirigeant, non seulement parce que décrivant la faute non fonctionnelle, elle donnera en miroir des éléments de définition de la faute de fonction, mais aussi parce qu'aux dires d'une certaine doctrine¹¹⁷⁸, les juges visent la faute personnelle là où il y a faute séparable des fonctions¹¹⁷⁹, et inversement¹¹⁸⁰.

Quant au mutisme gardé à propos du rattachement de la faute de l'organe à sa fonction, il tient sans doute à la conception retenue de la responsabilité de la personne morale. Il est ainsi convenu d'affirmer qu'il s'agit d'une responsabilité du fait personnel¹¹⁸¹ de la personne morale, conformément à la théorie organiciste qui a été précédemment condamnée¹¹⁸². Dans cette optique, la faute de l'organe *est* la faute de la personne morale. Il ne serait donc pas utile de passer par le truchement du lien fonctionnel pour engager sa responsabilité¹¹⁸³. Cependant, même si cette vision des choses est retenue, il est notable que la personne morale ne répond d'une illicéité que lorsque l'organe a agi en tant que tel, tant civilement que pénalement. *Mutatis mutandis*, l'organe devrait donc avoir agi dans le cadre de ses fonctions.

Doctrine et jurisprudence en attestent d'ailleurs. La première définit la faute personnelle du mandataire comme celle qui est « détachée » de ses fonctions¹¹⁸⁴ ou « étrangère aux fonctions »¹¹⁸⁵, soulignant ainsi que le contexte fonctionnel est pertinent pour distinguer la faute « ès qualités » et la faute personnelle¹¹⁸⁶. La seconde adopte, pour la responsabilité civile personnelle des personnes morales, des conditions de responsabilité si proches de celles du régime applicable aux commettants qu'elle semble parfois indifférente à la qualité réelle de l'agent fautif¹¹⁸⁷. La jurisprudence relative à l'engagement de la responsabilité de la personne

¹¹⁷⁷ CA Paris, 13 novembre 1996, Dr. sociétés 1997, comm. 39, note T. BONNEAU.

¹¹⁷⁸ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2009, n°393.

¹¹⁷⁹ CA Reims, 28 octobre 1998, RTD com. 1999, p.886 ; RTD com. 2001, p.454 – CA Paris, 22 mars 2002, Dr. sociétés 2002, comm. 178, note J. MONNET.

¹¹⁸⁰ CA Aix-en-Provence, 20 septembre 2000, JCP E 2001, p.1364 ; D. 2002, p.1821, note R. BESNARD GOUDET.

¹¹⁸¹ Alors qu'il serait possible d'admettre que la personne morale soit responsable du fait d'autrui en droit civil (V. la proposition de A. BORIES, *La responsabilité civile des personnes morales*, RRJ 2066-3, p.1329), une telle admission est *a priori* inadmissible en droit pénal, lequel consacre légalement (article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable que de son propre fait. ») et jurisprudentiellement (Crim. 16 décembre 1948, B. n°291 – 26 février 1956, JCP 1956, II, 9304, note G. DE LESTANG – Crim. 21 décembre 1971, B. n°366 – Crim. 3 février 1972, B. n°144) le principe d'une responsabilité *purement* personnelle. Le droit positif est cependant devenu coutumier d'aménagements s'écartant quelque peu du principe (V. *infra* n°705 et s.).

¹¹⁸² V. *supra* n°58.

¹¹⁸³ V. cependant, Crim. 24 janvier 1983, B. n°27 : « S'il est vrai qu'une société peut être déclarée civilement responsable de son gérant, c'est à la condition que soit relevée l'existence d'un lien de préposition entre ledit gérant et la personne morale ». L'explication de cette solution tient sans doute au contexte dans lequel il est intervenu, à savoir bien avant l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

¹¹⁸⁴ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2009, n°389 ; *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, CDE, 2001, p.16, spé. p.19.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹¹⁸⁶ Egaleme nt en ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd. 2012, n°1116, pour qui l'émancipation des fonctions opère disqualification de la qualité d'organe ou de représentant.

¹¹⁸⁷ V. Civ.1, 27 mai 1986, B. n°134, où l'organe dirigeant de la personne morale est qualifié de préposé – Civ. 1, 23 février 1972, JCP 1972, II, 17135, où il est difficile de savoir à quel titre la responsabilité de la personne

morale par la faute de ses organes sera donc retenue comme source de définition de la faute de fonction, en dépit du peu d'indications qu'elle est susceptible d'apporter, spécialement en matière civile. En effet, prenant acte du caractère personnel de la responsabilité de la personne morale, de nombreux arrêts statuent sans se référer à la faute d'un organe¹¹⁸⁸, laquelle n'étant ni identifiée, ni identifiable, ne peut être analysée.

Enfin, il est souvent difficile de distinguer le contentieux réservé à l'engagement de la responsabilité délictuelle de la personne morale de celui qui s'intéresse à l'engagement contractuel de celle-ci par les actes de ses dirigeants. La raison en est simple : les conditions seraient identiques dans ces deux domaines, du moins en ce qui concerne l'identification de l'acte du dirigeant conduisant à ces deux types d'engagement. Autrement dit, la qualité et l'étendue des pouvoirs du dirigeant appelleraient *a priori* le même raisonnement qu'il s'agisse de l'engagement contractuel ou délictuel de la personne morale¹¹⁸⁹.

206. Synthèse des sources et unité conceptuelle. – Pour conclure sur cette question des sources de la définition induite de la faute de fonction, il semblerait que la détermination de celle-ci puisse s'appuyer d'une part sur l'ensemble du contentieux relatif à l'engagement de la responsabilité civile ou pénale de la personne morale et d'autre part sur le contentieux relatif à l'engagement de la responsabilité personnelle du mandataire dirigeant et du préposé. Partant, il sera possible de conclure à l'unité conceptuelle de la faute de fonction dans deux cas de figure : soit en cas de convergence absolue des fautes de fonction, soit en cas de convergence relative.

207. Convergence absolue et convergence relative. – La convergence absolue serait obtenue si l'ensemble des contentieux étudiés renvoyait à une même faute de fonction. Cependant une convergence relative serait tout à fait satisfaisante qui correspondrait à l'existence de deux types de fautes de fonction : celle qui permet l'engagement de la responsabilité de la personne morale ou du commettant et celle qui permet d'immuniser le mandataire dirigeant ou le préposé. Pour statuer sur ces points, il convient de revenir plus avant sur les liens entre faute et fonction. Parce que relative à un lien, la recherche peut

morale est engagée – TGI Roanne, 29 avril 1986, JCP 1987, II, 20787, note G. BONNET – V. également l'usage de cette qualification pour régler le problème des cautionnements irréguliers avant la consécration de la théorie de l'apparence, Req. 8 mai 1940, Gaz. Pal. 1940, 2, 85, JCP 1941, II, 1610.

¹¹⁸⁸ Relativement à des sociétés, par ex. CA Paris, 30 janvier 1970, JCP 1971, II, 16592 – Civ. 1, 16 novembre 1976, B. n°351 : en encourageant l'inexécution, par un tiers, d'une obligation contractuelle qui aurait dû profiter au concurrent, « la société [...] a commis une faute » – Soc. 16 décembre 1976, B. n°690 – Com. 23 avril 1985, B. n°124 – Civ. 1, 18 janvier 1989, B. n°19, faisant état du manquement de la personne morale à son obligation de donner les soins nécessaires – Civ. 1, 7 juillet 1998, B. n°239, où la Cour approuve la Cour d'appel, « fondée à considérer que ce défaut d'organisation était, pour la clinique, constitutif d'une faute ».

S'agissant des associations, par ex. Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 : bien que la faute du dirigeant ait pu être identifiable dès lors que l'arrêt statue également sur le responsabilité personnelle du dirigeant, la Cour vise directement l'abus du droit d'agir en justice de l'association elle-même. – Civ. 2, 24 mars 1980, B. n°71 – Civ. 2, 2 octobre 1980, B. n°199 – Civ.1, 16 novembre 1982, B. n°331.

¹¹⁸⁹ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°849 et s. – *Contra, infra* n°476.

prendre deux orientations. Dans un premier temps, il s'agit de savoir ce qui crée le lien ; dans un second temps, ce qui le détruit. C'est ainsi que l'étude des critères de rattachement de la faute à la fonction (**Section 1.**) précédera celle des critères de détachement (**Section 2.**).

Section 1.

Les critères de rattachement de la faute à la fonction

208. Orientation des recherches et rappel historique. – C'est à propos de la faute de fonction du préposé que la question du rattachement de la faute a été initialement posée. Il est alors classique de rappeler que la question a créé une scission au sein de la Cour de cassation. La chambre criminelle privilégiait des critères objectifs de rattachement aux fonctions : temps, lieux ou instruments de la fonction¹¹⁹⁰ ; tandis que la section civile recherchait un lien de causalité ou de connexité suffisant avec les fonctions¹¹⁹¹. Ces deux positions sont ainsi stigmatisées : la section criminelle retenant des critères purement objectifs tandis que la section civile opérerait pour des critères plus subjectifs, à savoir la finalité poursuivie par le préposé¹¹⁹².

Si cette opposition semble désormais résorbée, elle permet de faire état de la possibilité de retenir deux catégories de critères de rattachement. Ces derniers doivent alors être interrogés comme étant susceptibles d'abord, de donner corps à la faute de fonction et ensuite, de lui conférer un caractère unitaire, insensible à la qualité de l'agent fautif. Seront donc successivement analysés, tant pour la faute du préposé que pour celle du mandataire dirigeant, les critères objectifs de rattachement (§ 1.) et les critères subjectifs de rattachement (§ 2.).

¹¹⁹⁰ L'exemple le plus connu est celui de l'arrêt *Nigro*, par lequel la chambre criminelle a condamné le propriétaire d'un cinéma à réparer le dommage subi par les parents d'une fillette ayant été violée et tuée dans les toilettes du cinéma par le préposé placeur au motif que « les crimes commis ont été facilités par sa qualité de placeur du cinéma [...] et ont été commis à l'occasion des fonctions qu'il exerçait ». (Crim. 5 novembre 1953, arrêt *Nigro*, D. 1953, p.698 ; RTD civ. 1954, p.92, obs. H. et L. MAZEAUD ; JCP 1953, II, 7818 bis, note R. MEURISSE).

¹¹⁹¹ Civ. 14 juin 1957, D. 1958, p.53, note R. SAVATIER : « Attendu que si le commettant peut, en dehors du dommage causé par le préposé dans l'exercice de ses fonctions, être également déclaré responsable des conséquences dommageables de l'activité de son employé, lorsque celle-ci s'exerce vers le but qu'il lui a fixé ou, plus exceptionnellement et suivant les circonstances, lorsque le préposé a utilisé, à des fins étrangères, les moyens mis par le commettant à sa disposition, c'est toutefois à la condition que le fait dommageable se rattache, par un *lien de causalité ou de connexité*, à l'exercice des fonctions et que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte de son commettant ; qu'il n'en est pas ainsi lorsque l'acte dommageable a trouvé sa source dans un abus de fonctions de la part du préposé, ledit abus supposant nécessairement que cet acte est étranger à la fonction ». – *Adde*, il a pu être avancé que les deux formations s'appuyaient sur le lien causal mais pas sur la même théorie causale : équivalence des conditions pour la section criminelle, causalité adéquate pour la section civile (C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t.520, 2010, n°158 ; en ce sens également, T. HASSLER, *La responsabilité des commettants, La jurisprudence de la Chambre criminelle depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 juin 1977*, D. 1980, p.125 – En ce sens aussi, les conclusions de l'avocat général P. GULPHE à propos d'AP 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730 ; F. CHABAS distinguait la cause génératrice (équivalence des conditions) qu'il critiquait et la cause finale (note sous AP 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120).

¹¹⁹² Sur ce point, V. C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°159.

§ 1. Les critères objectifs de rattachement de la faute

209. Identification des critères objectifs de rattachement. – Deux catégories de critères objectifs de rattachement semblent émerger de l'ensemble de la matière, un critère actuellement commun au préposé et au mandataire et d'autres pour le moment cantonnés à l'un seulement de ces sujets.

Alors qu'il conviendra d'énoncer brièvement les critères actuellement communs (A.) ; il sera nécessaire de consacrer des développements plus poussés aux critères possiblement communs (B.).

A. Le critère actuellement commun

210. L'exercice des attributions et le préposé. – Ce critère objectif de rattachement est certainement celui qui vient le premier à l'esprit alors qu'il serait question de définir la faute de fonction visée à l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Effectivement, la jurisprudence a pu y faire référence soit de manière explicite en rattachant l'acte fautif aux attributions¹¹⁹³, au « cadre normal des attributions¹¹⁹⁴ » ou à l' « exercice normal de ses attributions¹¹⁹⁵ » ; soit de manière implicite en faisant de l'autorisation du commettant avérée ou présumée¹¹⁹⁶ un critère de rattachement suffisant¹¹⁹⁷.

A l'égard du préposé, il convient toutefois de prévenir que ce critère de rattachement est un critère de définition suffisant mais pas nécessaire de la faute de fonction, la jurisprudence faisant peu de cas du dépassement de fonction¹¹⁹⁸. Il en irait peut-être différemment s'agissant du dirigeant.

211. L'exercice des attributions et le dirigeant. – La Cour de cassation affirme que « la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes »¹¹⁹⁹. La formule, lapidaire, n'a jamais été précisée par la jurisprudence et les développements consacrés au comportement desdits organes sont extrêmement rares¹²⁰⁰. De nombreux auteurs considèrent cependant que l'organe devra avoir agi « *ès qualités* »¹²⁰¹. Un premier réflexe

¹¹⁹³ Crim. 4 janvier 1996, B. n°6 – Civ. 2, 28 février 1996, B. n°53.

¹¹⁹⁴ Civ. 2, 12 juillet 1989, B. n°150 – Crim. 23 janvier 2001, B. n°21.

¹¹⁹⁵ Crim. 23 janvier 2001, B. n°21 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL.

¹¹⁹⁶ Crim. 13 mai 1980, B. n°144 – Crim. 4 août 1984, B. n°270.

¹¹⁹⁷ C'est un critère de rattachement se rapportant aux attributions du préposé car ces dernières sont déterminées par le commettant. Une autorisation fait donc naître une attribution *ad hoc*.

¹¹⁹⁸ V. *supra* n°214 et *infra* n°245 sur le sens à donner à ce dépassement.

¹¹⁹⁹ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 ; RTD civ. 1968, 149, obs. G. DURRY – Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108.

¹²⁰⁰ V. cependant, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°851 et s.

¹²⁰¹ A. BORIES, *La responsabilité civile des personnes morales*, RRJ 2006-3, p.1329, spé. n°3 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Tome 1. Conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°851.

consisterait alors à exiger que cette faute ait été commise dans l'exercice des attributions fonctionnelles¹²⁰², c'est-à-dire conformément à l'étendue des pouvoirs de l'organe¹²⁰³.

Ce critère objectif de rattachement, commun aux deux sujets d'étude, tiendrait à l'exercice des attributions fonctionnelles ou encore à un acte commis « es qualités ». Il est cependant d'usage peu courant en jurisprudence, sans doute parce qu'en sa présence, il ne fait guère débat du caractère fonctionnel de la faute et ne justifie donc pas de faire l'objet d'un contentieux. Les critères possiblement communs de rattachement appartiennent à un tout autre registre, celui des critères problématiques.

B. Les critères possiblement communs

212. Sources. – Le premier critère possiblement commun est issu du contentieux relatif à la faute du préposé, laquelle semble pouvoir être rattachée aux fonctions par le simple fait qu'elle ait été commise dans un contexte fonctionnel. Le second critère possiblement commun a été mis en exergue par le contentieux relatif à l'infraction commise par un organe ou un représentant pour le compte de la personne morale et plus précisément par les décisions ayant consacré une présomption d'imputation de l'infraction aux organes ou représentants.

213. Identification. – Le premier critère n'était guère difficile à dégager de la jurisprudence et s'analyse comme l'existence d'un contexte fonctionnel. Le second critère semble renvoyer au caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute, lequel devra être expliqué à la lumière du contentieux dont il est originaire.

Ces critères ont en commun qu'ils n'existent ostensiblement qu'à l'égard d'un seul des sujets étudiés et/ou dans une matière donnée. Il conviendra donc de vérifier qu'ils pourraient être appliqués à la fois à l'endroit du mandataire et à l'endroit du dirigeant, voire en toutes matières. Pour ce faire, il sera nécessaire d'en faire une appréciation critique. Ce travail sera effectué d'abord à propos du contexte fonctionnel (1.) puis à propos du caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute (2.).

1. Un contexte fonctionnel

214. Faute du préposé et contexte fonctionnel. – C'est à son seul égard que la faute de fonction a pu être définie comme celle qui a été commise « au temps¹²⁰⁴ », « au lieu de

¹²⁰² Civ. 15 janvier 1872, D. 1872, p.166 : « sphère des attributions ».

¹²⁰³ V. cependant, *infra* n°246 et s.

¹²⁰⁴ Civ. 2, 22 mai 1995, B. n°154 ; JCP 1995, I, 3893, n°12, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1996, p.181, obs. P. JOURDAIN – Civ. 2, 22 janvier 1997, B. n°21 ; RCA 1997, comm. 123 – Crim. 16 février 1999, B. n°23 ; RTD civ. 1999, p.409, obs. P. JOURDAIN ; Dr. pén. 2000, Chron. 9, *Les sociétés de surveillance face aux abus de*

travail¹²⁰⁵ » ou avec les moyens de la fonction¹²⁰⁶, voire même celle qui trouve sa motivation dans les fonctions¹²⁰⁷. Cette seule référence au contexte de la fonction, par opposition à l'exercice de la fonction, fait dire à la doctrine que l'évolution jurisprudentielle a finalement abouti à consacrer la conception purement objective, et à ce titre, extensive, de la faute de fonction retenue par la chambre criminelle¹²⁰⁸.

L'origine de cette jurisprudence est attribuée à un rapprochement audacieux avec les solutions du droit du travail concernant l'application de la loi du 9 avril 1898, laquelle qualifiait d'accidents du travail ceux qui étaient survenus « à l'occasion du travail »¹²⁰⁹. Pourtant, il n'est pas certain que ce transfuge du droit du travail soit vraiment justifié. En effet, il n'est pas acquis que la loi du 9 avril 1898 et l'article 1384 alinéa 5 du Code civil aient exactement les mêmes fondements¹²¹⁰ et répondent aux mêmes conditions¹²¹¹.

La doctrine se prononce d'ailleurs en faveur d'une conception plus raisonnable du contexte fonctionnel, en souhaitant que la faute de fonction du préposé soit définie comme celle qu'il n'a pu commettre que grâce à l'exercice de ses fonctions¹²¹².

215. Faute du dirigeant et contexte fonctionnel. – Un tel renvoi au seul contexte de commission de la faute est inconnu du contentieux relatif au dirigeant. Tout juste pourrait-il transpirer de certaines propositions doctrinales relatives à l'infraction commise pour le compte de la personne morale, donnant à l'expression le sens d'une infraction commise « dans l'exercice des fonctions ou peut-être à l'occasion de l'exercice de celles-ci »¹²¹³ ou à la faute

fonction de leurs préposés, D. KERSENTY – Crim. 19 février 2003, B. n°43 – Déjà avant la cristallisation de la définition par l'Assemblée plénière de 1988 : Crim. 2 novembre 1971, D. 1973, p.21, note C. LARROUMET – Crim. 30 juin 1987, B. n°277 – Crim. 12 janvier 2011, n°09-88508 ; RCA 2011, comm. 134 – Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202 – Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL.

¹²⁰⁵ Civ. 2, 22 mai 1995, réf. préc. – Civ. 2, 22 janvier 1997, réf. préc. – Crim. 25 mars 1998, B. n°113 – Crim. 16 février 1999, réf. préc. – Crim. 12 janvier 2011, réf. préc. – Civ. 2, 17 mars 2011, réf. préc. – Civ. 2, 24 mai 2012, réf. préc.

¹²⁰⁶ Crim. 8 février 1990, RCA 1990, comm. 143 – Civ. 2, 19 janvier 1994, B. n°34 – Civ. 2, 22 mai 1995, réf. préc. – Crim. 25 mars 1998, réf. préc. – Crim. 16 février 1999, réf. préc. – Civ. 2, 16 juin 2005, RCA 2005, comm. 243 – Crim. 12 janvier 2011, réf. préc. – Civ. 2, 17 mars 2011, réf. préc. – Civ. 2, 24 mai 2012, réf. préc.

¹²⁰⁷ Crim. 25 mars 1998, B. n°113 : assassinat du chef de service par le subordonné à qui il venait d'apprendre son licenciement.

¹²⁰⁸ V. la belle formule de P. BRUN qui écrit : « Tel est le dernier avatar d'une évolution jurisprudentielle sinusoïdale en forme de révolution copernicienne, puisque, après bien des détours, on est peu ou prou revenu au point de départ... » (*Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°456 *in fine*).

¹²⁰⁹ V. article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale : « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail ». La jurisprudence applique une présomption de l'origine professionnelle de l'accident survenu dans l'entreprise, au temps et au lieu de travail (Civ. 2 mars 1903, DP 1903, 1, p.273 – Soc. 4 novembre 1970, D. 1970, p.621, note J.-J. DUPEYROUX).

Un auteur évoque cette origine : R. SAVATIER, note sous Civ. 2, 14 juin 1957, D. 1958, p.53, spé. p.54.

¹²¹⁰ La responsabilité du chef d'entreprise pour les accidents du travail est fondée sur le principe du risque professionnel. – *Comp.* le fondement retenu de la responsabilité civile du commettant, *infra* n°430 et s.

¹²¹¹ En témoigne le régime des accidents de trajet. Ils sont légalement assimilés à des accidents du travail. – Sur cette notion, V. not. L. MILET, *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, coll. Bib. de droit social, t. 35, 2002.

¹²¹² P. JOURDAIN note sous Civ. 2, 3 juin 2004, RTD civ. 2004, p.742.

¹²¹³ H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales in Dix ans après la réforme de 1994*, CUJAS, coll. « ISC de Poitiers », 2005/24, p.67, spé. p.71.

permettant d'engager la responsabilité civile de la personne morale, lui donnant les contours d'une « faute se rapport[ant] à l'exploitation »¹²¹⁴. A titre anecdotique, peut-être en est-il également question lorsque la Cour de cassation admet que la responsabilité civile de la personne morale soit engagée aux motifs de l'utilisation de courrier à en-tête¹²¹⁵.

Le caractère peu justifiable d'un critère objectif apparemment si ténu de rattachement aux fonctions n'autorise pas, pour le moment, que soit proposée la transposition de ce critère à l'endroit du dirigeant. Si ce critère ne doit donc pas être retenu au titre de critère commun de rattachement, c'est parce qu'il ne devrait sans doute pas être retenu du tout, sauf à admettre la restriction raisonnable proposée par la doctrine¹²¹⁶.

Le critère tenant au caractère intrinsèquement fonctionnel sera-t-il plus admissible ?

2. Le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute

216. L'émergence du critère dans le contentieux pénal. – Cette émergence découle du mécanisme désormais illustre de la présomption d'imputation de l'infraction à un organe ou à un représentant. Cette solution fut le fruit d'une évolution prudente ayant débuté par l'inutilité d'identifier dès l'origine des poursuites engagées contre la personne morale, la personne physique intervenue ès qualités¹²¹⁷. La Cour de cassation a ensuite admis la présomption à propos d'infractions commises par imprudence¹²¹⁸ et à propos d'infractions intentionnelles¹²¹⁹. Cette présomption reçoit toujours la même motivation de la part de la Cour de cassation qui affirme en général que « les infractions ne peuvent avoir été commises, pour le compte de la personne morale que par ses organes ou ses représentants ».

Ainsi formulée, il s'agit à l'évidence d'une présomption de fait¹²²⁰, c'est-à-dire d'une simple technique probatoire¹²²¹ *a priori* compatible avec l'article 121-2 du Code pénal¹²²².

¹²¹⁴ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. T. 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011, n°1154.

¹²¹⁵ Com. 12 janvier 1993, où l'engagement de la personne morale a découlé du seul usage du papier à en-tête de la société dans une correspondance ayant pour objet la construction d'une piscine dans la propriété privée du dirigeant (Bull. Joly 1993, § 93, note J.-F. BARBIERI).

¹²¹⁶ V. *supra* n°214.

¹²¹⁷ Crim. 24 mai 2005, Dr. pén. 2005, comm. 151, obs. J.-H. ROBERT

¹²¹⁸ Crim. 20 juin 2006, JCP 2006, II, 10199, note E. DREYER ; D. 2007, p.617, note J.-C. SAINT-PAU ; Dr. pén. 2006, comm. 128, obs. M. VERON ; RSC 2006, p.825, obs. Y. MAYAUD – Crim. 26 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 135, obs. M. VERON – Crim. 24 mars 2009 (délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur), Dr. pén. 2009, comm. 84, obs. J.-H. ROBERT – Crim. 16 décembre 2009 (publicité de nature à induire en erreur), Gaz. Pal. 24 mars 2010, p.20, obs. S. DETRAZ.

¹²¹⁹ Crim. 25 juin 2008 (faux et complicité de faux), Dr. pén. 2008, comm. 140, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2009, p.89, obs. E. FORTIS ; RPDP 2008, p.859, obs. P. BONFILS – Crim. 28 janvier 2009 (entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé), Dr. pén. 2009, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT – Crim. 1^{er} décembre 2009 (tromperie), Dr. pén. 2010, comm. 74, obs. M. VERON.

¹²²⁰ J.-C. SAINT-PAU, note sous Crim. 20 juin 2006, réf. préc.

¹²²¹ P. BONFILS, sous Crim. 25 juin 2008, réf. préc.

¹²²² *Contra*, M. VERON qui juge que la présomption « vide l'article 121-2 d'une grande partie de son contenu » (obs. sous Crim. 23 mai 2006 et 20 juin 2006, Dr. pén. 2006, comm. 128) – Le même auteur considère qu'il n'est pas fait une interprétation stricte de l'article 121-2 du Code pénal (obs. sous Crim. 26 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 135).

Alors qu'il est question d'imputer la matérialité d'une infraction à l'organe ou au représentant, l'usage de la présomption est admissible. Ainsi, les infractions d'imprudence reprochées¹²²³ ne pouvaient effectivement avoir été commises que par un organe ou un représentant parce que leur élément matériel, en général une abstention, ne pouvait être caractérisé qu'à leur égard, l'obligation d'agir qu'elle postule ne relevant que de leurs fonctions. De manière analogue il ressortait des faits établis par les juges du fond que la matérialité des infractions intentionnelles imputées par le biais de la présomption ne pouvait avoir été commise que par un organe ou un représentant¹²²⁴.

La présomption n'est ainsi usitée que lorsque l'obligation d'agir ou l'interdiction, dont l'irrespect avait permis la constitution de l'infraction, étaient légalement rattachée à l'exercice de la fonction d'un organe, à sa seule qualité. L'infraction était de ce point de vue intrinsèquement fonctionnelle¹²²⁵. C'est également pourquoi, il n'est pas nécessaire de rechercher un autre critère de rattachement. Il n'est donc plus indispensable de s'assurer que l'infraction a été commise « pour le compte » de la personne morale. Cette considération est transformée en moyen de défense, « la personne morale pouvant s'exonérer si elle démontre que l'infraction n'a pas été commise pour son compte par un organe ou un représentant »¹²²⁶.

¹²²³ Crim. 20 juin 2006, réf. préc – Crim. 26 juin 2007, réf. préc.

¹²²⁴ Crim. 28 janvier 2009 (réf. préc.) : entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé – Crim. 24 mars 2009 (réf. préc.) et Crim. 16 décembre 2009 (réf. préc.) : délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur –; Crim. 1^{er} décembre 2009 (réf. préc.) : tromperie commerciale.

Comp., Crim. 25 juin 2008 (réf. préc.) : les sociétés ont été condamnées pour faux et complicité de faux, infractions de droit commun. Or, la matérialité de cette infraction résultait de factures de prestations de services. Il était dès lors difficile de déduire de ces faits qu'ils avaient nécessairement été commis par des organes ou représentants, les préposés même non délégataires étant, en principe, habilités à établir de tels documents. Les juges approuvés par la Cour de cassation, ont donc pris soin de relever que les faux « s'inscrivaient dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause » pour justifier qu'ils ne pouvaient avoir été commis que par leurs organes ou représentants. Ainsi formulée la motivation semble inverser le mécanisme légal d'imputation. C'est parce que les faux peuvent être imputés à la personne morale à raison d'une « politique commerciale » qu'ils peuvent être imputés à ses organes ou représentants, cette dernière imputation permettant d'imputer (de nouveau) les infractions à la personne morale. Cette situation quelque peu ubuesque a fait dire à certains commentateurs que par le biais de la présomption d'imputation, la Cour de cassation a fait réapparaître la faute distincte de la personne morale (J.-H. ROBERT, obs. sous Crim. 24 mars 2009, Dr. pén. 2009, comm. 84).

V. déjà de manière très évidente, Crim. 21 mars 2000, Dr. pén. 2000, comm. 131, note M.VERON – Crim. 6 avril 2004, Dr. pén. 2004, comm. 108, obs. J.-H. ROBERT.

¹²²⁵ Une doctrine explique alors l'imputation à raison de la fonction professionnelle assumée par l'agent (M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°290 et s.). Il n'est pas certain toutefois que le caractère professionnel soit toujours prépondérant, dès lors que certaines obligations légales s'attachent plus volontiers à la seule activité dirigeante même non professionnelle.

¹²²⁶ J.-Y. MARECHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP 2009, 249, n°13 – En ce sens, peut-être : Crim.13 septembre 2005, n°04-87653 : l'un des moyens reprochait aux juges du fond de n'avoir pas vérifié que le délégataire avait agi dans les limites de ses missions « donc sans rechercher s'il avait bien agi pour le compte » de la personne morale. La Cour de cassation écarte ce moyen au motif qu'il n'avait jamais été soutenu que le conducteur des travaux délégataire n'avait pas agi dans les limites de sa délégation ou qu'il n'avait pas agi pour le compte de la personne morale – V. également Crim. 29 janvier 2008, n°07-80264, il n'y avait pas délégation de pouvoir au profit de la responsable du service des réservations donc, pas de responsabilité de la personne morale.

217. Devenir de ce critère de rattachement. – Alors que la présomption d'imputation semble avoir été réemployée à plusieurs reprises¹²²⁷, deux arrêts sèment le doute car ils pourraient être interprétés comme l'amorce de sa remise en cause.

Dans un premier arrêt du 11 octobre 2011¹²²⁸, le salarié d'une entreprise de travaux électriques était décédé alors qu'il effectuait une opération de maintenance qui lui avait été confiée par EDF. L'enquête avait permis de découvrir que deux agents d'EDF, chargés de préparer l'intervention du salarié, avaient omis de faire procéder à la coupure de l'alimentation, ce qui avait conduit à l'électrocution du salarié et, consécutivement, à sa chute. Poursuivis pour homicide involontaire, les agents EDF avaient été condamnés en raison de leur manquement aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail instituant des obligations de sécurité. La Cour d'appel avait également condamné EDF au motif que les agents condamnés étaient les représentants de cette société. Cette décision fut cassée par la chambre criminelle qui estima que la Cour d'appel ne s'était pas suffisamment expliquée sur l'existence effective d'une délégation de pouvoirs ni sur le statut et les attributions des agents mis en cause, ce qui ne lui permettait pas de qualifier les agents de représentants de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal.

En accordant une importance particulière à la question de l'identification du représentant de la personne morale, la solution reviendrait implicitement sur la présomption d'imputation¹²²⁹.

Dans un second arrêt du 11 avril 2012¹²³⁰ la Cour de cassation a rejeté la possibilité de retenir la responsabilité pénale d'une société aux motifs « qu'en se prononçant sans mieux rechercher si les manquements relevés résultaient de l'abstention d'un des organes ou représentants de la société, et s'ils avaient été commis pour le compte de cette société, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision ». Guère plus explicite que l'arrêt du 11 octobre 2011, l'arrêt est diversement interprété par la doctrine. Certains auteurs y voient à titre principal, bien qu'implicitement, la volonté d'exclure les délégués de la catégorie des « organes ou représentants »¹²³¹ tandis que d'autres notent qu'elle condamne explicitement l'imputation directe d'une infraction à la personne morale mais n'exclut pas la validité d'une présomption d'imputation¹²³². A l'appui de cette dernière analyse, il convient en effet d'attirer l'attention sur le fait que les motifs de la Cour d'appel étaient à cet égard (et à bien

¹²²⁷ Crim. 15 février 2011, Dr. pén. 2011, comm. 62, obs. M. VERON – Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p.8, note J.-C. SAINT-PAU.

¹²²⁸ D. 2011, p. 2841, note N. RIAS.

¹²²⁹ N. RIAS, réf. préc.

¹²³⁰ Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2012, 740, note J.-H. ROBERT.

¹²³¹ J.-H. ROBERT, réf. préc.

¹²³² J.-C. SAINT-PAU, réf. préc.

d'autres¹²³³), bien peu orthodoxe puisqu'elle fondait sa condamnation sur le fait « qu'à défaut d'avoir dispensé une formation pratique et appropriée, la personne morale a créé la situation ayant permis la réalisation du dommage ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter ».

En somme, il faudra encore d'autres décisions de la Cour de cassation pour convaincre de la disparition de la présomption d'imputation.

218. Appréciation de ce critère de rattachement. – Le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute pénale commise est assurément un bon critère de rattachement de la faute aux fonctions. Il justifie parfaitement la mise à l'écart de la démonstration effective d'une infraction commise pour le compte de la personne morale.

Le bât blesse, en revanche, vis-à-vis de la caractérisation de l'élément moral de l'infraction. Si le caractère non intentionnel des infractions d'imprudence autorise l'utilisation de la présomption, étant entendu que l'élément moral des imprudences – constitué d'un état d'esprit négatif (défaut de vigilance) – est toujours induit de l'élément matériel¹²³⁴, peut-il en être ainsi à l'endroit des infractions intentionnelles ? Selon une partie de la doctrine, il ne saurait être fait usage d'une quelconque présomption en ce domaine car la mauvaise foi doit être démontrée¹²³⁵. Cependant, cette démonstration de l'intention coupable repose couramment¹²³⁶ et nécessairement sur une présomption de fait, le juge étant dans l'impossibilité de « sonder les cœurs et les reins » des délinquants. D'un fait connu – la matérialité du comportement reproché – il présume donc un fait inconnu – l'intention¹²³⁷. La Cour de cassation n'a jamais censuré une telle méthode probatoire¹²³⁸, laquelle est en outre conforme tant à la

¹²³³ La Cour d'appel n'impute ni les éléments constitutifs des infractions à l'hygiène et à la sécurité ni ceux de l'infraction d'imprudence puisqu'elle lui reproche seulement d'être un auteur indirect. La personne morale est pourtant exclue du champ d'application de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal. – V. *infra* n°734.

¹²³⁴ J.-C. SAINT-PAU, note sous Crim. 20 juin 2006, réf. préc. – P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°385.

¹²³⁵ H. MATSOPOULOU, note sous Crim. 25 juin 2008, Rev. sociétés 2008, p.873, spé. n°3.

¹²³⁶ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*

¹²³⁷ Pour ce faire, le juge procède donc à une appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. Il s'appuie en effet sur la conscience qu'aurait eu un modèle de référence, placé dans les mêmes circonstances de fait (V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999, n°447).

¹²³⁸ Une partie de la doctrine semble pourtant affirmer que la Cour de cassation, en admettant que l'imputation de l'infraction puisse être présumée, remet en cause sa jurisprudence antérieure exigeant que l'élément moral soit démontré en la personne de l'organe ou du représentant (Crim. 2 décembre 1997, JCP 1998, II, 10023, rapp. F. DESPORTES ; JCP E 1998, 948, obs. P. SALAVAGE ; RSC 1998, 536, obs. B. BOULOC ; Bull. Joly 1998, § 512, note J.-F. BARBIERI ; D. 1999, 152, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE). Or, cette décision n'est pas incompatible avec la présomption d'imputation. En effet, en 1997, ce qui était reproché aux juges du fond était la caractérisation distributive des éléments constitutifs de l'infraction, l'élément matériel en la personne de l'organe, l'intention en la personne de la société elle-même. La Cour de cassation exigeait donc que l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction soit établi en la personne de l'organe. Elle n'interdisait pas en revanche que l'établissement de ces éléments découle du mode probatoire que constitue la présomption de fait.

L'arrêt du 18 janvier 2000 (D. 2000, p.636, note J.-C. SAINT-PAU ; Bull. Joly 2000, § 194, obs. P. DELEBECQUE ; Dr. pén. 2000, comm. 72, obs. M.VERON ; JCP 2000, II, 10395, note F. DEBOVE) n'est guère plus probant qui reprochait aux juges du fond d'avoir évincé de la faute de certains agents (non qualifiés d'organes ou de représentants), celle de la personne morale. La censure ne concerne donc pas le mécanisme d'imputation de l'infraction à un organe, lequel était inexistant.

Constitution¹²³⁹ qu'au droit européen¹²⁴⁰. Par ailleurs, il est remarquable que cette présomption d'imputation intervienne alors que sont en cause des professionnels à propos desquels, même en dehors du contexte de la responsabilité pénale de la personne morale, la caractérisation de l'intention est presque automatique, les juges refusant au professionnel toute incompétence ou erreur technique¹²⁴¹. La situation aboutit alors à « matérialiser » des infractions d'imprudence, voire à établir de véritables « présomptions de responsabilité »¹²⁴² qui font l'objet d'appréciations doctrinales diverses¹²⁴³. Finalement l'imputation de l'infraction à l'organe ou au représentant ressemble à s'y méprendre à celle qui s'opère à propos du chef d'entreprise¹²⁴⁴, laquelle est qualifiée de fonctionnelle à raison du critère actuellement exposé¹²⁴⁵.

Cette critique ne peut guère être reçue dans le cadre de la responsabilité civile, tant la considération pour l'état d'esprit du fautif y est résiduelle, ce qui autorise la transposition de du critère de rattachement tenant au caractère intrinsèquement fonctionnel de la prescription violée.

219. La transposition du critère de rattachement au droit non pénal. – Il est incontestable que ce nouveau critère de rattachement peut techniquement être transposé en dehors de la matière pénale. Si la faute commise correspond à la violation d'une obligation intrinsèquement fonctionnelle c'est-à-dire tirant sa raison d'être dans l'exercice même de la

¹²³⁹ Ainsi, les présomptions de culpabilité sont admises dès lors qu'elles sont réfragables, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité (CC, 16 juin 1999, n°99-411 DC : JO 19 juin 1999, p.9019).

¹²⁴⁰ Il n'y a pas violation de la présomption d'innocence (protégée par l'article 6 § 1 CEDH) dès lors que « tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit et que la convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais oblige les Etats contractants à ne pas dépasser les limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku* : série A, n°141-A). – *contra*, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°15.

¹²⁴¹ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°102 et s., spé. n°104 – A cet égard, M.-A. FRISON-ROCHE propose une explication très intéressante, reposant sur la théorie des coûts de transaction (J. COASE, *Le coût du droit*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2000). Cette théorie estime que l'opérateur économique agira toujours en poursuivant l'objectif de maximisation des profits, fut-ce au prix de la violation des règles. Tant que cette violation reste économiquement rationnelle, elle sera choisie par l'opérateur. Selon M.-A. FRISON-ROCHE, « l'acte contraire à la loi, commis par l'agent rationnel, prouve sa volonté de la méconnaître, puisque sa rationalité commandait qu'il le fit. [...] On évoque alors la preuve dite économique de l'intention malicieuse, qui se réfère à la rationalité, par opposition à la preuve dite juridique, qui se réfère, elle, au libre arbitre » (*La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier in La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.17, spé. n°25).

¹²⁴² H. MATSOPOULOU, *op.cit.*, n°3.

¹²⁴³ Certains auteurs y sont hostiles (notamment, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°15 ; C. MASCALA, *Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires*, D. 2004, p.3050) ; d'autres la justifient, par la nécessité de moraliser le monde professionnel (par exemple, M. BENEJAT, *op.cit. loc.cit.* ; W.JEANDIDIÉ, « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p.369, spéc. n°10 à 13 ; J.-H. ROBERT, « L'élément moral des infractions contre l'environnement », RSC 1995, p.356). Il est sans doute dommage que la poursuite de cet objectif louable doive passer par la violation du principe de légalité criminelle, lequel participe de la sécurité juridique des citoyens.

¹²⁴⁴ V. *infra* n°707 et s.

¹²⁴⁵ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°290 et s. – Dans le même sens, E. DREYER, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813.

fonction, il est vraisemblable que le rattachement fonctionnel soit acquis tant qu'il n'est pas démontré que le dirigeant n'avait pas agi pour le compte de la personne morale¹²⁴⁶. Il n'est pas exclu d'ailleurs que la jurisprudence raisonne ainsi depuis l'avènement de la responsabilité civile de la personne morale¹²⁴⁷.

Il n'est guère fait état de ce critère dans le contentieux du préposé. Cependant, il pourrait être admis dans l'hypothèse fréquente où le préposé bénéficie d'une délégation de pouvoirs ou dans celui où il occupe des fonctions non subalternes réglementées. Une telle vérification pourrait d'ailleurs être opérée en droit pénal. En effet, alors que la doctrine propose des définitions scrupuleuses en énonçant que « les organes sont, de manière générale, les personnes chargées par la loi ou les statuts d'administrer et de gérer la personne morale, c'est-à-dire de participer au processus d'élaboration de la volonté de la personne morale et ensuite de présider à l'exécution de la décision ainsi prise ; quant aux représentants, ce sont plutôt les personnes chargées des rapports de la personne morale avec les tiers »¹²⁴⁸, la chambre criminelle est plus souple et considère que « l'agent commercial lié par un contrat de mandat » (le courtier) est un représentant alors même qu'il ne dispose pas du pouvoir d'agir au nom de la personne morale¹²⁴⁹ ou que le salarié titulaire d'une délégation¹²⁵⁰ ou d'une subdélégation¹²⁵¹ de pouvoir engage également la responsabilité de la personne morale. Ces solutions sont parfois contestées par la doctrine¹²⁵², qui y voit notamment un dévoiement inopportun de la notion de représentant de la personne morale¹²⁵³. Il apparaît toutefois que

¹²⁴⁶ Pour libérer la personne morale de sa responsabilité civile, il serait ici insuffisant de démontrer que la faute n'a pas été commise par un organe ou un représentant, sauf à démontrer qu'elle n'a pas été commise non plus par un préposé. En effet, la personne morale est également responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

¹²⁴⁷ A vrai dire, il semble évident que la jurisprudence raisonne ainsi lorsqu'elle engage directement la responsabilité civile de la personne morale sans passer par le truchement de ses organes, V. *supra* n°205.

¹²⁴⁸ G. ROUJOU DE BOUBEE, *La responsabilité pénale des personnes morales in Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 539.

La doctrine pénaliste propose une autre distinction selon laquelle les représentants visés par l'article 121-2 du Code pénal seraient non seulement « les personnes qui, en vertu des statuts, ont la possibilité d'agir au nom de la personne morale que celles à qui des textes spéciaux confient le soin d'agir pour le compte de ladite personne morale, le plus souvent suite à une désignation par l'autorité judiciaire » (H. MATSOPOULOU, *Extension de l'imputabilité des personnes morales in Dix ans après la réforme de 1994*, CUJAS, coll. « ISC de Poitiers », 2005/24, p.67, spé. p.72).

¹²⁴⁹ Crim. 23 février 2010, Dr. pén. 2010, comm. 73, obs. J.-H. ROBERT.

¹²⁵⁰ Crim. 1^{er} décembre 1998, D. 2000, p.34, note M.-A. HOUTMANN ; RSC 1999, p.336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE – Crim. 30 mai 2000, B. n°206.

¹²⁵¹ Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC.

¹²⁵² J.-F. BARBIERI, *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, LPA 1993, n°130, p.22, spé. p.28 ; M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, JCP E , 1994, CDE n°5, p.29 ; *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, LPA 1996, n°149, p.21 ; H. MATSOPOULOU, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. sociétés 2004, p.283, spé.n°22 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°330 – Certains auteurs approuvent la solution : G. GIUDICELLI-DELAGE, obs. sous Crim. 1^{er} décembre 1998, réf. préc. ; B. MERCADAL, *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994, n°4, p.375, n°10.

¹²⁵³ Ainsi, est-il argué que le délégataire de pouvoir ne représente pas la personne morale mais seulement la personne physique délégante (H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, p.74) – Dans le même sens, J.-H. ROBERT, *Les*

l'évolution du droit positif aille irrémédiablement en ce sens, puisque la chambre criminelle a étendu sa définition extensive des organes et représentants aux agents publics susceptibles d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale de droit public¹²⁵⁴. La chambre criminelle a peut-être dès lors consacré l'usage de la présomption d'imputation et partant du critère tenant au caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute vis-à-vis d'un préposé non subalterne.

L'adoption d'un tel critère n'est cependant pas indispensable en matière civile dès lors qu'un simple contexte fonctionnel semble suffire à la Cour de cassation, et en particulier à la chambre criminelle¹²⁵⁵.

220. Conclusion du § 1. – Les critères objectifs de rattachement de la faute à la fonction rendent compte d'une unification possible de la faute de fonction. Pour la plupart de ces critères, il ne s'agit cependant que d'une possibilité, l'état du droit positif ne permettant pas d'aller au-delà. Les critères subjectifs de rattachement en diront peut-être plus sur cette possible unification.

§ 2. Les critères subjectifs de rattachement de la faute

221. Dédoublage d'un critère subjectif unique. – Lorsque la Cour de cassation use de critères subjectifs de rattachement, elle renvoie toujours à un critère psychologique, à savoir un état d'esprit. Cependant, elle ne fait pas toujours référence à l'état d'esprit du même sujet puisqu'elle renvoie tantôt – et cela est étrange – à l'état d'esprit de la victime, tantôt à l'état d'esprit de l'auteur de la faute.

222. Critères communs à la faute du préposé et du dirigeant. – Interrogeant la possibilité de l'unification de la faute de fonction, il convient de retenir la scission précédemment évoquée, à savoir l'état d'esprit de l'auteur (**A.**) et l'état d'esprit de la victime (**B.**), afin de vérifier qu'ils constituent effectivement des critères communs de rattachement des fautes du préposé et du dirigeant.

préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVRAT*, PUF 2001, p.384 ; B. BOULOC, obs. sous Crim. 14 décembre 1999, réf. préc.

¹²⁵⁴ Crim. 6 avril 2004, Dr. pén. 2004, comm. 108, obs. J.-H. ROBERT : la Cour se contente de « supérieurs hiérarchiques ».

¹²⁵⁵ V. *infra* n°214.

A. L'état d'esprit de l'auteur

223. Finalité poursuivie¹²⁵⁶. – L'état d'esprit de l'agent est un critère efficace de rattachement à la fonction dès lors qu'il renvoie à la finalité recherchée par l'agent lors de la commission de sa faute. Conformément à ce qui a été démontré à propos des critères objectifs de rattachement, la considération pour la finalité recherchée par le préposé est moindre en jurisprudence. Cette dernière se contente cependant parfois de ce que le préposé soit mu par la volonté d'agir pour le compte de son commettant, pour que sa faute soit fonctionnelle¹²⁵⁷. De manière analogue, il est parfois fait état des velléités du dirigeant pour retenir le caractère fonctionnel de sa faute civile¹²⁵⁸. Il permet même parfois de passer outre le non-usage des prérogatives fonctionnelles du dirigeant pour établir le caractère fonctionnel de la faute et engager la responsabilité de la personne morale¹²⁵⁹. Ces occurrences à la finalité poursuivie par l'auteur de la faute sont cependant peu nombreuses en droit civil et commercial, ce qui s'explique par le rôle prépondérant des critères objectifs. La situation est toute autre en droit pénal.

224. Rôle prépondérant en droit pénal de la finalité poursuivie. – Ce rôle prépondérant tient à l'exigence légale¹²⁶⁰ de la caractérisation d'une infraction commise « pour le compte » de la personne morale afin d'engager la responsabilité pénale de celle-ci. Si la définition négative de l'expression « pour le compte » est acquise¹²⁶¹, sa définition positive est nettement plus délicate. N'ayant pas vraiment fait l'objet d'un problème de droit soumis à la Cour de cassation, celle-ci ne s'est jamais expressément prononcée sur cette condition¹²⁶². Sans s'exprimer spécifiquement à ce propos, la Cour de cassation approuve seulement les juges du fonds pour avoir retenu la responsabilité de la personne morale alors que l'infraction avait été commise « en son nom et pour son compte »¹²⁶³.

¹²⁵⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Tome 1, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°799.

¹²⁵⁷ Crim. 14 juin 1990, B. n°245 : coups portés lors d'une altercation visant à faire respecter le règlement intérieur du restaurant du commettant. – Pour un exemple récent, Crim. 7 septembre 2010 qui retient la responsabilité du commettant alors que le préposé avait « agi pour défendre les intérêts de son employeur » (n°09-86247).

¹²⁵⁸ Com. 13 décembre 2005, pourvoi n°04-11020.

¹²⁵⁹ Com. 4 mai 1999, Bull. Joly 1999, § 284, note L.GODON.

¹²⁶⁰ Article 121-2 du Code pénal.

¹²⁶¹ V. *infra* n°243, 739.

¹²⁶² En ce sens, J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 10 février 2005, p.137. – Adde, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010, n°356.

¹²⁶³ Crim. 16 février 2010, 1^{ère} espèce, Dr. pén. 2010, comm. 74, note M. VERON. – V. aussi, CA Caen, 17 décembre 1997, Dr. pén. 1998, comm. 82, obs. M. VERON.

Quant au législateur, il semble avoir souhaité adopter une « voie médiane »¹²⁶⁴ en rejetant la nécessité de caractériser une infraction commise « dans l'intérêt collectif » de la personne morale, sans empêcher qu'un tel lien puisse être établi. Il est alors souvent fait renvoi au *profit* recueilli par la personne morale pour expliquer l'infraction commise pour son compte¹²⁶⁵. A tout le moins, il devrait sans doute être moins question du profit effectivement retiré que du profit escompté¹²⁶⁶, ce dernier s'inscrivant par ailleurs avec plus d'évidence dans la catégorie des critères subjectifs de rattachement.

Allant plus loin, certains auteurs proposent également que « toute action ou omission, intentionnelle ou non intentionnelle, pouvant être comprise comme mode opératoire de la personne morale elle-même »¹²⁶⁷ engage sa responsabilité pénale. Une telle méthode d'imputation de l'infraction à la personne morale ne s'éloigne-t-elle pas quelque peu des exigences légales ? Elle peut en effet être comprise comme renvoyant à la faute distincte voire diffuse de la personne morale, lesquelles ne sont pas des infractions commises par un organe pour le compte de la personne morale. Pourtant, certains juges du fond accréditent cette idée selon laquelle l'infraction commise pour le compte est celle qui correspond à la « culture de l'entreprise »¹²⁶⁸ lorsqu'ils inscrivent l'infraction commise dans une « stratégie d'entreprise »¹²⁶⁹ ou un « effet collectif »¹²⁷⁰. Ce faisant, ils n'optent ni pour une faute distincte de la personne morale, dont l'exigence sera rapidement rejetée par la chambre criminelle¹²⁷¹, ni pour une faute diffuse car leur démarche a consisté à rattacher l'infraction caractérisée d'un organe identifié à la stratégie de l'entreprise. Même conçu ainsi, il est encore question d'un critère de rattachement d'ordre subjectif puisque l'auteur de la faute a voulu inscrire son action dans la stratégie de l'entreprise.

Fort de ce constat, il convient de poursuivre la recherche des critères subjectifs en abordant la question moins attendue de l'état d'esprit de la victime.

¹²⁶⁴ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail*, RSC 1992 p.475 ; M. DELMAS-MARTY, M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité des personnes morales*, Rev. sociétés 1993, p.301.

¹²⁶⁵ P. BONFILS, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, coll. Cours Master 1, 2009, n°59 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°330 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, CUJAS, coll. Référence, 18^{ème} éd., 2010, n°545.

¹²⁶⁶ L'infraction commise peut n'avoir été qu'une tentative. – V. également, les limites d'une telle conception fondée sur le profit, *infra* n°739.

¹²⁶⁷ Y. MAYAUD, *op. cit.*, n°356.

¹²⁶⁸ J.-H. ROBERT, note sous Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 71, obs. J.-H. ROBERT ; JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT.

¹²⁶⁹ Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, réf. préc..

¹²⁷⁰ TGI Bastia, 3 juin 1997, RSC 1998, p.99, obs. Y. MAYAUD.

¹²⁷¹ Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC.

B. L'état d'esprit de la victime

225. L'émergence d'un critère nouveau et subjectif dans le contentieux propre au préposé : la croyance de la victime. – La référence à la bonne ou à la mauvaise foi de la victime par les juges dans le contentieux relatif à « l'abus de fonction », bien que très ancienne¹²⁷², s'est nettement accrue depuis les années quatre-vingt-dix, à tel point que certains auteurs ont cru y voir un « critère concurrent¹²⁷³ » à ceux que l'Assemblée plénière avait établis en 1988. D'autres auteurs semblent agréer à cette idée lorsqu'ils traitent de la question de l'état d'esprit de la victime en étudiant le degré de rattachement de la faute aux fonctions¹²⁷⁴ ou lorsqu'ils considèrent que l'abus de fonction est apprécié au regard des croyances de la victime¹²⁷⁵. Identiquement, à quelques occasions la Cour de cassation a semblé s'appuyer sur l'état d'esprit de la victime pour qualifier la faute du préposé¹²⁷⁶. Les situations de fait qui donnent lieu à ces jurisprudences sont souvent les mêmes : des tiers sont entrés en contact avec un préposé dans le dessein de se lier contractuellement avec son commettant. Dans un grand nombre d'hypothèses, l'opération projetée est alors un placement financier. Une fois l'argent de la victime confié à fin de placement au préposé indélicat, ce dernier commet un détournement. La victime se retourne alors contre le commettant pour obtenir la restitution de son argent, persuadée qu'elle avait confié juridiquement les sommes au commettant. Logiquement, le commettant tente donc d'invoquer un abus de fonction pour rejeter sa responsabilité, tentative dont la réussite semble, en jurisprudence, dépendre de l'état d'esprit de la victime : que la victime soit de bonne foi et la responsabilité du commettant sera retenue, que la victime soit de mauvaise foi et toute action contre le commettant devient impossible.

226. Pertinence de la bonne foi de la victime parmi les critères de rattachement de la faute. – En dépit de quelques occurrences dues à une rédaction maladroite¹²⁷⁷, l'état d'esprit de la victime n'est pourtant pas un critère d'appréciation de la faute de fonction. Dans la

¹²⁷² V. notamment, Civ. 2, 8 février 1967, B. n°56 – Civ. 2, 17 juillet 1968, B. n°216 ; RTD civ. 1969, p.332, G. DURRY.

¹²⁷³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°218-1.

¹²⁷⁴ C. LAPOYADE-DESCHAMPS, L. BLOCH, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2008, p.201.

¹²⁷⁵ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil. 2^{ème} année. Les obligations*, 7^{ème} éd., Hypercours, 2012, n°753.

¹²⁷⁶ Civ. 2, 11 juin 1992, (B. n°164 ; RTD civ. 1993, p.371, note P. JOURDAIN) où le caractère fonctionnel de la faute semble découler de la croyance légitime de la victime – Civ. 2, 21 mai 1997, B. n°154 où le caractère extra fonctionnel de la faute est déduit de la mauvaise foi de la victime – Plus implicitement l'opération d'un préposé est jugée extra fonctionnelle (« extra bancaire ») alors qu'elle est accomplie sur les lieux de la fonction et avec les moyens de la fonction (qualité du préposé) ; il n'est pas totalement illégitime de supposer, donc, que ce caractère extra fonctionnel n'est pas totalement étranger à la mauvaise foi (imprudence délibérée) de la victime (Civ. 2, 13 novembre 1992, B. n°261). – Dans le même sens, un auteur considère qu'en cas de mauvaise foi de la victime, les critères de rattachement objectifs ne suffiraient plus à la jurisprudence (N. MOLFESSIS, *op. cit.*, note de bas de page n°127 sous n°30, p.522). Pour une analyse contraire, V. M.-A. PEANO, *Le bénéficiaire de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil se mérite*, RCA 1993, art. 14 : l'auteur jugeant que l'opération était intrinsèquement extra fonctionnelle.

¹²⁷⁷ V. *supra* n°225.

plupart des arrêts de la Cour de cassation, le rattachement aux fonctions ne découle pas de la croyance légitime de la victime. Cette dernière n'est invoquée qu'après qu'ait été admise la faute fonctionnelle même si le lien entre la faute et les fonctions est parfois ténu¹²⁷⁸.

La croyance erronée de la victime ne saurait effectivement avoir pour impact de créer un lien (inexistant en réalité) entre la faute et la fonction, pas plus que la mauvaise foi de la victime ne saurait détacher la faute du cadre fonctionnel de sa commission. Le rattachement aux fonctions doit s'apprécier sinon de manière totalement objective¹²⁷⁹, du moins indépendamment de ce que la victime savait ou croyait savoir¹²⁸⁰. Tout juste la croyance légitime de la victime est-elle à même de démontrer que le cadre fonctionnel, étant apparent¹²⁸¹, qu'il existait des indices de rattachement objectif à la fonction¹²⁸². Mais dans ce cas, il s'agira davantage d'une appréciation *in abstracto* circonstanciée¹²⁸³ permettant d'établir que la faute n'était pas commise « hors des fonctions ».

Si la croyance de la victime ne peut avoir d'impact direct sur la définition de la faute de fonction, du moins peut-elle avoir un impact indirect en assimilant faute de fonction réelle et *faute de fonction putative*. Une telle extension résulterait de l'approbation de l'analyse doctrinale de la jurisprudence qui admet la responsabilité du commettant en présence d'une victime de bonne foi : celle-ci est en effet perçue par certains auteurs comme une application de la théorie de l'apparence¹²⁸⁴ selon laquelle, sous conditions tenant d'une part à l'attitude du trompeur et d'autre part à l'état d'esprit du trompé, « l'apparence¹²⁸⁵ raisonnable de droit produit le même effet que le droit lui-même »¹²⁸⁶. Autrement dit, dans les espèces considérées, il n'y aurait pas eu faute fonctionnelle mais apparence de faute fonctionnelle, ce qui suffirait à la victime pour invoquer la garantie du commettant.

Cette approbation n'aura pas lieu ici car l'invocation de la théorie de l'apparence ne convainc pas. Son application est rendue superflue par la conception classiquement large de la faute fonctionnelle. A quoi pourrait ici servir la théorie de l'apparence puisque la « faute fonctionnelle » retenue pour engager la responsabilité du commettant est déjà une faute de

¹²⁷⁸ Civ. 2, 17 juillet 1968, réf. préc. – Civ. 2, 7 novembre 1990, B. n°226 – Civ. 2, 23 juin 1993, B. n°232 – Civ. 2, 19 janvier 1994, B. n°34 – Civ. 2, 29 mai 1996, B. n°118 – Civ. 2, 19 novembre 1997, B. n°279.

¹²⁷⁹ Le critère tenant à la finalité de l'activité du préposé relève en effet de l'état d'esprit de celui-ci : c'est donc un critère subjectif (V. *infra* n°223).

¹²⁸⁰ En ce sens, N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation* in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004 p.495, spé. n°30 et s. ; P. JOURDAIN, RTD civ. 1997, p.953, spé. p.954.

¹²⁸¹ En ce sens, Civ. 2, 1^{er} juin 2011, n°10-10846, inédit.

¹²⁸² C'est ainsi que certains auteurs abordent la question de la croyance de la victime comme permettant d'établir que l'acte était apparemment fonctionnel (P. MALAURIE, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°164 p.82).

¹²⁸³ P. JOURDAIN, note sous Civ. 2, 11 juin 1992, RTD civ. 1993, p.371, spé. p.372.

¹²⁸⁴ G. VINEY, JCP 1993, I, 3727 n°22 – plus implicitement P. JOURDAIN, RTD civ.1993, p.371 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°835 p.809.

¹²⁸⁵ P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, Grenoble, 1984.

¹²⁸⁶ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, ROUSSEAU, p.68.

fonction apparente¹²⁸⁷ ? Les situations de fait qui ont permis de retenir la responsabilité du commettant alors que la croyance de la victime était légitime, ne relevaient pas de « l'abus de fonction ». Ceci est logique dès lors que la croyance de la victime est rendue légitime par des éléments de fait qui auraient conduit le bon père de famille à croire à une situation fonctionnelle normale. Par exemple, c'est parce que le détournement aura eu lieu dans les locaux affectés à la fonction¹²⁸⁸ et/ou parce que l'opération relevait des pouvoirs attribués en temps normal par son commettant¹²⁸⁹, que la victime pouvait légitimement croire à une faute de fonction. Les critères jurisprudentiels objectifs de rattachement de la faute à la fonction que sont le temps, le lieu et les moyens de la fonction apparaissent ainsi clairement¹²⁹⁰. Nul doute, dès lors, que l'engagement de la responsabilité délictuelle du commettant aurait été possible indépendamment de toute considération pour la bonne foi de la victime.

Quant à la considération pour sa mauvaise foi, elle doit s'effectuer non au titre du lien fonctionnel mais au titre de la faute de la victime, laquelle est à même de supprimer son droit à indemnisation¹²⁹¹.

Cette jurisprudence, quoique inappropriée, a cependant un mérite : elle semble proposer, par l'analyse qu'elle fait de la mauvaise foi de la victime, une définition de la faute de fonction du préposé.

227. Définition de la faute de fonction issue de l'analyse de la mauvaise foi de la victime. – D'après la jurisprudence, la mauvaise foi de la victime signifie ici qu'elle savait ou ne pouvait ignorer que le préposé agissait pour son propre compte et non pour le compte du commettant¹²⁹² ou qu'il agissait sans l'autorisation de son commettant¹²⁹³. *A contrario*, la victime est jugée de bonne foi lorsqu'elle a pu légitimement croire que le préposé oeuvrait pour le compte de son commettant¹²⁹⁴ ou qu'il agissait **dans** l'exercice de ses fonctions¹²⁹⁵. A la lumière de cette jurisprudence, ce ne sont donc pas les critères objectifs de rattachement à la fonction, tels que le temps, le lieu ou les moyens de la fonction qui sont prépondérants pour caractériser une faute de fonction mais le critère subjectif de rattachement, déjà établi mais

¹²⁸⁷ V. *supra* n°214 et *infra* n°238 et 245.

¹²⁸⁸ Civ. 2, 19 janvier 1994, B. n°34.

¹²⁸⁹ Civ. 2, 11 juin 1992, réf. préc. – Civ. 2, 23 juin 1993, réf. préc. – Civ. 2, 19 janvier 1994, réf. préc. – Civ.2, 1 juin 2011, n°10-10846, inédit.

¹²⁹⁰ V. *supra* n°214.

¹²⁹¹ En ce sens, Civ. 2, 10 mai 1991, n°90-12858, inédit. – A propos des effets de la faute de la victime, V. not. M. ELOI, C. DE JACOBET DE NOMBEL, M. RAYSSAC, J. SOURD, *La faute de la victime dans la responsabilité civile extra-contractuelle* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.47 – Adde, A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, L'Harmattan, coll. « Droit, Société et Risque », 2011 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, thèse Bordeaux, 1977.

¹²⁹² Civ. 2, 8 février 1967, réf. préc. – Civ. 2, 11 juillet 1979, B. n°212 – Civ. 2, 7 juillet 1993, B. n°249 et 250 – Civ. 2, 19 novembre 1997, réf. préc. – Civ. 2, 14 janvier 1998, B. n°15 – Civ. 2, 29 avril 1998, B. n°143 – Civ. 2, 24 juin 1998, B. n°225 – Civ. 2, 22 mai 2003, B. n°156.

¹²⁹³ Civ. 2, 17 juillet 1968, réf. préc.

¹²⁹⁴ Civ. 2, 11 juin 1992, réf. préc.

¹²⁹⁵ Civ. 2, 23 juin 1993, réf. préc.

aussitôt relégué au second plan, de la finalité de l'activité ayant conduit à la commission de la faute. Voilà encore matière à s'interroger sur la légitimité des critères retenus en jurisprudence et sur leur cohérence.

228. Conclusion sur les liens entre la croyance de la victime et les critères de rattachement de la fonction. – L'étude du rôle de la croyance de la victime dans la qualification de la faute de fonction du préposé conduit à des résultats assez surprenants : d'abord, elle suggère indirectement que la faute de fonction devrait s'entendre de la faute qui est commise *dans* l'exercice même des fonctions. Ensuite et surtout, elle conduit à rejeter la croyance de la victime comme critère de rattachement de la faute du préposé à sa fonction. Une telle conclusion est-elle également avérée s'agissant des dirigeants ? La réponse découlera de l'analyse du mandat apparent.

229. Emergence de la théorie de l'apparence. – Bien qu'il fasse référence à une qualification juridique de l'organe rejetée par une partie de la doctrine¹²⁹⁶, le mandat apparent, application spéciale¹²⁹⁷ de la théorie de l'apparence, a quasiment pris naissance dans un arrêt relatif au dépassement de pouvoirs du dirigeant d'une société¹²⁹⁸. Auparavant rattaché à la responsabilité civile¹²⁹⁹, la théorie du mandat apparent semble avoir été élevé par cet arrêt au rang d'une source indépendante d'obligation avec pour condition unique la croyance légitime¹³⁰⁰ du tiers. Le fonctionnement du mandat apparent est connu qui permet l'engagement du mandant alors même que l'acte conclu par un mandataire, dépourvu du pouvoir d'y consentir, devrait être nul¹³⁰¹. Cependant, la situation est bien différente de celle qui relève de la théorie des pouvoirs légaux qui sera introduite par la loi du 24 juillet 1966¹³⁰², laquelle opère un élargissement de la sphère fonctionnelle par excroissance des pouvoirs du dirigeant. l'application du mandat apparent conduit à admettre un fondement subjectif à l'engagement de la société, à savoir la croyance légitime du tiers¹³⁰³ tandis que les pouvoirs légaux établissent un fondement objectif à l'engagement de la société, laquelle est vraiment représentée par le mandataire¹³⁰⁴. Encore convient-il, pour déterminer l'étendue exacte des

¹²⁹⁶ La qualification de mandataire, V. *supra* n°66.

¹²⁹⁷ En ce sens, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^e éd., 2012-2013, n°4020.

¹²⁹⁸ AP, 13 décembre 1962, JCP 1963, II, 13105, note P.ESMEIN ; D. 1963, p.277, note J. CALAIS-AULOY ; RTD civ. 1963, p.572, obs. G. CORNU ; RTD com. 1963, p.333, note R. HOUIN.

¹²⁹⁹ Ce rattachement explique qu'il ait été nécessaire, dans un premier temps, de démontrer une faute du mandant (sur ce point, V. l'ensemble des commentaires sous AP 13 décembre 1962).

¹³⁰⁰ Sur la notion de croyance légitime, V. J.-L. SOURIOUX, *La croyance légitime*, JCP 1982, I, 3058

¹³⁰¹ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°4109.

¹³⁰² C'est pourquoi, la doctrine appelait de ses vœux l'intervention du législateur, jugeant que la théorie du mandat apparent n'est en la matière qu'un pis-aller (V. les commentaires sous AP 13 décembre 1962, réf. préc.).

¹³⁰³ La condition n'est heureusement pas si subjective qu'elle y paraît. Ainsi, cette croyance est appréciée de manière abstraite par référence à la croyance du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances *objectives*. – Pour des ex. de conditions objectives, P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°4026 et s.

¹³⁰⁴ J. CALAIS-AULOY, note sous AP 13 décembre 1962, *in fine*.

pouvoirs du mandataire, de distinguer parmi les dispositions instituant des pouvoirs légaux et celles consacrant la théorie de l'apparence¹³⁰⁵.

A l'instar de ce qui a été jugé pour la faute de fonction du préposé, il ne faut donc pas admettre que la croyance légitime du tiers soit un critère efficace de rattachement aux pouvoirs et donc aux fonctions des dirigeants.

230. Synthèse du critère tenant à la croyance de la victime. – A première vue, il avait semblé que la croyance de la victime tenait lieu de critère de rattachement aux fonctions tant à propos du préposé que du mandataire, ce qui constituait une zone de convergence bienvenue. L'analyse plus rigoureuse du rôle tenu par la croyance de la victime dans ces deux contentieux conduit cependant à la rejeter de la catégorie des critères de rattachement. La théorie de l'apparence, garante d'une certaine « sécurité dynamique » des tiers¹³⁰⁶, est un instrument autonome et indépendant de la qualification fonctionnelle.

231. Conclusion du §. 2. – Pour conclure, il convient d'affirmer qu'il existe bien une zone de convergence entre préposé et mandataire autour de la notion de faute commise pour le compte ou dans l'intérêt, qui du commettant, qui de la personne morale. Elle n'offre cependant pas pleine satisfaction quant à la possibilité de retenir une définition uniforme de la faute de fonction puisque s'il s'agit d'un critère suffisant de rattachement de la faute aux fonctions, il ne s'agit pas d'un critère communément nécessaire à cette qualification. Ainsi entendu, il faut également concéder que le critère de rattachement tenant à une faute commise pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui est bien plus un critère mixte qu'un critère spécifiquement subjectif. Finalement, le rattachement de la faute aux fonctions par des critères purement subjectifs ne peut être retenu sans ambages. En effet, le critère subjectif tenant à la croyance de la victime est en réalité étranger à la question du lien fonctionnel et d'autre part, le critère subjectif tenant à l'état d'esprit de l'auteur joue souvent un rôle mineur, compte tenu de la place prépondérante des critères objectifs de rattachement.

232. Conclusion de la section 1. – Le premier constat résultant de l'étude des critères de rattachement de la faute aux fonctions est celui d'approximations régnant en la matière en droit positif. Ainsi, la croyance de la victime a pu être perçue comme un critère subjectif de rattachement, ce qu'elle n'est logiquement pas, ni pour la faute du préposé ni pour celle du mandataire dirigeant. Au-delà de ces incertitudes, il peut être fait état d'une certaine convergence des critères de rattachement. Ainsi en est-il du critère subjectif tenant à la finalité poursuivie par l'auteur de la faute ou du critère objectif tenant à l'exercice des attributions. Au-delà, il est permis de s'interroger sur la pertinence de retenir comme critère objectif de rattachement le simple contexte fonctionnel ou le caractère intrinsèquement fonctionnel de la

¹³⁰⁵ V. *infra* n°294.

¹³⁰⁶ Formule de DEMOGUE rappelée par P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°4019.

faute. L'étude des critères de rattachement de la faute aux fonctions est donc peu encline à laisser espérer une issue heureuse quant à une possible unification des fautes de fonction. Ce résultat en demi-teinte mérite cependant d'être confirmé par l'étude des critères de détachement de la faute.

Section 2.

Les critères de détachement de la faute de la fonction

233. Remarques liminaires sur les critères de détachement de la faute à la fonction. –

Trois raisons principales justifient que l'étude de la définition induite de la faute de fonction se poursuive par celle des critères de détachement de la faute. D'abord, cette analyse n'est pas redondante par rapport à celle des critères de rattachement, car elle ne tire pas sa matière première d'une interprétation *a contrario* des critères de rattachement.

Une telle recherche se justifie ensuite en raison des résultats imprécis des critères de rattachement comme facteurs d'unification de la faute de fonction. Eluder les critères de détachement reviendrait ainsi à se priver d'une chance de découvrir de nouvelles zones de convergence.

Enfin, l'analyse de ces critères de détachement est facilitée par l'attitude de la jurisprudence : les définitions qu'elle propose sont avant tout négatives, tant en ce qui concerne le préposé que le mandataire social.

234. Définition négative et préposé. – De manière surprenante (car la loi impose comme condition de l'engagement de la responsabilité du commettant le rattachement de la faute du préposé aux fonctions), jurisprudence et doctrine n'établissent pas pour la première – la jurisprudence – et guère pour la seconde – la doctrine – de définition positive du lien fonctionnel, préférant se consacrer à définir son contraire¹³⁰⁷. Praticiens et théoriciens ont des raisons distinctes mais liées d'aborder la question par ce biais parfois jugé « approximatif »¹³⁰⁸ : les premiers décident en effet que le lien fonctionnel fait l'objet d'une présomption simple¹³⁰⁹ de sorte que le contentieux s'est cristallisé sur les éléments qui permettraient de détruire cette présomption, bref les critères qui détruisent le lien fonctionnel. Quant aux seconds ils se sont longuement interrogés¹³¹⁰ sur la possibilité de considérer qu'un abus de fonction, c'est-à-dire l'usage des fonctions avec un mobile étranger à celles-ci, soit susceptible d'exonérer le commettant ou de détruire le lien fonctionnel.

¹³⁰⁷ En ce sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd. 2009, n°454. – Il faudrait sans doute nuancer le propos : il est ainsi reconnu (P. BRUN, *op. cit.*, *loc.cit.*) que la Cour de cassation procède parfois différemment c'est-à-dire positivement (Crim. 24 mars 1939, DH 1939, p.310 – AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120 ; RTD civ. 1983, p.749 ; D. 1984, p.134 – AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D.1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET – Civ. 2, 10 juin 1999, RCA 1999, comm. 288, obs. H. GROUDEL). En outre si la définition générale énoncée dans les chapeaux est effectivement négative, la qualification du lien entre la faute et la fonction contenue dans les motifs reste le plus souvent, et logiquement positive (V. *supra* n°210 et 214).

¹³⁰⁸ P. BRUN, *op. cit.*, n°454.

¹³⁰⁹ La présomption apparaît pour la première fois à propos du critère de détachement tenant à l'absence d'autorisation (Crim. 4 août 1984, B. n°270). Elle est la résultante logique de la conception exonératoire retenue alors qu'elle est pourtant erronée (V. *infra* n°578).

¹³¹⁰ Il est permis de penser qu'ils s'y sont trop longuement intéressés (V. *infra* n°238).

C'est ainsi que la faute libératoire du commettant, donc la faute non fonctionnelle, est définie par la jurisprudence comme celle qui a été commise alors que le préposé a agi « **sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, hors des fonctions auxquelles il était employé** ».

235. Définition négative et mandataire social. – La seule existence d'une définition négative de la faute de fonction du mandataire social y est plus immédiatement compréhensible puisque le lien positivement fonctionnel n'a jamais été intégré aux règles de droit applicables. Le lien fonctionnel est en apparence ignoré de l'engagement de la responsabilité de la personne morale, tandis que c'est la détachabilité du lien fonctionnel qui doit être caractérisée pour engager la responsabilité personnelle du dirigeant. C'est pourquoi, alors que la jurisprudence reste muette à propos de la faute de fonction du dirigeant, elle affirme en revanche que le mandataire accomplit une faute séparable de ses fonctions « **lorsqu'[il] commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales**¹³¹¹ ».

236. Double détachement possible. – S'il est constant que la question du détachement de la faute est bien principale en jurisprudence, il est également notable que ces deux définitions renvoient à deux types de détachement. Bénéficiant d'une incontestable antériorité chronologique, le détachement décrit par le contentieux dit de l'« abus de fonction » est un détachement absolu : il opère une destruction totale du lien fonctionnel. Apparu dans un second temps, le détachement décrit par le contentieux de la faute détachable des fonctions est un détachement relatif, ne mettant pas totalement fin à tout lien fonctionnel. Ainsi présentés, ces deux types de détachement semblent s'opposer à une convergence conceptuelle absolue mais pas à une convergence relative des fautes de fonction¹³¹². Il est cependant indispensable de le vérifier par la présentation successive des critères de détachement absolu (§ 1.) et des critères de détachement relatif (§ 2.) de la faute.

§ 1. Les critères de détachement absolu de la faute

237. Sources et identification de ces critères. – Il s'agit des critères qui opèreront une destruction totale du lien fonctionnel. Ils apparaissent très tôt dans le contentieux relatif à l'engagement de la responsabilité du commettant. Face au laconisme de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, il a été rapidement demandé aux juges de déterminer avec précision les contours

¹³¹¹ Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, p.1502, obs. A. LIENHARD et p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY.

¹³¹² Sur ces deux types de convergence, V. *supra* n°207.

d'une faute commise dans les fonctions. Ainsi, tout à la fois, les commettants ont-ils argué, pour se dégager de leur responsabilité, du caractère non fonctionnel ou abusif de la faute du préposé, rejoints, sur ce dernier point, par une partie de la doctrine ayant peut-être pris acte de l'avènement d'un régime spécifique pour l'abus de droit. Ces arguments furent à l'origine d'une abondante jurisprudence et de cinq interventions de la Cour de cassation dans sa formation solennelle¹³¹³. Il est alors d'usage de présenter cet historique sous l'appellation du contentieux dit de « l'abus de fonction »¹³¹⁴. Celui-ci serait établi par la démonstration que le préposé a agi « **sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, se plaçant hors des fonctions** ». Deux critères s'évincent de cette définition : le détournement de fonction à travers la référence aux « fins étrangères aux attributions » et le dépassement de fonction *via* l'agissement « hors des fonctions » et « sans autorisation ». Est-il possible de retenir les mêmes critères de détachement absolu s'agissant de la faute du mandataire dirigeant ? Conformément à la spécificité du contentieux de la responsabilité de la personne morale, il n'existe pas de définition équivalente à celle de l' « abus de fonction » du préposé. Cependant la scrutation dudit contentieux est sans doute à même de déterminer si les critères de détachement tenant d'une part au détournement de la fonction (**A.**) et d'autre part au dépassement de la fonction (**B.**) sont partagés.

A. Le détournement de la fonction

238. Détournement de la fonction et préposé avant 1988. – Induite de la poursuite « de fins étrangères à ses attributions », cette condition de libération du commettant n'est pas sans faire écho à un critère subjectif de détachement. Il semble en effet s'intéresser à l'état d'esprit du préposé. Une telle analyse est confortée par l'histoire de ce critère. Initialement la jurisprudence renvoyait seulement à la poursuite de « fins personnelles »¹³¹⁵ au préposé. En 1983¹³¹⁶, elle formule ce critère plus largement en visant des « fins étrangères aux attributions¹³¹⁷ » tout en caractérisant cette condition par le renvoi, classique, aux fins

¹³¹³ Ch. Réunies, 9 mars 1960 (D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE) – AP 10 juin 1977 (D. 1977, p.465, note C. LARROUMET ; JCP 1977, II, 18730, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1977, p.774, obs. G. DURRY) – AP, 17 juin 1983 (réf. préc.) – AP, 15 novembre 1985 (réf. préc.) – AP, 19 mai 1988 (D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN).

¹³¹⁴ A propos du recul qu'il convient de prendre sur l'existence même de ce concept, V. N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation in Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004 p.495, spé. n°20 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°152.

¹³¹⁵ Ex. Ch. Réunies, 9 mars 1960 (réf. préc.) – AP 10 juin 1977 (réf. préc.)

¹³¹⁶ AP 17 juin 1983, réf. préc.

¹³¹⁷ Ce faisant, la Cour de cassation renverrait à la « cause finale » des fonctions (F. CHABAS, note sous AP 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120).

personnelles. Ceci explique que la doctrine ait pu continuer de l'analyser comme un critère subjectif voire « psychologique »¹³¹⁸.

Une partie de la doctrine a pu considérer que la jurisprudence avait procédé à son objectivation¹³¹⁹ par l'intervention ultérieure de l'Assemblée plénière de 1985¹³²⁰, ayant rejeté la responsabilité du commettant car le préposé avait agi « **quels que fussent ses mobiles**, à l'encontre de l'objet de sa mission ». Cette analyse n'est toutefois pas assurée. La Cour de cassation a pu simplement donner tout son sens à la substitution de formule opérée en 1983 : les « fins étrangères aux attributions » pouvaient renvoyer aux fins personnelles mais elles pouvaient également renvoyer à des fins sans rapport ou contraires aux attributions, quoique non égoïstes. De ceci résulte qu'en 1985, il importait peu que le préposé ait incendié les locaux qu'il était chargé de surveiller, non pour des raisons personnelles, mais afin d'attirer l'attention sur l'insuffisance des mesures prises pour assurer la sécurité de l'usine puisqu'une telle attitude était contraire aux finalités de sa mission de surveillance.

Quoi qu'il en soit, la poursuite d'une fin étrangère aux attributions renvoyait indiscutablement à un détournement de la fonction, c'est-à-dire à un usage non conforme des attributions¹³²¹ ; tandis que ce détournement permettait de détacher l'acte de la fonction¹³²², à quelques exceptions près qu'il est difficile d'expliquer¹³²³.

239. Détournement de la fonction et préposé après 1988. – Ce détachement n'était cependant possible que parce que la Cour de cassation admettait que le préposé s'était placé hors de ses fonctions parce qu'il avait poursuivi une finalité étrangère à ses attributions. Autrement dit, un tel détachement n'était possible que parce que la Cour de cassation n'avait pas fait de l'agissement hors fonction une condition autonome¹³²⁴. Or, en 1988¹³²⁵, l'Assemblée plénière renvient sur cette position et consacre le caractère cumulatif des conditions de détachement de l'acte. Dès lors le détournement ne suffisait plus, il fallait caractériser un dépassement des fonctions. C'est pourquoi, depuis cette solution, présenter les critères de libération du commettant comme ceux de l'« abus de fonction » revient à commettre un abus de langage¹³²⁶. Ce revirement de jurisprudence n'avait pas lieu de

¹³¹⁸ G. DURRY, sous AP 10 juin 1977, RTD civ. 1977, p.775.

¹³¹⁹ En ce sens, J.-L. AUBERT, sous AP, 15 novembre 1985, D. 1986, p.81, spé. p.82.

¹³²⁰ AP, 15 novembre 1985, réf. préc.

¹³²¹ Pour une définition plus précise du détournement, V. *infra* n°297 et s.

¹³²² En ce sens, Crim. 27 octobre 1983, D. 1984, p.170, 1^{ère} espèce, note C. LARROUMET (préposé d'un architecte qui détourne l'argent demandé aux clients) – Civ. 1, 8 décembre 1987, D. 1988, p.389, note J.-L. AUBERT (détournement opéré par un clerc de notaire).

¹³²³ Civ. 2, 7 décembre 1983, D. 1984, p.170, 2^{ème} espèce, note C. LARROUMET (préposé d'une société de vente de camion qui détourne le prix de ces camions).

¹³²⁴ P. BRUN, *op. cit.*, n°456.

¹³²⁵ AP 19 mai 1988, réf. préc.

¹³²⁶ Il paraît plus satisfaisant de calquer, dans la mesure du possible, le concept d'abus de fonction sur celui d'abus de droit. Or, il n'y a abus de droit qu'en l'absence de dépassement des frontières du droit. C'est pourquoi il devrait être admis qu'il n'y a abus de fonction que lorsqu'il n'y a pas eu dépassement de la fonction c'est-à-dire dépassement des attributions fonctionnelles (en ce sens, R. SAVATIER rappelle que l'« on exerce encore des fonctions quand on les exerce abusivement », D. 1958, p.53, spé p.55 sous Civ. 2, 14 juin 1957).

surprendre les commentateurs avertis. En effet, la possibilité d'inclure l'abus de fonction dans les fautes de fonction du préposé est apparue très tôt dans l'histoire de ce contentieux. Dans un premier temps, acte de fonction et abus de fonction n'étaient pas assimilés, ni conceptuellement ni fonctionnellement¹³²⁷. Dans un second temps, en revanche, la distinction conceptuelle maintenue entre les deux types d'actes n'entraîne plus de répercussion sur le régime puisque tous deux engagent la responsabilité du commettant. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer qu' « attendu que si les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés dans l'exercice normal et régulier des fonctions auxquelles ils les emploient, cette responsabilité s'étend même aux dommages résultant [dudit] abus de fonctions »¹³²⁸. Par la suite, il n'a jamais été plus question que de déterminer dans quelle mesure l'abus de fonction du préposé serait rattaché à sa fonction¹³²⁹.

240. Solutions divergentes. – Certaines décisions ne manquent pas, dans ce contexte général, de susciter une certaine interrogation, dès lors qu'elles fondent le rejet de la qualification fonctionnelle sur l'existence d'une *contrariété* de l'acte aux attributions du préposé¹³³⁰. Ces solutions doivent cependant être appréciées à leur juste valeur, leur dissonance n'ayant d'égale que leur illégitimité.

Ainsi, ressort-il de la confrontation de l'ensemble des solutions rendues le 23 juin 1988 par la chambre criminelle, que cette dernière, loin de s'appuyer sur un critère universel de contrariété de l'acte aux attributions, entend plutôt favoriser les sociétés de gardiennage dont les préposés auraient profité de leur situation privilégiée pour commettre des vols ou des dégradations. De telles solutions ne sauraient être admises parce qu'elles contredisent les solutions rendues par la première chambre civile dans des cas similaires, mais sur le fondement contractuel¹³³¹. Ce fondement contractuel était assurément le plus pertinent dans ces espèces dès lors que la faute

¹³²⁷ Le commettant répondait assurément de l'exécution défectueuse de sa mission par le préposé mais il n'engageait pas sa responsabilité en cas d'acte étranger aux attributions du préposé. C'est pourquoi sa responsabilité n'était pas engagée à raison de l'incendie provoqué par son préposé (Cass. req., 3 mars 1884, S. 1885, p.21 : une servante avait volontairement mis le feu à l'établissement où elle était employée, l'incendie s'étant propagé à une maison voisine – Cass. req., 5 décembre 1923, DH 1924, p.49 : dans cette espèce, l'incendie était involontaire).

¹³²⁸ Crim. 8 décembre 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, p.125. – V. déjà dans le même sens, Crim. 5 février 1915, D. 1919, p.8 – Crim. 23 novembre 1928, D. 1930, p.80 – Cass. req., 3 avril 1933, DP 1934, p.5, note L. JOSSERAND.

Le juge s'émancipe ici de la lettre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, à juste titre selon la doctrine (P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°460 : « On ne voit pas en effet que l'esprit ni même la lettre de l'article 1384, alinéa 5, soient contredits lorsque l'on décide que le commettant doit répondre aussi des dommages causés par le préposé à l'occasion de ses fonctions »).

¹³²⁹ Pour des exemples récents : Crim. 12 janvier 2011, RCA 2011, comm. 134 – Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL (responsabilité de l'assureur-commettant car l'intéressé avait agi au temps et sur le lieu de son travail et avait trouvé dans ses fonctions l'occasion et les moyens de réaliser le détournement à son profit).

¹³³⁰ Crim. 23 juin 1988, B. n°289, arrêts n°7, 8, 9 – Civ. 2, 17 mars 1993, B. n°117 ; RCA 1993, comm. 187, obs. S. BERTOLASO.

¹³³¹ Civ. 1, 16 mai 1979, RTD civ. 1979, p.610, obs. G. DURRY – Civ. 1, 11 janvier 1989 et 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET : 2^{ème} espèce : une société de gardiennage est responsable contractuellement de l'incendie volontaire commis par son préposé, la clause de non recours devant être écartée.

commise par le préposé correspondait à l'inexécution de l'obligation du commettant de veiller aux biens d'autrui. Le choix opportuniste¹³³² du fondement délictuel devant la chambre criminelle ne devrait pas, cependant, aboutir à court-circuiter les solutions applicables en matière contractuelle¹³³³, *a fortiori*, lorsque les règles de la responsabilité délictuelle ne le commandent pas¹³³⁴. La chambre criminelle semble avoir pris conscience de ce manque de légitimité car elle a mis fin à cette jurisprudence en 1999¹³³⁵.

Cette situation offre un éclairage nouveau sur la définition induite de la faute de fonction, qui n'est pas sans susciter un certain pessimisme. Par ce seul critère de détachement absolu, la jurisprudence donne toute la mesure de son illisibilité et donc de son imprévisibilité.

241. Détournement de la fonction et dirigeant. – En droit commercial, il est classiquement fait référence au détournement de fonction (de pouvoirs) lorsque le mandataire social (notamment) use de ses pouvoirs dans un intérêt autre que l'intérêt du groupement. Il n'est donc pas exclu que la poursuite d'un intérêt autre que l'intérêt de la personne morale soit à même d'opérer un détachement absolu, et partant une disqualification de l'acte «*ès qualités* ». Les solutions en la matière sont assez mitigées, selon le contentieux envisagé.

242. Détournement de la fonction et contentieux civil. – Certaines décisions ayant retenu la responsabilité civile de la personne morale s'accommodent ainsi que l'organe agissant en son nom ait poursuivi un but personnel, jugeant peut-être qu'il n'était pas incompatible avec l'intérêt social¹³³⁶. Et un commentateur semble considérer que la responsabilité civile de la personne morale pourrait être recherchée même si l'intention de nuire et la contrariété à l'intérêt social étaient retenues¹³³⁷. Cette solution n'est assurément pas celle du droit pénal.

¹³³² Parce que l'action civile ne peut avoir comme fondement qu'une action en responsabilité délictuelle (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd, 2002, n°202), le juge pénal soumet aux règles de la responsabilité délictuelle les éventuelles fautes contractuelles (D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2, p.409, spé. n°16) – En faveur de l'abolition de ce principe : C. OPHELE, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001 p.263.

¹³³³ Les solutions retenues par la première chambre civile sont les plus orthodoxes car elles font application de la règle selon laquelle le débiteur d'une obligation contractuelle n'est libéré que par une cause étrangère (article 1147 du Code civil). Le fait du préposé ne saurait donc s'analyser comme un élément extérieur au commettant, lequel l'a volontairement introduit dans l'exécution de ses propres obligations contractuelles.

¹³³⁴ V. *supra* n°239.

¹³³⁵ Crim. 16 février 1999, B. n°23 ; RTD civ. 1999, p.409, obs. P. JOURDAIN ; Dr. pén. 2000, Chron. 9, *Les sociétés de surveillance face aux abus de fonction de leur préposés*, D. KERSENTY.

¹³³⁶ Com. 1^{er} février 1994, JCP 1995, II, 22432, note D. GIBIRILA ; Rev. sociétés 1995, p.281, note Y. CHARTIER – *Comp. Com.* 13 mars 2001, JCP E 2001, p.954, note A. VIANDIER, qui a retenu l'intention de nuire et la contrariété à l'intérêt social ; il ne ressort pas de cet arrêt que la société ait engagé la responsabilité civile de l'associé.

Sur la question de l'engagement de la responsabilité personnelle des associés agissant en tant qu'organe, V. notamment : M.-P. LAMOUR, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p.51 – Com. 22 novembre 2005, Rev. sociétés 2006, p.526, note L. GODON.

¹³³⁷ A. VIANDIER, note sous Com. 13 mars 2001, réf. préc.

243. Détournement de fonction et droit pénal. – Pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, l'article 121-2 du Code pénal exige que l'infraction commise par le dirigeant¹³³⁸ le soit « pour le compte » du groupement. De manière certaine la loi signifie, par cette exigence, que l'organe ou le représentant n'engage pas la responsabilité pénale de la personne morale lorsqu'il commet un abus de fonction¹³³⁹ c'est-à-dire lorsqu'il commet l'infraction dans son intérêt personnel¹³⁴⁰. A cet égard le droit pénal se montre très pointilleux sur le détournement de pouvoirs. Il est dès lors permis de s'interroger sur les raisons de solutions divergentes en matière civile délictuelle et en matière pénale qui sont toutes deux attachées au principe d'une responsabilité personnelle de la personne morale à raison des fautes commises par ses organes.

244. Synthèse sur le détournement de la fonction. – Il est bien difficile d'établir une telle synthèse compte tenu des incertitudes de la jurisprudence sur cette question. Cependant, il semble que deux tendances opposées se dessinent : tandis que la jurisprudence est en partie hostile au détachement de la faute lorsque celle-ci constitue un détournement dans le contentieux civil¹³⁴¹, la jurisprudence s'oriente vers des solutions contraires dans le contentieux pénal. Il est donc assez satisfaisant, dans l'optique d'une unification de la faute de fonction, de constater que la divergence de solutions n'opère pas entre préposé et mandataire dirigeant mais entre contentieux dont il devient classique de rappeler l'autonomie. Si la définition de la faute de fonction semble insensible au détournement, qu'en est-il à propos du dépassement ?

¹³³⁸ Il sera qualifié d' « organe » d'après le choix proposé par l'article 121-2 du Code pénal entre organe et représentant.

¹³³⁹ En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2012, n°1116. – Cet auteur s'interroge sur l'intérêt de cette condition supplémentaire, tenant pour acquis que l'infraction constitutive d'un abus de fonction opère une disqualification de la qualité d'organe ou de représentant. Cette idée rejoint en quelque sorte l'opinion selon laquelle les deux conditions sont indissociables et n'en forment qu'une seule (J.-Y. MARECHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP 2009, 249, n°15). L'auteur (E. DREYER, *op. cit.*, *loc.cit.*) retient cependant que compte tenu de la jurisprudence relative à la responsabilité civile de la personne morale, la précision n'est certainement pas inutile pour éviter l'immixtion ici injustifiée de la théorie de l'apparence (à son propos, V. *supra* n°229).

¹³⁴⁰ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail*, RSC 1992, p.475 ; M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité des personnes morales*, Rev. sociétés 1993, p.301 ; F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, JCP E 1992, p.219 – L'opinion va dans le sens de l'interprétation du rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale (rapport Marchand, doc. Ass. nat. n°896, séance du 2 octobre 1989).

La solution aurait été toute autre si l'expression « au nom de la personne morale », qui avait été proposée, avait été retenue (en ce sens, A. COEURET, *op. cit.*, *loc.cit.*).

¹³⁴¹ Ceci n'est pas sans susciter la désapprobation d'une partie de la doctrine qui déclare sans ambages qu'il y a quelque « absurdité à affirmer candidement qu'un préposé ne se place pas hors de ses fonctions en détournant des fonds qu'il reçoit pour le compte de son commettant » (C. LARROUMET, note sous AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.516).

B. Le dépassement de la fonction

245. Dépassement de fonction et préposé. – Depuis 1988, le détachement absolu des fonctions doit s’opérer par le seul dépassement objectif des fonctions¹³⁴². Encore convient-il de déterminer l’étendue de ce dépassement. Faut-il pour cela renvoyer aux attributions du préposé ? Le détachement intervient-il dès lors que l’acte était **étranger** aux attributions ou **contraire** à celles-ci ?

Il reste difficile de répondre à ces questions car ce dépassement objectif n’a presque jamais été caractérisé par la Cour de cassation. Quelques exceptions sont cependant notables qui ont été formellement motivées par l’anormalité de l’acte vis-à-vis des attributions¹³⁴³, par un acte sans rapport avec la mission¹³⁴⁴ et plus récemment par l’extranéité de l’acte vis-à-vis des attributions du préposé¹³⁴⁵. Ces solutions sont plus ou moins dissonantes avec le reste de la jurisprudence consacrant le rattachement par le simple contexte fonctionnel¹³⁴⁶. Elles ne font qu’obscurcir le contentieux très fourni de l’abus de fonction.

La première solution, émanant de la chambre commerciale¹³⁴⁷ et arguant de l’anormalité de l’acte vis-à-vis des attributions, ne semble pas dictée par la volonté de circonscrire la définition de la faute de fonction. Elle relève d’ailleurs moins du contentieux de la responsabilité du commettant proprement dit que de son exploitation opportune. La responsabilité du commettant était en effet invoquée par une banque fautive d’avoir débité des chèques établis frauduleusement par un préposé pour réduire le droit à indemnisation du commettant lésé. Ici, le commettant était donc également la victime de son préposé, ce qui explique que la Cour de cassation ait pu faire preuve d’une certaine clémence¹³⁴⁸.

Récemment un arrêt atypique a attiré l’attention des commentateurs, qui a rejeté la responsabilité du commettant aux motifs que « le préposé était devenu **par l’effet d’une initiative personnelle sans rapport avec sa mission**, gardien et conducteur occasionnel du véhicule d’un tiers au moyen duquel il avait commis l’acte dommageable, et qu’il avait **ainsi agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions** »¹³⁴⁹. Cet arrêt a été compris comme relevant de la condition de la poursuite d’une finalité étrangère et certains auteurs y voient un retour à la conception subjective de

¹³⁴² V. *supra* n°239.

¹³⁴³ Com. 5 novembre 2002, B. n°157.

¹³⁴⁴ Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004, comm. 250, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN.

¹³⁴⁵ Crim. 30 janvier 2007, n°06-83405. Dans cette espèce, le préposé avait commis une agression sexuelle sur un autre préposé, lequel souhaitait engager la responsabilité du commettant. La Cour de cassation a rejeté cette possibilité aux motifs que « si l’infraction a été commise dans les locaux de la société, sur les lieux du travail de son auteur et de la victime, le premier a agi en dehors de ses fonctions de dessinateur, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ».

¹³⁴⁶ V. *supra* n°214.

¹³⁴⁷ Com. 5 novembre 2002, réf. préc.

¹³⁴⁸ V. déjà, Com. 7 juin 1994, RTD civ.1995, p.127 : les faits de cette affaire étaient analogues. Cependant, cette solution fut rendue en défaveur des commettants victimes, lesquels étaient ici des sociétés.

¹³⁴⁹ Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004, comm. 250, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN.

« l'abus de fonction » de 1977, c'est-à-dire à la possibilité d'arguer du détournement de la fonction pour libérer le commettant¹³⁵⁰. Cette solution, qui reste unique en son genre, pourrait, en droit, tout autant renvoyer à l'extranéité de l'acte par rapport à la mission du préposé, c'est-à-dire par rapport à ses attributions. Autrement dit, cet arrêt pourrait relever tant du contentieux du détournement de fonction que de celui du dépassement de fonction. Et quelle que soit l'interprétation retenue, l'arrêt opère une restriction peu usuelle de la faute de fonction. Dès lors, même si la solution peut être jugée légitime, elle dérange par son excentricité, laquelle est source d'imprévisibilité juridique.

Enfin, la solution du 30 janvier 2007 faisant référence à l'extranéité de l'acte vis-à-vis des attributions, mérite également cette critique nuancée. Tandis qu'elle tend à donner des limites raisonnables à la faute de fonction et, partant, à la responsabilité du commettant, elle semble en totale contrariété avec des solutions rendues dans des cas similaires¹³⁵¹, ce que l'étude des critères de rattachement a confirmé¹³⁵². S'il est louable de contenir la faute de fonction dans des limites raisonnables, cela ne devrait pas se faire au détriment de la prévisibilité juridique.

En dehors de ces rares arrêts, le dépassement des attributions semble parfaitement étranger à la condition tenant à un acte commis « hors des fonctions ». Aussi faut-il admettre qu'il n'est pas un critère pertinent de détachement de la faute du préposé. Sur ce point, la situation semble distincte de celle du dirigeant.

246. Dépassement de la fonction et dirigeant. – Il est bien difficile de déceler des informations sur cette question dans le contentieux de l'engagement de la responsabilité civile des groupements. Les juges du fond s'expriment cependant à ce propos. Il a ainsi été jugé que « les excès de pouvoir que le dirigeant social commet au préjudice des tiers dans l'exécution de son mandat n'engagent pas la responsabilité délictuelle de la société »¹³⁵³. Les faits de l'espèce renvoyaient à l'engagement de caution d'une société sans autorisation du conseil d'administration et avaient conduit les juges à retenir la responsabilité personnelle du dirigeant. Dans le même temps, cependant, il a été jugé que la personne morale engage sa responsabilité civile dans cette même situation, laquelle lui est pourtant inopposable¹³⁵⁴. Il existe cependant des arguments en faveur d'une indifférence relative au dépassement des

¹³⁵⁰ La solution est de ce point de vue diversement appréciée : plébiscitée par certains (P. JOURDAIN, réf. préc.), critiquée par d'autres (H. GROUDEL, réf. préc.). Elle suscite, en tous cas, de vives réactions (J.FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°218-2).

¹³⁵¹ Pour un ex. récent, Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202 : agression sexuelle d'élèves par un enseignant.

¹³⁵² V. *supra* n°214

¹³⁵³ CA Lyon, 25 septembre 1998, Bull. Joly 1999, § 255, note P. SCHOLER. – CA Paris, 9 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p.475, note Y. GUYON ; JCP E 1991, I, 22, spé. n°5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – CA Paris 1^{er} avril 1992, Rev. sociétés 1992, p.558, obs. Y. GUYON – CA Paris, 3 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 356, note P. LECANNU.

¹³⁵⁴ CA Lyon, 13 novembre 1996, D. 1998, p.250, note R. MICHA-GOUDET et Y. REINHARD ; cette solution est selon les commentateurs une « réaction d'équité », les juges du fond ayant relevé que la société bénéficiait de l'irrégularité de la procédure, laquelle découlait de manœuvres. Il n'en reste pas moins que la décision est juridiquement injustifiable – *Contra*, CA Paris, 25 juin 1996, D. 1997, p.261, obs. M. CABRILLAC.

attributions par le mandataire dirigeant, au premier chef desquels se trouve la théorie des pouvoirs légaux de certains mandataires dirigeants.

247. Dépassement des fonctions et étendue des pouvoirs du dirigeant. – La modification des frontières de la fonction considérées dans la sphère externe de la société a conduit à admettre, au bénéfice des dirigeants sociaux, des pouvoirs légaux bien plus étendus que leurs pouvoirs conventionnels. La loi du 24 juillet 1966 a ainsi décidé que les restrictions statutaires de pouvoirs des dirigeants de sociétés commerciales n'étaient plus opposables aux tiers¹³⁵⁵ tandis que la loi du 4 janvier 1978 a étendu la solution aux sociétés civiles¹³⁵⁶. Ces dispositions battent donc en brèche les *a priori* d'une doctrine postulant de la nécessité du respect des limites statutaires pour admettre la faute commise «*ès qualités*»¹³⁵⁷.

Ces règles semblent conduire à ce que le dépassement de pouvoir du dirigeant soit susceptible d'engager contractuellement la personne morale (donc sa responsabilité civile) tout autant que s'il était resté dans les limites de sa fonction¹³⁵⁸. Elles ne doivent cependant pas être extrapolées outre mesure, le droit des sociétés reconnaissant certaines limites légales de pouvoirs. Ainsi, est-il fait obligation au dirigeant de société anonyme de recueillir l'autorisation préalable du conseil d'administration avant de consentir des sûretés et garanties au nom de la personne morale¹³⁵⁹. A défaut de cette autorisation, il a été jugé que l'acte conclu était inopposable à la société¹³⁶⁰. De cette combinaison de la loi et de la jurisprudence s'induit donc une limite absolue aux pouvoirs de l'organe à engager contractuellement la personne morale¹³⁶¹. Ce système d'autorisation préalable existe également à propos de certaines conventions dite réglementées dans les sociétés anonymes¹³⁶² et les sociétés à responsabilité

¹³⁵⁵ Articles L. 221-5 (SCN), L. 223-18 (SARL), L. 225-35 et L. 225-64 (SA) du Code de commerce.

¹³⁵⁶ Article 1849 du Code civil.

¹³⁵⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°851. Ces auteurs présentent d'ailleurs cette nécessité comme un *a priori*, connaissant parfaitement l'état réel du droit positif, qu'ils exposent postérieurement.

¹³⁵⁸ La théorie des pouvoirs légaux n'est pas universellement connue de toutes les personnes morales (par ex. les associations). L'étendue des pouvoirs du dirigeant est alors déterminée par les statuts de la personne morale.

¹³⁵⁹ Articles L. 225-35 alinéa 4 et L. 225-68 alinéa 2 du Code de commerce.

¹³⁶⁰ Com. 15 octobre 1991, B. n°298 ; Dr. sociétés 1992, comm. 14, note H. LE NABASQUE ; Rev. sociétés 1992, p.57, note Y. GUYON – Com. 8 décembre 1998, Bull. Joly 1999, § 113, note P. LE CANNU ; JCP E 1999, p.668, n°6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; RTD com. 1999, p.445, obs. B. PETIT et Y. REINHARD.

Cette sanction est fortement critiquée par la doctrine qui lui reproche son régime interdisant toute confirmation ou ratification de la convention irrégulièrement conclue (B. DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p.405, spé. n°2 – R. MICHA-GOUDET, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement données par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP E 1998, p.840 ; J. PICARD, *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité*, Dr. sociétés 1998, chron. 6). Certains auteurs lui préféreraient un système internalisé, c'est-à-dire un mécanisme analogue aux limitations statutaires de pouvoirs (B. DONDERO, *op.cit.*, n°44 et s.), ce qui conférerait une certaine homogénéité aux règles encadrant la compétence d'exercice (sur cette notion, V. *supra* n°156).

¹³⁶¹ Par ex. Com. 24 février 1987, Rev. sociétés 1987, p.407, note Y. GUYON : «*à défaut d'autorisation par le conseil d'administration d'une société anonyme, la garantie donnée par son président, excédant ainsi ses pouvoirs légaux, ne peut engager la société*».

¹³⁶² Article L. 225-38 du Code de commerce.

limitée¹³⁶³. Les pouvoirs des dirigeants sont donc également limités en la matière, la loi prévoyant la nullité relative des conventions conclues irrégulièrement¹³⁶⁴ et l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant fautif envers la société¹³⁶⁵. Enfin, certaines conventions étant légalement interdites¹³⁶⁶ à peine de nullité absolue¹³⁶⁷, les pouvoirs des dirigeants ne sauraient s'étendre à leur conclusion. En dehors de ces cas de figure où la loi prévoit expressément le non-engagement contractuel de la personne morale – et conformément au principe de cohérence, son non-engagement délictuel – il n'est pas certain que la jurisprudence soit très attentive aux limites même légales des attributions du mandataire dirigeant.

248. Manifestations de l'indifférence du droit positif au dépassement des fonctions. –

Initialement, alors que la jurisprudence semblait vouloir circonscrire véritablement la responsabilité de la personne morale en considération des actes du dirigeant, elle ne faisait pas référence aux limites des attributions de ce dernier mais à « la sphère de ses attributions »¹³⁶⁸.

Ensuite, la Cour de cassation juge parfois que la seule qualité de dirigeant du fautif suffit à engager la responsabilité civile de la personne morale sans qu'il ait été fait usage des pouvoirs fonctionnels. Ainsi, dans un arrêt du 4 mai 1999¹³⁶⁹, la chambre commerciale retient la responsabilité de la société dirigée par l'auteur d'un acte anticoncurrentiel aux motifs qu'il avait « en tant qu'organe social de la société » démarché une autre société « pour le compte » de la sienne. « La responsabilité de cette société était engagée par les agissements de son représentant légal ». Le commentateur note sans doute avec justesse que l'intérêt retiré par la société en tant que tiers bénéficiaire des actes anticoncurrentiels a certainement emporté la conviction de la Cour de cassation¹³⁷⁰.

Enfin, puisque l'engagement de la responsabilité de la personne morale est retenu sans qu'il soit fait référence à l'acte d'un organe¹³⁷¹, il importe peu que le dommage ait été causé par un dépassement de fonction.

249. Synthèse sur le dépassement de la fonction. – A l'issue de ce panorama, il semble là encore bien difficile de se prononcer sur le rôle du dépassement de fonction. S'agissant du préposé, la jurisprudence s'oriente manifestement vers une certaine indifférence au dépassement de la fonction. Quelques rares décisions vont en sens contraire, qui semblent cependant sensibles à des considérations étrangères au souci d'une qualification cohérente et

¹³⁶³ Article L. 223-19 du Code de commerce.

¹³⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°632.

¹³⁶⁵ Article L. 225-41 du Code de commerce.

¹³⁶⁶ Articles L. 225-43 (SA), L. 223-21 (SARL), L. 227-12 (SAS) du Code de commerce.

¹³⁶⁷ Ch. mixte, 10 juillet 1981, *Rev. sociétés* 1982, p.84, note C. MOULY.

¹³⁶⁸ Civ. 15 janvier 1872, D. 1872, p.166.

¹³⁶⁹ Com. 4 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, § 284, note L.GODON sous § 285.

¹³⁷⁰ Un tel intérêt parvient, en matière contractuelle, à sauver un acte conclu en dépassement de l'objet social (Cf. à propos des cautionnements, *infra* n°299).

¹³⁷¹ V. *supra* n°204.

prévisible de la faute de fonction. Encore convient-il de préciser que cette indifférence au dépassement de fonction concerne plus précisément le dépassement des attributions fonctionnelles. S'agissant du mandataire social, la situation générale est encore moins déterminable. Certes la société reste contractuellement engagée par les dépassements de pouvoirs statutaires de son dirigeant. Cependant cet état du droit ne saurait être analysé comme une indifférence totale au dépassement de ses attributions fonctionnelles par le dirigeant social. Il doit en effet être replacé dans le contexte de la théorie des pouvoirs légaux des dirigeants, qui signifie que l'étendue des pouvoirs est plus vaste dans la sphère externe de la société que dans la sphère interne, ceci afin de garantir une sécurité aux tiers¹³⁷². Le dépassement de ces pouvoirs légaux conduit en principe à l'absence d'engagement contractuel de la personne morale. Il n'en reste pas moins que ces conclusions ont une valeur relative dès lors qu'elles s'appuient, par défaut¹³⁷³, sur un contentieux non spécifiquement délictuel. Sur ce terrain en revanche, les solutions des juges du fond et de la Cour de cassation divergent, cette dernière étant peu sensible au dépassement.

A l'issue de l'étude des critères de détachement absolu de la faute, l'optimisme initial doit être préservé quant à la possibilité d'induire une définition unitaire de la faute de fonction. Toutefois, il n'a pas été facile d'identifier avec certitude les critères opérant la destruction totale du lien fonctionnel, ce qui n'est pas satisfaisant. Il faut espérer que les critères de détachement relatif échapperont à cette critique.

§ 2. Les critères de détachement relatif de la faute

250. Détachement relatif du lien fonctionnel. – Alors que les critères de détachement absolu de la faute annihilent totalement le lien fonctionnel, les critères de détachement relatif ne conduisent pas à une disparition totale du lien fonctionnel. Un tel constat n'est cependant pas évident et doit être démontré. C'est pourquoi les effets des critères de détachement relatif (**B.**) succèderont à leur identification (**A.**).

A. L'identification des critères de détachement relatif

251. Question de la pluralité des critères de détachement. – Bien que la jurisprudence n'ait pratiquement consacré qu'un seul critère de détachement, tenant à la détachabilité de la faute de fonction, elle semble avoir théoriquement admis la possibilité d'autres critères de détachement relatif, notamment la distension fonctionnelle. L'étude de la détachabilité de la faute de fonction (**1.**) précédera donc logiquement celle de la distension fonctionnelle (**2.**).

¹³⁷² V. *infra* n°293 et s. sur les autres mécanismes légaux mis en place à cette fin.

¹³⁷³ V. *supra* n°204.

1. La détachabilité de la faute de fonction

252. Détachement et détachabilité. – Lorsque le détachement relatif s’entend d’une simple **détachabilité** de la faute, cela signifie qu’il ne conduit qu’à rendre la faute intellectuellement détachable des fonctions. Il faut la distinguer de la faute qui se détacherait de la fonction à raison de l’état d’esprit égoïste de son auteur : dans ce cas, il s’agirait de détachement psychologique et non de détachabilité. Lorsqu’une faute est intellectuellement détachable, cela signifie donc simplement qu’elle est à ce point remarquable qu’elle justifie son détachement « forcé » de la fonction¹³⁷⁴.

253. Détachabilité et unification de la faute de fonction. – L’idée même d’une détachabilité des fonctions s’appuie sur la désormais illustre « faute détachable des fonctions » du dirigeant¹³⁷⁵, laquelle permet, en raison de son caractère séparable, que la responsabilité personnelle du dirigeant soit recherchée. Le préposé, bénéficiant lui aussi d’une immunité circonscrite, ne semble guère concerné par le mécanisme de détachabilité de sa faute. Il est donc indispensable de rechercher à son égard l’existence même de ce critère de détachement relatif.

C’est pourquoi, la démonstration liminaire de la possibilité d’une détachabilité commune **(a.)** précédera la recherche de la réalité d’une détachabilité commune **(b.)**.

a. La possibilité d’une détachabilité commune

254. Détachabilité et préposé. – L’apparition de la « faute de mission exonératoire »¹³⁷⁶ se fait progressivement dans les arrêts *Rochas*¹³⁷⁷ et *Costedoat*¹³⁷⁸. Ce dernier instaure

¹³⁷⁴ G. AUZERO, *L’application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, p.502, spé. p.504.

¹³⁷⁵ Pour un rappel de l’historique terminologique de cette faute, V. *supra* n°6.

¹³⁷⁶ Concept auquel l’avocat général M. DE GOUTTES fait explicitement référence (conclusions de l’arrêt *Cousin*, AP décembre 2001, LPA, 24 février 2002, p.125, spé. p.127). – Sur l’appréciation qu’il convient de porter sur le caractère exonératoire de cette faute de mission, V. *infra* n°518 et s.

¹³⁷⁷ Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. 35845, note J.-L. AUBERT.

L’interprétation de ce premier arrêt est malaisée car les juges font référence à la faute personnelle du préposé, laquelle était d’ordinaire recherchée sur des fondements classiques indépendants de toute référence à la mission ou à la fonction (par ex. Civ. 2, 22 novembre 1978, B. n°246, où le juge s’assure que le préposé a bien commis un acte fautif). Cela explique peut-être certaines analyses atypiques selon lesquelles l’arrêt aurait statué sur l’« appréciation des fautes de co-auteurs » (J.-L. AUBERT, note sous *Rochas*, Defrénois 1994, art. 35845, spé. n°70, p.813).

Pourtant l’arrêt était bien novateur, qui établissait pour la première fois un lien étroit entre l’absence de faute personnelle et le respect de la mission par les préposés : les préposés « avaient agi dans le cadre de la mission qui leur était impartie par leur employeur et [...] il n’était pas établi qu’ils en avaient outrepassé les limites ; [de ceci résulte] qu’aucune faute personnelle susceptible d’engager leur responsabilité n’était caractérisée à l’encontre de ces préposés dans la réalisation des actes dommageables. »

Par la suite, les références à la faute personnelle s’inscriront dans cette démarche. Par ex., Civ. 1, 30 octobre 1995 (JCP 1996, I, 3944, n°13, obs. G. VINEY) : la Cour de cassation y rejette le moyen d’une sage-femme

l'impossibilité pour les tiers d'engager la responsabilité civile du préposé pour les actes accomplis « sans excéder les limites de sa mission ». Une interprétation *a contrario* permet d'en déduire que si le préposé commet un excès de mission, il engage sa responsabilité civile. Ces seules décisions ne permettent donc pas de retenir l'idée d'une détachabilité mais renvoient plus volontiers à celle du détachement¹³⁷⁹.

Cependant, les décisions postérieures ayant retenu la responsabilité civile du préposé s'analysent assurément sur un autre terrain que celui du détachement de la faute vis-à-vis de la mission ou des fonctions¹³⁸⁰. Elles semblent plutôt consacrer des exceptions à la règle de l'immunité du préposé, c'est-à-dire une limitation *ratione materiae* du domaine de cette immunité. La dernière motivation de la Cour de cassation mérite ici d'être reproduite tant elle est topique de cette démarche¹³⁸¹ : « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant, **hors le cas où** le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle »¹³⁸². La doctrine adopte d'ailleurs assez largement cette interprétation¹³⁸³.

S'il n'est pas question de détachement de la faute vis-à-vis de la mission ou de la fonction, il pourrait être question de détachabilité intellectuelle de la faute. En effet, il serait admis qu'en dépit de sa possible qualification de faute de mission (donc de faute de fonction), les fautes sus

invoquant la jurisprudence *Rochas*. Cependant, le commentateur note que la Cour de cassation renvoie aux motifs des juges d'appel constatant la commission de fautes personnelles. – V. également dans un arrêt postérieur à l'arrêt *Costedoat*, Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84 ; JCP 2000, I, 280, n°3, obs. G.VINEY.

¹³⁷⁸ AP, 25 février 2000, réf. préc., note de bas de page n°1160 sous n°204.

¹³⁷⁹ V. *infra* n°266 et s.

¹³⁸⁰ A propos de la distinction, V. *supra* n°127 et 204.

¹³⁸¹ L'arrêt *Cousin*, premier arrêt à avoir reconnu la responsabilité civile du préposé depuis l'avènement de son immunité, ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci » (AP 14 décembre 2001, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, Chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN). En l'espèce, le préposé ayant agi conformément aux ordres de son commettant était évidemment resté dans les limites de la mission définie par lui.

Postérieurement, la jurisprudence donnerait encore des indices en ce sens en décidant que « le préposé [...], auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions » (Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; JCP S 2006, 1448, note J.-F. CESARO ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY). – Avec une rédaction identique, V. également Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007, étude 13, A. VIALARD – Crim. 12 novembre 2008, RSC 2009, comm. 5, obs. H. GROUDEL.

¹³⁸² Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p.2125, note J.-B. LAYDU.

¹³⁸³ M. ASSELAIN, RCA 2005, étude n°6, n°5 ; R. CHAABAN, note sous Civ.2, 16 juin 2005, LPA 16 avril 2007, n°76, p.15 ; M. BILLIAU, note sous AP 14 décembre 2001, JCP 2002, II, 10026 ; H. GROUDEL, à propos du même arrêt, RCA 2002, chron. n°4. ; D. MAZEAUD, obs. à propos de l'arrêt *Cousin*, D.2002, p.1317, spé. p.1318 ; B. THULLIER, obs. à propos de l'arrêt *Cousin*, D. 2002, p.2117 – *Adde*, M. BACACHE, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15, spé. p. 29 et à propos de la faute pénale caractérisée commise « dans l'exercice des fonctions » p.30 – *Contra*, P. JOURDAIN, obs. à propos de l'arrêt *Cousin*, RTD civ. 2002, p.109, spé. p.111.

évoquées reçoivent un traitement différent à raison de leur particulière gravité. Approfondir cette spécificité relève dès lors de l'étude de la réalité d'une détachabilité commune.

b. La réalité d'une détachabilité commune

255. Une détachabilité à raison de la gravité de la faute. – La démonstration du lien intangible entre la gravité de la faute et sa détachabilité ainsi que la détermination du seuil de gravité sont rendues difficiles par les arabesques jurisprudentielles. Ce double exercice devra donc être mené distinctement à l'endroit du dirigeant ($\alpha.$) puis à l'endroit du préposé ($\beta.$), sous peine de sacrifier la justesse de l'analyse à la volonté de démonstration.

$\alpha.$ La détachabilité à raison de la gravité de la faute du dirigeant

256. Gravité de la faute et mandataire social¹³⁸⁴ avant 2003. – Alors que l'exigence d'une faute séparable des fonctions est apparue en 1991¹³⁸⁵, sa définition n'est donnée qu'une dizaine d'années plus tard par la chambre commerciale dans un arrêt du 20 mai 2003¹³⁸⁶. Cet arrêt est doublement remarquable car il est aussi le premier à conclure à l'engagement de la responsabilité du dirigeant. Jusqu'alors la Cour de cassation avait rarement retenu l'existence d'une faute détachable des fonctions : ni le non-paiement d'une créance¹³⁸⁷, ni la violation des droits des copropriétaires¹³⁸⁸ ni une faute lourde¹³⁸⁹, ni une faute inexcusable¹³⁹⁰, ni le dol dans l'exécution d'un contrat¹³⁹¹, ni le dépassement de pouvoirs¹³⁹² ne suffisaient à caractériser la

¹³⁸⁴ L'essentiel du contentieux relatif à la faute détachable des fonctions concerne le mandataire social. Il ne fait guère de doute que les solutions adoptées en la matière puissent être transposées aux dirigeants d'autres groupements, ainsi qu'en atteste, par exemple, l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile du 7 octobre 2004 relatif au dirigeant d'une association (B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX).

¹³⁸⁵ V. *supra* n°6.

¹³⁸⁶ V. réf. préc., note de bas de page n°1311.

¹³⁸⁷ Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53

¹³⁸⁸ Civ. 3, 17 mars 1999, B. n°78 ; D. 1999, p.264, obs. P. DELEBECQUE.

¹³⁸⁹ Com. 27 janvier 1998, arrêt *Vanhove* (D. 1998, p.605, note D. GIBIRILA ; Bull. Joly 1998, § 173, p.535, note P. LE CANNU) : une SARL avait commandé du pétrole lampé. La non-conformité du produit livré ayant été constatée, le prix n'avait pas été payé. Le gérant décidait alors de déverser le produit dans les cuves d'une propriété voisine en voie de démolition, rendant impossible la récupération dudit produit par son fournisseur. Ce comportement aurait pu recevoir la qualification de faute lourde (en ce sens, P. LE CANNU, *op. cit.*, *loc. cit.*).

¹³⁹⁰ Com. 12 janvier 1999, Bull. Joly 1999, § 183, note B. SAINTOURENS.

¹³⁹¹ Com., 28 avril 1998, arrêt *Vergnet*, Bull. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP E 1998, p.1258, note Y. GUYON, JCP G 1998, II, 10177, note D. OHL, D. aff. 1998, p.1008, obs. A.L. ; RTD civ. 1999, p.99, obs. J. MESTRE, Rev. sociétés 1998, p.767, note B. SAINTOURENS. La solution est concrètement identique à celle qui présidait lorsque l'engagement de la responsabilité du dirigeant était soumis à la démonstration d'une faute extérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat (V. par ex. Com. 4 octobre 1988, arrêt *Lepoivre*, Rev. sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN).

¹³⁹² Com. 20 octobre 1998, JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; Bull. Joly 1999, p.88, note J.-F. BARBIERI ; D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER : consentement à un cautionnement plus d'un an après l'autorisation donnée par le Conseil d'administration, devenue caduque. – *Comp.* la position des juges du fond qui admettaient la faute personnelle du dirigeant ayant consenti une garantie sans l'autorisation préalable du conseil d'administration : CA Paris, 9 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p.475, note Y. GUYON ; JCP E 1991, I, n°22, spé. n°5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN –

faute détachable des fonctions, ce qui ne manquait pas de susciter une certaine perplexité doctrinale¹³⁹³. Face à cette « faute introuvable¹³⁹⁴ », il n'est pas rare que la doctrine parle d'immunité du dirigeant¹³⁹⁵ ou souligne son irresponsabilité de fait¹³⁹⁶.

En revanche, cette irresponsabilité civile ne s'étendait pas à la commission d'une infraction¹³⁹⁷, sans qu'il soit possible d'en conclure que découlait de la qualification pénale le critère de détachabilité de la faute. Tandis que la chambre criminelle était assurément insensible à l'exigence d'une faute détachable des fonctions du mandataire social¹³⁹⁸ – sans qu'il fût possible d'affirmer qu'elle y était hostile ou qu'elle manifestait ici l'autonomie de la matière pénale –, la première chambre civile adoptait une position ambiguë¹³⁹⁹.

Le droit antérieur à 2003 semblait donc déjà s'orienter vers une détachabilité à raison de la gravité de la faute sans qu'il soit possible de déterminer à partir de quel seuil. Tout l'intérêt de l'arrêt *Seusse* réside donc dans la définition qu'il donne de la faute détachable, précisément axée sur une faute d'une certaine gravité.

257. Gravité de la faute après 2003 : définition de l'arrêt *Seusse*. – Le droit positif fut quelque peu remis en question¹⁴⁰⁰ par l'arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 2003¹⁴⁰¹ qui précise que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être

CA Paris, 1^{er} avril 1992, Rev. sociétés 1992, p.558, obs. Y. GUYON – CA Paris, 3 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 356, note P. LECANNU.

¹³⁹³ En ce sens, COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 19^{ème} éd., 2006, n°268 et 558.

¹³⁹⁴ D. OHL, note sous Com. 28 avril 1998, arrêt *Vergnet*, JCP 1998, II, 10177.

¹³⁹⁵ J.-F. BARBIERI, note sous Com. 7 octobre 2004, Bull. Joly 2005, § 14, spé. p.106.

¹³⁹⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°300 ; H. LENABASQUE, note sous Com. 20 mai 2003, réf. préc. ; T. MASSART sous Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, spé. p.1176.

¹³⁹⁷ Crim. 14 octobre 1991, Rev. sociétés 1992, p.782, note B. BOULOC (escroquerie) – Crim. 7 mars 2001 (n°00-81512) – Crim. 26 février 2002, pourvoi n°01-81951 (tromperie) – Crim. 19 février 2003, Dr. pén. 2003, comm. 87, J.-H. ROBERT (infraction économique) – Civ. 1, 6 octobre 1998, pourvoi n°95-12519, RJDA 1998, n°1362 (corruption) ; Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, note A. COURET ; RTD civ. 2000, p.342, note P. JOURDAIN ; JCP 2000, II, 10241, concl. C. PETIT (complicité de violation du secret médical).

¹³⁹⁸ La motivation de l'arrêt de 1991 (Crim. 14 octobre 1991, réf. préc.) en atteste puisqu'elle fait référence à une infraction commise « dans l'exercice des fonctions » ; la rédaction de l'arrêt de 2003 est quasiment identique qui renvoie à l'infraction commise « dans le cadre des fonctions ».

¹³⁹⁹ La motivation de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 14 décembre 1999 (réf. préc.) est difficile à analyser car si elle casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait pourtant scrupuleusement tenté de démontrer l'absence de faute détachable, elle n'explique pas pourquoi si ce n'est par le constat de la condamnation pénale du dirigeant. A s'en tenir au visa de l'arrêt (article 1351 du Code civil), la cassation est obtenue par application de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, qui postulerait que l'exigence de la faute détachable des fonctions n'est plus requise.

Cependant, l'arrêt rendu par la même chambre le 6 octobre 1998 (réf. préc.) adopte une toute autre démarche puisqu'il approuve les juges du fond ayant conclu que le dirigeant ayant été condamné pour corruption « avait commis, à titre personnel et détachable de sa fonction de gérant, des fautes [...] qui engagent sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». Ce faisant, la Cour de cassation admet l'exigence de la caractérisation d'une faute détachable des fonctions même en présence d'une infraction pénale. Il n'est pas certain que l'antériorité de cet arrêt soit significative de son obsolescence.

¹⁴⁰⁰ En ce sens, H. LE NABASQUE qui considère que compte tenu des nouveaux critères posés par la chambre commerciale, certains comportements antérieurement non qualifiés de faute détachable des fonctions, le seraient aujourd'hui (note sous Com. 20 mai 2003, réf. préc., p.793).

¹⁴⁰¹ Réf. préc.

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** ». Loin de faire l'unanimité, cette définition suscite au contraire de nombreuses interrogations et de multiples désaccords.

258. Identification du nombre de critères. – Il y a désaccord sur le nombre de critères posés¹⁴⁰² : certains auteurs en indiquent trois¹⁴⁰³ tandis que la majorité se prononce pour deux critères – la faute intentionnelle et la faute d'une particulière gravité d'où découle son incompatibilité avec les fonctions¹⁴⁰⁴ –. La jurisprudence plaide en faveur de cette seconde interprétation. Le seuil de gravité de la faute détachable est indiqué par le caractère intentionnel de la faute et sa particulière gravité. Schématiquement la gravité est donc cumulativement d'ordre subjectif et d'ordre objectif.

259. Le critère de gravité subjective : la commission intentionnelle de la faute. – Certains auteurs ne font pas la distinction entre la faute intentionnelle et la faute commise intentionnellement, partant de la seule nécessité de caractériser la conscience de causer un dommage au tiers¹⁴⁰⁵, à l'exclusion de la caractérisation d'une intention de nuire. *A contrario*, la simple imprudence ou négligence, voire les imprudences qualifiées resteraient des fautes non séparables des fonctions.

Plusieurs auteurs considèrent au contraire que la seule conscience d'un risque créé suffirait à caractériser la faute intentionnelle¹⁴⁰⁶ et donc la faute détachable des fonctions. Si la première affirmation ne saurait être techniquement admise comme étendant à outrance la définition de la faute intentionnelle¹⁴⁰⁷, la seconde affirmation, c'est-à-dire la qualification de faute détachable des fonctions pour une imprudence consciente, n'est peut-être pas erronée. Nombreux sont en effet les auteurs qui soulignent la nécessité de distinguer la faute intentionnelle de la faute intentionnellement commise¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰² La problématique semble être inextricablement lié à la faute de fonction ; V. *supra* n°238 pour la même interrogation à propos des définitions relatives au préposé.

¹⁴⁰³ B. DONDERO, sous Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, spé. p. 1096 ; M.-H. MONSERIE-BON et L. GROSCLAUDE, *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Cours LMD, 2009, n°231.

¹⁴⁰⁴ En ce sens C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, réf. préc., n°521 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°301.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°301 ; H. LE NABASQUE, *op. cit.*, p.792 – *Contra*, C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, réf. préc., n°521.

¹⁴⁰⁶ J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, note sous Civ.3, 4 janvier 2006, JCP E 2006, 2035, n°1 ; S. MESSAÏ-BAHRI, note sous Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106 ; même auteur, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1238 et s.

¹⁴⁰⁷ La faute intentionnelle doit désigner la volonté de causer le dommage en droit de la responsabilité civile (B. DALLOZ, *L'intention : essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon 3, 2009, n°225 ; A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, PUAM, 2003, n°16 et s.)

¹⁴⁰⁸ C. BENOIT-RENAUDIN, note sous le même arrêt, JCP 2010, note 1177 ; P. JOURDAIN, note sous Com. 28 septembre 2010, RTD civ. 2010, p. 785.

260. Définition de la commission intentionnelle de la faute. – La Cour de cassation ne s'est jamais clairement exprimée à ce propos. Il est douteux, cependant, qu'elle exige une réelle volonté de causer un dommage à autrui compte tenu de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Seusse*. Ainsi a-t-elle admis l'existence d'une faute séparable des fonctions dans une espèce où était reproché au dirigeant un défaut de souscription à une assurance obligatoire, défaut constitutif d'un délit pénal¹⁴⁰⁹. Or, si par application de l'article 121-3 du Code pénal, cette infraction est intentionnelle, elle n'implique pourtant pas la volonté de causer un dommage¹⁴¹⁰. Cette infraction relevant de la catégorie des infractions préventives, le dommage est un élément étranger tant à son élément matériel qu'à son élément moral¹⁴¹¹. L'intention exigée par cette infraction est circonscrite à la volonté tendue vers l'absence de souscription à l'assurance. Il ne semble guère plus opportun de considérer qu'une telle intention implique chez l'auteur la conscience de faire courir un risque à autrui¹⁴¹² car la violation délibérée de l'obligation de souscrire à une assurance obligatoire ne fait irréfragablement présumer la conscience de faire courir un risque à autrui qu'autant qu'il est question du seul risque patrimonial d'une potentielle victime d'un accident de la circulation et qu'il est fait abstraction de l'existence d'un Fonds de Garantie Automobile et des propres capacités financières des conducteur et gardien du véhicule.

De cet arrêt résulte plutôt que la faute délibérée pourrait suffire à caractériser la faute détachable des fonctions d'un point de vue moral¹⁴¹³. En revanche, la faute lourde ne serait pas, en la matière, équipollente au dol puisque de graves manquements aux règles de l'art ne permettent pas de caractériser la faute détachable¹⁴¹⁴. Il est regrettable que la Cour de cassation ne prenne pas davantage soin de choisir des terminologies existantes et renvoyant précisément au seuil de gravité auquel elle subordonne la qualification de faute détachable des fonctions. La même remarque peut s'appliquer au critère de gravité objective.

261. Le critère de gravité objective : la faute d'une particulière gravité. – Il n'est pas plus aisé de savoir ce que recouvre la condition d'une faute d'une particulière gravité. Cette gravité est assurément distincte de la gravité de l'état d'esprit de l'agent. En effet, même si une faute intentionnelle (ou délibérée) est sans doute en soi une « faute d'une particulière gravité »¹⁴¹⁵, cette dernière ne peut être réduite à la seconde, sauf à admettre une récurrence

¹⁴⁰⁹ Com. 4 juillet 2006, D. 2006, p.1958, obs. A. LIENHARD – Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; JCP 2010, note 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET.

¹⁴¹⁰ En ce sens, P. JOURDAIN, réf. préc. ; E. LAMAZEROLLES, réf. préc.

¹⁴¹¹ R. OLLARD, *La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal*, RSC 2010, p.561.

¹⁴¹² *Contra*, S. MESSAÏ note sous Civ. 3 4 janvier 2006, réf. préc.

¹⁴¹³ L'opinion semble partagée par ceux qui pensent que cet arrêt n'est pas vraiment une application de l'arrêt *Seusse* et consacre au contraire un cas supplémentaire de faute détachable : l'infraction pénale intentionnelle (E. LAMAZEROLLES, *op. cit.*).

¹⁴¹⁴ Com. 31 janvier 2012, n°11-14154 ; Rev. sociétés 2012, p.418, note B. DONDERO.

¹⁴¹⁵ H. LE NABASQUE, *op. cit.*, p.792.

stérile entre le premier et le second critère. La gravité renvoie donc à l'aspect matériel de la faute. Cela dit, le débat n'est pas clos car il faut encore déterminer à quel modèle la faute d'une particulière gravité pourrait être associée. Certains auteurs rejettent la faute grave et la faute inexcusable comme ne correspondant pas au degré de gravité exigé¹⁴¹⁶, pour retenir la seule faute lourde¹⁴¹⁷. Il serait encore possible de déduire la gravité de la faute de l'importance de ses conséquences¹⁴¹⁸. La jurisprudence semble avoir effectivement exclu la faute grave de la qualification de faute séparable des fonctions¹⁴¹⁹.

262. Le sort de l'infraction pénale. Juridictions pénales. – Enfin, la jurisprudence a diversement admis que l'infraction pénale soit soumise à la qualification de faute détachable des fonctions pour engager la responsabilité civile du dirigeant qui l'a commise. Même s'il est troublant que la chambre criminelle ait rendu un arrêt le même jour que la chambre commerciale qui, pour engager la responsabilité civile du dirigeant, ne s'est pas contentée de relever l'existence d'une condamnation pénale ou d'une infraction pénale, mais a motivé sa solution en indiquant que « le dirigeant d'une personne morale [...] a[vait] intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers »¹⁴²⁰, il semble que cette juridiction n'ait pas souhaité se soumettre à la règle de la faute séparable des fonctions¹⁴²¹. Sa jurisprudence postérieure en atteste¹⁴²². La situation secréterait une « exacerbation des actions pénales là où ne sont en réalité en jeu que des intérêts civils »¹⁴²³.

263. Le sort de l'infraction pénale. Juridictions civiles et commerciale. – A l'inverse les chambres civiles et commerciale admettent volontiers de s'interroger sur le caractère détachable ou non détachable de l'infraction. Cependant, elles retiennent ici comme ailleurs des solutions discordantes qu'il est parfois difficile d'expliquer.

¹⁴¹⁶ La faute grave pêche par insuffisance de gravité, la faute inexcusable par excès de gravité (H. LE NABASQUE, *op. cit., loc.cit.*).

¹⁴¹⁷ Bien que restant attachée au lien fonctionnel, la jurisprudence avaliserait ainsi les propositions doctrinales visant à se passer de toute référence à la faute de fonction pour ne s'appuyer que sur la gravité de la faute (G. AUZÉRO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, p.502, spé. p.505).

¹⁴¹⁸ H. LE NABASQUE, *op. cit., loc.cit.*

¹⁴¹⁹ Com. 27 septembre 2005, pourvoi n°04-11183 : la Cour d'appel avait retenu une faute grave consistant à avoir laissé l'un des associés engager la société pour la construction d'un immeuble par l'acceptation d'un simple devis et non pas en proposant un contrat au formalisme réglementé aux tiers victimes qu'il privait ainsi des garanties instaurées par la loi. La Cour de cassation n'y voit pas de faute détachable des fonctions.

¹⁴²⁰ Crim. 20 mai 2003, RTD civ. 2003, p.832, note B. BOULOC ; Dr. pén. 2003, comm. 103, note J.-H. ROBERT ; Bull. Joly 2003, § 242, note T. MASSART.

¹⁴²¹ T. MASSART, note sous Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, spé. p.1176.

¹⁴²² Crim. 7 septembre 2004, pourvoi n°03-86292 : l'arrêt retient la responsabilité d'une gérante pour omission de souscription d'une assurance obligatoire en matière de construction aux seuls motifs que « la prévenue devait répondre des conséquences dommageables de l'infraction dont elle s'est personnellement rendue coupable, ce délit eût-il été commis dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social » – V. également, Crim. 29 juin 2005, pourvoi n°04-82734 – Crim. 26 janvier 2010, n°09-81864.

¹⁴²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 19^{ème} éd., 2006, n°272 – Également en ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°511.

Ainsi, la troisième chambre civile a décidé que le défaut de souscription d'une assurance obligatoire, constitutif d'un délit pénal, n'est pas une faute séparable des fonctions¹⁴²⁴ alors que la chambre commerciale retenait la solution contraire pour le défaut de souscription d'une assurance automobile¹⁴²⁵.

Certains auteurs, tout en reconnaissant que cette différence de solution a « quelque chose d'irritant »¹⁴²⁶ proposent de la justifier notamment par le fait que le dirigeant avait pris la charge d'assurer personnellement le véhicule, ce qui l'avait fait sortir de ses fonctions¹⁴²⁷. L'argument peut être reçu car la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé que le dirigeant avait souscrit le contrat d'assurance en son nom « sans référence à son contrat de gérance » avant de caractériser également une faute délibérée. Mais dans ce cas, était-il vraiment nécessaire de recourir à la définition de la faute séparable des fonctions ? Ne fallait-il pas plutôt montrer que le dirigeant, n'ayant pas agi *ès qualités*, était responsable de sa faute non fonctionnelle ? Bref, en définitive, l'argument prouve trop !

L'opposition apparemment irréductible des arrêts relatifs à l'absence de souscription à une assurance obligatoire doit surtout s'expliquer en admettant d'une part, que le critère de détachabilité relève de la seule gravité de la faute, et d'autre part, que les termes employés par l'arrêt *Seusse* ont un caractère approximatif quant à l'élément moral.

D'abord, la gravité des faits soumis aux deux chambres de la Cour de cassation n'apparaît pas identique. Dans l'arrêt ayant rejeté la faute détachable des fonctions, il est uniquement fait mention de l'absence de souscription d'une assurance obligatoire. Dans l'arrêt ayant retenu la faute détachable des fonctions, il est rappelé que le dirigeant avait initialement souscrit à cette assurance obligatoire mais qu'il avait délibérément cessé de payer les primes, ce qui avait conduit la compagnie d'assurance à lui adresser des courriers de relance puis de résiliation du contrat. Si l'attitude de ces deux dirigeants relève communément de l'incurie, il apparaît que

¹⁴²⁴ Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p.231, obs. A. LIENHARD. L'omission de souscription des assurances obligatoires en matière de construction de maison individuelle est un délit incriminé à l'article L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et à l'article L. 243-3 du Code des assurances.

L'exactitude commande que soit notée l'absence de référence explicite à la définition de la faute séparable donnée par l'arrêt *Seusse* dans cet arrêt de 2006. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir (sobrement) relevé que « le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité n'était pas séparable des fonctions de dirigeant » pour exclure la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers.

¹⁴²⁵ Com. 4 juillet 2006, D. 2006, p.1958, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly 2007, § 10, note B. DONDERO : le véhicule automobile d'une société avait été assuré par le dirigeant personnellement. Cependant, ce dernier ayant cessé de payer les primes, le contrat avait été résilié. Malgré l'absence d'assurance, le dirigeant avait cependant permis à un salarié de l'utiliser. Un accident s'était produit occasionnant des dommages pour la victime. Celle-ci avait été indemnisée par le FGA qui s'est retourné contre le dirigeant.

¹⁴²⁶ J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES, obs. sous Civ. 3, 4 janvier 2006 et Com. 4 juillet 2006, D. 2007, p.267, spé. n°3.

¹⁴²⁷ *Ibidem*.

celle du second est certainement plus grave puisqu'elle y apparaît délibérée¹⁴²⁸. Cette différence de gravité est alors à même de justifier la différence de traitement¹⁴²⁹.

La jurisprudence postérieure semble confirmer cette analyse et la troisième chambre civile se montre désormais plus explicite à ce propos. Elle explique en effet que « la conjonction de comportements volontaires » – parmi lesquels « la résiliation d'un contrat d'assurance obligatoire » – et dont le gérant d'une SARL « ne pouvait ignorer le caractère dommageable » est une faute séparable des fonctions¹⁴³⁰. Elle confirme ainsi que l'infraction de non-souscription d'une assurance obligatoire ne constitue pas à elle-seule une faute séparable sauf lorsqu'elle correspond à un comportement véritablement délibéré et qu'elle s'intègre dans un ensemble de manquements¹⁴³¹. A cet égard, son positionnement est moins isolé qu'il n'y paraît.

En effet, bien que la chambre commerciale affirme désormais de manière laconique que « le gérant qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable **comme telle** de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile¹⁴³² », elle ne retient la faute séparable des fonctions que lorsque le défaut de souscription d'assurance obligatoire s'accompagne d'un dépassement de pouvoir du dirigeant¹⁴³³ et que son caractère délibéré a été dûment caractérisé¹⁴³⁴.

Conformément à ces développements, les juges du fond considèrent que la seule qualification pénale est insuffisante à détacher la faute de la fonction. Ainsi, une contravention ne peut être qualifiée de faute séparable des fonctions, dès lors qu'elle consiste en une omission dont le caractère délibéré ne peut être rapporté¹⁴³⁵.

264. Synthèse sur la faute détachable du dirigeant. – Si le critère de gravité de la faute transpire incontestablement du contentieux, il reste difficile d'établir avec fermeté le seuil de

¹⁴²⁸ Certains commentateurs noteront que la faute détachable résidait bien davantage dans le cumul de comportements fautifs que dans la seule non-souscription de l'assurance (A. COURET, note sous Com. 28 septembre 2010, Bull. Joly 2010, § 212, spé. n°5).

¹⁴²⁹ Pour des solutions également divergentes, rendues à propos du défaut d'assurance obligatoire, par les juges du fond : CA Montpellier, 18 juin 2002, Dr. sociétés 2003, comm. 132, obs. J. MONNET (retient la responsabilité personnelle) – *Contra*, CA Paris, 10 novembre 2000, JurisData n°2000-130050.

¹⁴³⁰ Civ. 3, 11 janvier 2012, Bull. Joly 2012, § 255, note B. DONDERO.

¹⁴³¹ Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 11 janvier 2012, le gérant de la SARL avait transféré de manière occulte le chantier de son ancienne société à sa nouvelle société. Il avait en effet dissous la première société pour échapper à ses obligations contractuelles. Il avait enfin perçu des sommes d'argent de manière anticipée.

¹⁴³² Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; JCP 2010, note 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET.

¹⁴³³ Com. 18 mai 2010, n°09-66.172 ; Rev. sociétés 2010, p.303, obs. A. LIENHARD.

¹⁴³⁴ Com. 28 septembre 2010, réf. préc. – Les juges du fond semblent également relever une telle circonstance : V. par ex. CA Agen, 7 septembre 2011, n°10/01189.

¹⁴³⁵ CA Paris, 20 septembre 2011, Bull. Joly 2012, § 222, note B. DONDERO. Il s'agissait du défaut de déclaration de la cessation d'une activité au titre de laquelle la société était autorisée ou déclarée – contravention prévue par l'article 34 du décret du 21 septembre 1977 modifié, pris pour l'application de la loi du 19 juillet relative aux installations classées pour la protection de l'environnement –.

gravité de la faute¹⁴³⁶. Seules demeurent généralement vérifiables d'une part, la possibilité de retenir la faute détachable en présence d'une véritable faute intentionnelle, et d'autre part l'impossibilité de déduire de la seule qualification pénale l'existence d'une faute détachable.

Effectivement, suite à l'arrêt du 20 mai 2003, la faute séparable des fonctions sera caractérisée¹⁴³⁷ : pour l'instigation et la participation active à des actes de contrefaçon¹⁴³⁸, pour des manœuvres dolosives lors de la conclusion d'un contrat¹⁴³⁹, pour des manœuvres tendant à faire échapper une somme d'argent au gage des créanciers¹⁴⁴⁰, pour la violation persistante des obligations légales en matière de diffusion d'œuvres protégées¹⁴⁴¹. Elle ne sera en revanche pas admise pour l'engagement de caution pris par la président d'une société anonyme sans autorisation préalable du conseil d'administration¹⁴⁴², ni pour la perte de créance d'un contractant consécutif à l'aggravation du passif de la société¹⁴⁴³, ni pour l'inertie « relative » ayant conduit au non-paiement des créanciers¹⁴⁴⁴, ni pour la présentation trop optimiste de la société¹⁴⁴⁵, ni pour un manquements aux règles de l'art¹⁴⁴⁶. Ne commet pas davantage une faute détachable des fonctions, le président de l'association ayant passé une commande conformément à un budget prévisionnel surévalué alors qu'il n'a pas été établi que cette surévaluation a, à elle seule, mis l'association dans l'impossibilité de faire face à ses obligations¹⁴⁴⁷.

Il semble enfin certain que le mécanisme de détachabilité est rejeté par la chambre criminelle pour les seules fautes du mandataire dirigeant. En est-il de même s'agissant de la faute du préposé ?

β. La détachabilité à raison de la gravité de la faute du préposé

265. Gravité de la faute et préposé. – Il semble qu'ici aussi, le critère de détachabilité soit un critère de gravité de la faute. Une fois admise l'idée que l'arrêt *Cousin* relève du concept de détachabilité, l'état du droit positif devient parfaitement univoque : la faute du

¹⁴³⁶ Le phénomène est en passe de s'accroître si la jurisprudence venait à confirmer que la circonscription de la faute séparable des fonctions est laissée à la libre appréciation des juges du fond. Certains auteurs jugent en effet que la Cour de cassation se contente de vérifier la présence formelle d'une faute séparable des fonctions (Com. 26 juin 2007, RTD com. 2008, p.128, obs. P. LECANNU, B. DONDERO).

¹⁴³⁷ V. également les décisions relatives à l'absence de souscription d'une assurance obligatoire, *supra* n°263.

¹⁴³⁸ Com. 7 juillet 2004, Bull. Joly 2004, § 303, note H. LE NABASQUE ; Com. 25 janvier 2005, pourvoi n°01-10740 ; Bull. Joly 2005, § 135, note B. LE BARS.

¹⁴³⁹ Com. 26 février 2008, pourvoi n°05-18569.

¹⁴⁴⁰ Com. 6 novembre 2007, pourvoi n°05-13402, JCP E 2007, 2520.

¹⁴⁴¹ Civ.1, 16 novembre 2004, n°02-21615, Bull. Joly 2005, § 72, note B. DONDERO.

¹⁴⁴² Com. 9 juin 2004, pourvoi n°00-19773 – V. *infra* n°295 pour une critique de cette solution.

¹⁴⁴³ Com. 25 janvier 2005, pourvoi n°01-11377.

¹⁴⁴⁴ Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO.

¹⁴⁴⁵ Com. 13 décembre 2005, Bull. Joly 2006, § 636, note J.-F. BARBIERI – Com. 29 juin 2006, Bull. Joly 2007 § 84, note DONDERO – Com. 12 juin 2007, n°06-16247.

¹⁴⁴⁶ Com. 31 janvier 2012, n°11-14154, Rev. sociétés 2012, p.418, note B. DONDERO.

¹⁴⁴⁷ CA Rennes, 27 octobre 2010, BAF 1/11 inf. 10.

préposé est détachable en raison de sa gravité. Depuis, la jurisprudence a évolué dans le sens d'une diminution du seuil de gravité de la faute. Alors qu'initialement, était exigée une faute pénale intentionnelle¹⁴⁴⁸, il a pu être question d'infraction d'imprudence qualifiée¹⁴⁴⁹ et même dernièrement d'infraction pénale ou de faute intentionnelle¹⁴⁵⁰. Cette évolution n'emporte toutefois pas l'obsolescence de la référence à la gravité de la faute et il y a là source de contentement pour qui cherche à unifier les critères de la faute de fonction.

L'unité s'étend-elle jusqu'au seuil de gravité à partir duquel la détachabilité est acquise ? Les solutions sont incertaines, qui dépendent de l'interprétation retenue de la jurisprudence. Ainsi, la faute intentionnelle pourrait être un facteur d'unité : souhaitée comme tel par la doctrine¹⁴⁵¹, elle ne jouait pas ce rôle en droit positif jusqu'à une période récente¹⁴⁵². Une nouvelle motivation apparue en 2007¹⁴⁵³ et reprise en 2008¹⁴⁵⁴ fait cependant état d'une détachabilité à raison de la seule faute intentionnelle¹⁴⁵⁵. Ces deux arrêts étaient cependant étrangers à la qualification de la faute permettant d'engager la responsabilité civile du préposé¹⁴⁵⁶, de sorte qu'il était impossible d'affirmer que la Cour de cassation avait véritablement souhaité l'évolution décrite.

La chambre sociale de la Cour de cassation paraît au contraire s'orienter vers la caractérisation d'une faute lourde du préposé, bien qu'elle n'en fasse pas explicitement état. Dans un arrêt du 11 mars 2009¹⁴⁵⁷, elle juge en effet que la Cour d'appel, ayant relevé que le préposé avait tenté

¹⁴⁴⁸ L'arrêt *Cousin* semblait exiger une condamnation pénale mais la jurisprudence postérieure allait démentir cette interprétation (Crim. 7 avril 2004, B. n°94 – Soc. 21 juin 2006, B. n°223, D. 2006, p.2831, note M. MINE – harcèlement moral –). – Dans un premier temps, la faute pénale intentionnelle n'a pas fait obstacle à l'immunité civile du préposé (Crim. 23 janvier 2001, B. n°212 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL). Il est cependant notable que la qualification retenue (tromperie et publicité mensongère) correspond à une infraction intentionnelle traitée par la jurisprudence comme une infraction d'imprudence pour les professionnels (sur l'évolution de l'élément moral de cette infraction, modifiée à de nombreuses reprises, V. notamment, A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2010, n°1275 et s.).

¹⁴⁴⁹ Crim. 28 mars 2006, RCA 2006, comm. 289, note H. GROUDEL ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY – Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUDEL. – *Adde*, Crim. 13 mars 2007, RCA 2007, étude n°13, A. VIALARD. – La portée de ces arrêts est discutée. Notant que les préposés concernés sont dans les deux espèces jurisprudentielles des préposés encadrants, une partie de la doctrine réserve la possibilité d'engager la responsabilité du préposé en cas d'imprudence qualifiée aux seuls « préposés XXL » (A. VIALARD, note sous Crim. 13 mars 2007, réf. préc.) – V. *infra* n°497.

¹⁴⁵⁰ Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, note H. GROUDEL ; D. 2008, p.1248, note J. MOULY – Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, note H. GROUDEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU.

¹⁴⁵¹ M.-C. GUERIN, *La faute intentionnelle de celui qui agit pour le compte d'autrui*, LPA 11 janvier 2006, n°8, p.6.

¹⁴⁵² La jurisprudence *Cousin* exigeait en outre une qualification pénale.

¹⁴⁵³ Civ. 2, 20 décembre 2007, réf. préc.

¹⁴⁵⁴ Civ. 2, 21 février 2008, réf. préc.

¹⁴⁵⁵ Ce faisant, la jurisprudence répond aux vœux doctrinaux prononcés à propos des limites de l'immunité du préposé. L'ensemble des avant-projets de réforme du droit des obligations va également en ce sens (V. *infra* n°635 et s.).

¹⁴⁵⁶ En 2007, la Cour de cassation se prononçait à propos de la juridiction compétente pour connaître du recours du commettant-employeur contre le préposé-salarié. En 2008, la Cour de cassation reprochait au juges du fond d'avoir statué sur la responsabilité civile d'une subordonnée sans avoir tenu compte de son statut de préposé.

¹⁴⁵⁷ N°07-42609.

de dissimuler les accidents du travail survenus sur un chantier au détriment des salariés blessés, en leur enjoignant de se soigner eux-mêmes sans se rendre à l'infirmerie et qu'il était coutumier du fait de faire prendre des risques aux ouvriers qui ne disposaient pas de toutes les protections appropriées, elle avait caractérisé une « faute personnelle imputable au préposé ». Au titre d'une certaine communauté, il serait également possible de retenir que la seule qualification pénale ne suffit pas à rendre la faute détachable¹⁴⁵⁸. L'incertitude est cependant de mise depuis les arrêts de 2007 et 2008, lesquels consacrent la fin de l'immunité du préposé en cas d' « infraction pénale », sans distinction. Un certain optimisme doit être conservé sur ce point car il n'est pas absolument acquis que la Cour de cassation ait entendu abaisser le seuil de détachabilité de la faute pénale à l'imprudence simple. En tous cas, la chambre criminelle semble insensible à une telle évolution puisqu'elle a pu considérer que la commission d'un homicide involontaire ne permettait pas que soit engagée la responsabilité du préposé à défaut de caractériser un excès de mission¹⁴⁵⁹. Elle ne raisonne donc pas en terme de détachabilité face à une infraction d'imprudence mais éventuellement de détachement par distension du lien fonctionnel¹⁴⁶⁰.

2. La distension du lien fonctionnel

266. Possibilité de critères alternatifs de détachement relatif. – La possibilité que la détachabilité de la faute à raison de sa gravité ne soit pas l'unique critère de détachement relatif est commune au préposé et au mandataire. Elle apparaît dès l'arrêt *Costedoat*¹⁴⁶¹ puisque celui-ci, garantissant l'immunité du préposé ayant agi « sans excéder les limites de sa mission », autorise *a contrario* un détachement de la faute du préposé à raison de l'excès des

¹⁴⁵⁸ S'agissant des préposés, l'infraction devait être intentionnelle (arrêt *Cousin*) ou d'imprudence qualifiée (les arrêts ne concernant peut-être que les préposés délégataires).

S'agissant des dirigeants, V. *supra* n°262.

¹⁴⁵⁹ Crim. 10 mai 2011, n°10-87653.

¹⁴⁶⁰ V. cependant, Crim. 17 novembre 2009, n°09-82678, qui rejette le pourvoi du préposé invoquant son immunité civile. La Cour de cassation juge en effet qu'en caractérisant le délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, la Cour d'appel a justifié l'allocation, au profit de la partie civile, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant.

La Cour de cassation a pourtant, à de nombreuses reprises, affirmé que ce délit était caractérisé par une simple faute d'imprudence ou de négligence (Crim. 14 décembre 1994, B. n° 415 ; Dr. pén. 1995, comm. 98, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 1995, p. 570, obs. B. BOULOC et p. 597, obs. J.-C. FOURGOUX – Crim. 12 novembre 1997, Dr. pén. 1998, comm. 24, obs. J.-H. ROBERT – Crim. 26 octobre 1999, B. n° 233 ; Dr. pén. 2000, comm. 21, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2000, p. 384, obs. B. BOULOC – Crim. 18 novembre 2003, n° 02-87.048 – Crim. 19 octobre 2004, B. n° 245 ; JCP 2004, IV, 3422). Dès lors, la Cour de cassation semble admettre que certains délits d'imprudence puissent engager la responsabilité civile du préposé – *Adde*, à propos de l'élément moral de l'infraction de publicité de nature à induire en erreur, devenue « pratiques commerciales trompeuses » (article L. 121-1 du Code de la consommation), V. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2010, n°1275 et s.) ; S. FOURNIER, *De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses*, Dr. pén. 2008, étude n°4.

¹⁴⁶¹ AP 25 février 2000, réf. préc., note de bas de page n°1160 sous n°204.

limites de sa mission. Elle apparaît également dans l'arrêt *Seusse* dont la formulation pourrait renvoyer non à une définition générique mais à un exemple de faute séparable¹⁴⁶².

267. Définition prétorienne de l'excès de mission. – Les arrêts qui rejettent la responsabilité civile des préposés ne sont guère prolixes à ce propos. Quelques indices émanent cependant de ces décisions. Certains restent très imprécis lorsque la Cour de cassation indique que les actes du préposé qui demeurent « dans les limites des relations de travail¹⁴⁶³ » relèvent de la mission du préposé ou lorsqu'il est relevé que le préposé n'engage pas sa responsabilité civile puisqu'il « a agi dans l'exercice normal de ses attributions¹⁴⁶⁴ ».

D'autres solutions apportent des indications plus concrètes : par exemple, la commission d'une infraction non intentionnelle¹⁴⁶⁵ ou la conduite d'un véhicule automobile sans permis de conduire¹⁴⁶⁶ n'emportent pas l'excès de mission.

268. Définitions doctrinales. – Face à ce silence prétorien, la doctrine reste encore timide quant à la définition de la faute de mission et donc de l'excès de mission. Deux types de propositions ont vu le jour. Les premières définissent la faute de mission et l'excès de mission sans se référer à la gravité de la faute ; les seconds s'y réfèrent¹⁴⁶⁷. Ces derniers s'appuient sur une analyse différente de l'arrêt *Cousin*¹⁴⁶⁸ et ne proposent donc pas vraiment de critères alternatifs de détachement relatif. C'est pourquoi ils ne seront pas développés¹⁴⁶⁹.

Au titre de la première catégorie de propositions, un auteur suggère de caractériser l'excès de mission à partir de l'un des critères cumulatifs de l'abus de fonction¹⁴⁷⁰. D'autres auteurs semblant considérer que la mission renvoie au comportement subjectif du préposé, à savoir la recherche de l'intérêt du commettant¹⁴⁷¹, mettent sur la piste d'un détachement relatif consécutif au détournement de la fonction.

¹⁴⁶² La rédaction des motifs de la Cour de cassation peut être interprétée en ce sens en raison de l'usage de l'expression « *qu'il en est ainsi* » (G. VINEY, JCP 2004, I, 101 ; H. LE NABASQUE, note sous Com. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 167). – *Contra*, B. DONDERO, note sous Com. 20 mai 2003, D. 2003, p.2623.

¹⁴⁶³ Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84, JCP 2000, I, 280 obs. G. VINEY.

¹⁴⁶⁴ Crim. 23 janvier 2001, B. n°21, RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL.

¹⁴⁶⁵ CA Lyon, 19 janvier 2006, D. 2006, p.1516, note A. PAULIN – Crim. 10 mai 2011, n°10-87653 (homicide involontaire).

¹⁴⁶⁶ Crim. 19 octobre 2010, n°09-87983, RCA 2011, comm. 46, obs. H. GROUDEL.

¹⁴⁶⁷ Certaines propositions sont plus difficiles à analyser qui définissent le cadre de missions non seulement par égard à l'intérêt poursuivi, mais également par référence à la gravité de la faute (M. BACACHE, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15, spé. p.35 : « Le préposé qui, sans rechercher un intérêt personnel, commet une faute dépourvue de gravité, dans le cadre objectif de ses fonctions, se maintient dans le cadre de sa mission. »).

¹⁴⁶⁸ V. *supra* n°254.

¹⁴⁶⁹ Ces auteurs considèrent pour leur part que la gravité de la faute opère nécessairement scission avec la mission car « les limites de la mission doivent s'apprécier aussi par rapport à la finalité des fonctions » (P. JOURDAIN, obs. à propos de l'arrêt *Cousin*, RTD civ. 2002 p.109, spé. p.111).

¹⁴⁷⁰ N. PIERRE, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°14.

¹⁴⁷¹ M. BILLIAU, note sous AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295 spé n°9. L'auteur n'est pas insensible à la gravité de la faute commise mais l'envisage distinctement : « La question de la gravité de la faute commise par le préposé reste par ailleurs posée » (nous soulignons). Cette opinion est partagée (P. BRUN, note sous AP 25 février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°21).

269. Une autre faute séparable des fonctions de dirigeant ? – Plusieurs considérations permettent d'envisager l'existence d'autres fautes séparables.

Il en est d'abord de l'attitude de certaines chambres de la Cour de cassation, et notamment de la troisième chambre civile. Il est permis de s'interroger sur sa volonté réelle de se plier à la définition issue de l'arrêt *Seusse* puisqu'elle n'en a jusqu'alors jamais fait mention explicite¹⁴⁷². La solution qu'elle a adoptée à propos du défaut d'assurance obligatoire est parfois comprise comme l'adoption d'une conception purement objective de la faute de fonction¹⁴⁷³, insensible à tout jugement de valeur porté sur le comportement, lequel génère la détachabilité de la faute. Il semble cependant prématuré de retenir cette interprétation compte tenu du nombre restreint d'interventions de cette chambre. En outre, sa solution peut sans doute trouver une explication compatible avec le mouvement général de détachabilité précédemment exposé¹⁴⁷⁴.

L'interprétation *a contrario* d'un arrêt rendu par la chambre commerciale semble également plaider en faveur d'une faute séparable à raison d'une distension du lien fonctionnel. Cet arrêt concernait le président d'une association et affirmait qu'« aucune faute personnelle précise n'est démontrée à l'égard des administrateurs *qui ont agi dans le cadre des statuts des associations* »¹⁴⁷⁵. Une lecture *a contrario* de cet arrêt indiquerait que si l'administrateur agit en dehors de ce cadre, il commettrait une faute séparable des fonctions. Il n'est pas certain néanmoins que la solution puisse être étendue aux dirigeants de société lesquels disposent de pouvoirs **légaux** étendus, les limitations statutaires de ses pouvoirs n'étant pas opposables aux tiers. Sauf qu'en l'espèce la non-opposabilité de la limitation des pouvoirs n'est pas à l'avantage des tiers mais bien à leur détriment puisqu'ils ne pourront pas être dédommagés. C'est peut-être pourquoi certains auteurs apprécieraient que la lecture *a contrario* de cette solution soit étendue à d'autres dirigeants¹⁴⁷⁶. Une telle lecture rejoindrait en outre d'autres propositions doctrinales en ce sens¹⁴⁷⁷. Un arrêt de la chambre commerciale semble avoir effectivement étendu au dirigeant de société l'exigence d'une faute objectivement **et** subjectivement fonctionnelle¹⁴⁷⁸. La Cour approuve ainsi les juges du fond d'avoir successivement démontré que le dirigeant avait agi « *ès qualités dans les limites de l'objet de la société* », sans « *intérêt personnel à utiliser celle-ci dans un dessein illicite* », « *d'où il ressort que [le dirigeant] n'avait pas intentionnellement commis de fautes d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de ses fonctions* ». Là encore, une interprétation *a contrario* conduirait à admettre la faute séparable en cas de dépassement **ou** de détournement de la fonction.

¹⁴⁷² Civ. 3 4 janvier 2006, réf. préc. ; Civ. 3, 18 juin 2003, n°98-22718.

¹⁴⁷³ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°522.

¹⁴⁷⁴ V. *supra* n°263.

¹⁴⁷⁵ Com. 7 octobre 2004, D. 2004, p.2792 ; Rev. sociétés 2005, p. 225, note D. RANDOUX ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI.

¹⁴⁷⁶ D. RANDOUX, note sous Com. 7 octobre 2004, réf. préc.

¹⁴⁷⁷ H. LE NABASQUE, Bull. Joly 2003, § 167, spé. p.794.

¹⁴⁷⁸ Com. 13 décembre 2005, pourvoi n°04-11020.

Enfin, dans un arrêt rendu le 18 mai 2010, la chambre commerciale¹⁴⁷⁹ semble avoir implicitement admis que le dépassement de l'objet social puisse constituer un élément contribuant à la caractérisation d'une faute séparable¹⁴⁸⁰.

Cette solution permettrait également de satisfaire la doctrine qui comprend mal qu'un dépassement de fonction ne soit pas au moins qualifié de faute séparable des fonctions¹⁴⁸¹. Il est cependant permis d'être sceptique quant à la qualification de faute *séparable* dans le cas d'un tel dépassement de pouvoirs, lequel renverrait davantage à une faute *séparée* des fonctions, bref à un critère de détachement absolu et non relatif¹⁴⁸². Le détournement de fonction, s'il devait être exclu des critères de détachement absolu, pourrait parfaitement relever des critères de détachement relatif dont les effets doivent maintenant être abordés.

B. Les effets des critères de détachement relatif

270. Maintien du lien fonctionnel et dirigeant. – La Cour de cassation ne s'est guère prononcée explicitement sur les relations entre la faute détachable des fonctions et la faute « ès qualités » engageant la responsabilité civile de la personne morale. La doctrine est pourtant curieuse de connaître sa position sur le sujet, avide de savoir si le régime de la faute de service du droit administratif pourrait être tout à fait transposé en droit privé¹⁴⁸³. Si tel était le cas, la faute, bien que séparable des fonctions, engagerait la responsabilité civile de la personne morale car elle serait néanmoins rattachée aux fonctions. Certains commentateurs sont hostiles à une telle transposition, jugeant que la faute séparable ne doit engager que la responsabilité du dirigeant¹⁴⁸⁴. Cependant, cette hostilité n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine qui admet soit une coexistence des responsabilités du groupement et du dirigeant¹⁴⁸⁵, soit que la faute séparable des fonctions puisse être une faute objectivement fonctionnelle¹⁴⁸⁶.

L'état du droit positif semble s'orienter vers ce maintien d'un lien fonctionnel en cas de reconnaissance d'une faute séparable ou détachable des fonctions.

¹⁴⁷⁹ Com. 18 mai 2010, Dr. sociétés 2010, comm. 161, M. ROUSSILLE.

¹⁴⁸⁰ C'est en premier lieu la Cour d'appel qui avait qualifié la faute séparable en s'appuyant non seulement sur la non-souscription d'une assurance obligatoire, mais également sur le dépassement de l'objet social. Or, la Cour de cassation reprend sa motivation pour rejeter le pourvoi.

¹⁴⁸¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°300.

¹⁴⁸² V. cependant, pour une qualification de faute séparable alors que les gérants n'avaient pas agi « ès qualités », Com. 8 février 2005, pourvoi n°02-18017 ; Bull. Joly 2005, § 193, concl. M.-A. LAFORTUNE.

¹⁴⁸³ J.-C. HALLOUIN, note sous Com. 27 janvier 1998, arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.392, remarque n°4.

¹⁴⁸⁴ D. GIBIRILA, note sous Com. 27 janvier 1998, arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.605, spé. p.607 ; P. LE CANNU, note sous le même arrêt, Bull. Joly 1998, § 173, spé. p.538 ; D. RANDOUX, note sous Civ. 2, 7 octobre 2004, Rev. sociétés 2005, p.225, spé. n°4 – *Contra*, T. MASSART, qui considère comme acquise la possibilité d'engager la responsabilité civile de la personne morale à raison de la faute détachable de son dirigeant (note sous Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, spé. p.1178).

¹⁴⁸⁵ J.-F. BARBIERI, note sous Civ. 2, 7 octobre 2004, Bull. Joly 2005, § 14, spé. n°4.

¹⁴⁸⁶ H. LE NABASQUE, Bull. Joly 2003, p.791.

Certaines décisions des juges du fond ont retenu l'engagement solidaire de la responsabilité civile de la personne morale et de son dirigeant de droit ou de fait¹⁴⁸⁷. Certaines décisions sont mêmes très explicites sur la possibilité de retenir les deux responsabilités. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles jugeait le 17 janvier 2002 que « le fait que la société puisse être poursuivie n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'action en responsabilité contre les dirigeants ; qu'en effet, des poursuites cumulatives peuvent être engagées contre la société et contre les dirigeants lorsque les fautes commises par ces derniers sont séparables de leurs fonctions »¹⁴⁸⁸. La Cour de cassation semble raisonner de même dès lors qu'elle admet de statuer sur la responsabilité d'un dirigeant alors que celle de la personne morale au nom de laquelle il avait agi, avait précédemment été admise¹⁴⁸⁹.

Par ailleurs, la Cour de cassation a admis la qualification de faute séparable des fonctions même lorsque le dirigeant a agi dans les limites de ses attributions¹⁴⁹⁰. Le respect des ces limites suffit à convaincre que la faute séparable a pu rester fonctionnelle.

271. Maintien du lien fonctionnel et préposé. – L'état du droit positif est similaire à l'endroit de la faute détachable du préposé. Ainsi, la faute commise par le préposé dans l'arrêt *Cousin* était assurément fonctionnelle : commise sur ordre du commettant¹⁴⁹¹, elle ne constituait ni un détournement ni un dépassement des attributions du préposé, qui n'auraient de toute façon, pas rompu le lien fonctionnel¹⁴⁹².

Certaines décisions postérieures ont, en outre, consacré la possibilité que soit retenue la responsabilité civile du commettant alors que celle du préposé aurait été possible¹⁴⁹³ ou avait été acquise¹⁴⁹⁴, confirmant ici nécessairement que la faute détachable n'opère pas une totale disqualification fonctionnelle. Elle a enfin considéré que le commettant ne pouvait être

¹⁴⁸⁷ CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, § 123, note J.-F. BARBIERI. L'arrêt ne permet pas d'affirmer que le dirigeant avait commis une faute séparable des fonctions dès lors qu'il n'en fait nullement mention. En revanche, la responsabilité personnelle du dirigeant a été retenue conjointement à celle de la personne morale, après que la faute détachable des fonctions ait été exigée par la Cour de cassation pour engager la responsabilité des dirigeants.

¹⁴⁸⁸ Bull. Joly 2002, § 111, note J.-F. BARBIERI ; RJDA 2002, n°398.

¹⁴⁸⁹ Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, obs. A. COURET.

¹⁴⁹⁰ Com. 10 février 2009, D. 2009, p.559, obs. A. LIENHARD ; D. 2009, p.1240, n°5, obs. M.-L. BELAVAL et R. SALOMON ; Dr. sociétés 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; JCP E 2009, p. 1602, note B. DONDERO – V. déjà Com. 6 novembre 2007, n°05-13402, JCP E 2007 p.2520.

¹⁴⁹¹ V. les motifs de l'arrêts *Cousin* : « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci » (AP 14 décembre 2001 *Cousin*, réf. préc., note de bas de page n°1171 sous n°204).

¹⁴⁹² V. *supra* n°238 et s.

¹⁴⁹³ Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202 (agression sexuelle) – Civ. 2, 12 mai 2011, D. 2012, p.51, obs. P. B., D. 2011, p.1412, obs. I. GALLMEISTER et p.1938, note O. GOUT (violences volontaires) – Crim. 19 juin 2012, n°11-82437 (vol) – Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL (agression sexuelle).

¹⁴⁹⁴ CA Aix-en-Provence, 27 septembre 2005, JCP 2006 IV 2369 – Civ. 2, 16 juin 2005, JCP 2006 I 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA 16 avril 2007, p.15, note R. CHAABAN – CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006 II 10168, note C.-A. MAETZ.

exonéré de sa responsabilité par la seule démonstration d'une faute détachable à raison de sa gravité¹⁴⁹⁵.

272. Conclusion de la section 2. – Avant de conclure sur l'unité des critères de détachement de la faute vis-à-vis de la fonction des préposé et mandataire dirigeant, un premier constat s'impose : l'identification de ces critères est souvent incertaine. La jurisprudence semble osciller au gré de considérations étrangères à la seule qualification fonctionnelle (telles que la sécurité des tiers), voire au gré des circonstances. En la matière, le souffle de l'équité n'est jamais loin. L'émancipation des juges vis-à-vis des instructions légales¹⁴⁹⁶ est un facteur indiscutable d'imprévision¹⁴⁹⁷ ; laquelle est accentuée par une politique d'avancée par tâtonnement d'un régime essentiellement prétorien. Si la jurisprudence relative au préposé est incertaine à raison d'une logorrhée anarchique de la Cour de cassation, l'incertitude qui entoure le mandataire est due au mutisme des juges du droit. Consécutivement, les résultats de la confrontation de l'état du droit applicable au préposé et au mandataire doivent être considérés avec prudence.

Cet avertissement effectué, il convient de rapporter une certaine convergence des solutions applicables au préposé et au mandataire dirigeant. A ce titre, il est permis d'avancer l'existence de deux catégories de critères de détachement : des critères de détachement absolu et des critères de détachement relatif. Les premiers détruisent entièrement le lien entre la faute et la fonction tandis que les seconds se contentent de le fragiliser.

Il est également appréciable que ces critères de détachement absolu ou relatif soient assez similaires. Par exemple, la gravité de la faute opère universellement un détachement relatif de la faute. Quant au seuil de gravité retenu, l'incertitude régnant à son égard hypothèque considérablement la portée de la confrontation, de laquelle il pourrait néanmoins ressortir que la faute délibérée, la faute intentionnelle (pénale ou civile) voire la faute inexcusable sont à même de détacher partiellement les fautes des préposé et mandataire de leurs fonctions. En outre, le détachement relatif pourrait être acquis en raison de la seule distension du lien fonctionnel causée par le seul détournement ou le seul dépassement des fonctions. Ces dernières constatations doivent cependant être nuancées puisqu'elles ne sont absolument vérifiées que devant les juridictions non pénales, la chambre criminelle semblant adopter des solutions différentes pour les préposés et les mandataires dirigeants.

¹⁴⁹⁵ Civ. 2, 12 mai 2011, n°10-20590 ; D. 2011, p. 1412, obs. I. GALLMEISTER et p.1938, note O. GOUT.

¹⁴⁹⁶ V. *supra*, pour la mise à l'écart de la lettre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, n°239.

¹⁴⁹⁷ Certains auteurs bien avisés (R. RODIERE, note sous Civ. 2, 14 juin 1957, JCP 1957, II, 10188) jugent que « dès qu'on a franchi la barrière des fonctions mêmes auxquelles le préposé a été employé, dès qu'on admet que certains actes commis à l'occasion des fonctions donneront lieu à réparation, « il est à peu près impossible de tracer la limite que chacun sent pourtant nécessaire » (H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, n°915) ».

273. Tableau synthétique des critères de détachement. –

		Préposé	Mandataire
Critères de détachement absolu	Détournement des fonctions	NON	NON
	Dépassement des fonctions	NON	NON
Critère de détachement relatif	Gravité de la faute	OUI	OUI
	Distension fonctionnelle	Possible	Possible

274. Conclusion du chapitre 1. – L'étude de la définition induite de la faute de fonction pouvait conduire à l'élaboration d'une définition unifiée de celle-ci à partir des définitions de la faute de fonction du préposé et du mandataire dirigeant. Or, ce résultat a été globalement atteint. Certes l'étude des critères de rattachement n'a guère été probante. Les critères objectifs de rattachement, hormis celui de l'exercice des attributions, semblaient confinés à l'une seulement des catégories de chargés de fonction, tel le contexte fonctionnel essentiellement pertinent pour le préposé ou le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute du mandataire dirigeant dans le contentieux pénal. Quant aux critères subjectifs de rattachement, ils n'offrent qu'une zone fort limitée de convergence tenant à l'état d'esprit altruiste de l'agent, une fois exclu le faux critère subjectif tenant à la croyance de la victime.

Ce constat plus que mitigé allait être balayé par l'étude des critères de détachement de la faute. Celle-ci a, en effet, mis en évidence de nombreuses zones de convergences dont la principale tient à l'existence d'une dualité de faute de fonction. A côté d'une faute de fonction strictement circonscrite existerait une faute fonctionnelle aux contours beaucoup plus larges. Ainsi la faute fonctionnelle serait qualifiable en dépit des détournements et des dépassements de fonction et quelle que soit la gravité de la faute. En revanche, la faute de fonction au sens strict devrait pouvoir s'entendre de la faute commise dans l'exercice-même des fonctions (c'est-à-dire sans dépassement) et pour le compte du commettant ou de la personne morale (c'est-à-dire sans détournement) à condition qu'elle n'excède pas un certain seuil de gravité, lequel opère une détachabilité intellectuelle et partant un détachement relatif de la faute.

Il est donc possible d'atteindre l'un des objectifs fixés, à savoir une convergence relative des définitions de la faute de fonction des préposé et mandataire dirigeant : les critères de la faute engageant la responsabilité du commettant et de la personne morale étant analogues comme correspondant à la faute fonctionnelle et les critères de la faute immunisante étant similairement ceux de la faute de fonction stricte.

Cette unification ne peut cependant être obtenue de manière absolue. Ainsi, il semble d'une part que les solutions retenues dans le contentieux pénal de l'action civile s'émancipent de ce schéma, et d'autre part que de nombreuses solutions dans le contentieux civil s'écartent dudit schéma. Il y a d'une manière générale un certain manque de lisibilité des solutions prétorienne conduisant non seulement à rendre imprévisibles les solutions rendues, ce qui est incompatible avec l'exigence de sécurité juridique ; mais également à rendre les résultats de la définition induite sujets à caution. Ce constat oblige donc à un nouvel angle d'étude : celui de la déduction.

CHAPITRE 2.

La définition déduite de la faute de fonction

275. Apports de la méthode déductive. – Compte tenu des résultats de la méthode inductive, il serait déraisonnable de rejeter en bloc les propositions de la jurisprudence. Celles-ci ont montré de nombreuses zones de convergence entre faute de fonction du mandataire dirigeant et faute de fonction du préposé. Cependant, il serait tout aussi déraisonnable de s'en contenter, les recherches ayant été ponctuées de quelques divergences et surtout d'incertitudes. Le recours à la méthode déductive se révèle donc essentiel non pour unifier les fautes de fonction des mandataires dirigeants et des préposés, mais surtout pour tenter d'assainir un contentieux traversé par des contradictions, pour la plupart, internes. Afin de ne pas complexifier une matière déjà très nébuleuse, peu de critiques, positives ou négatives, ont été émises, qui concernaient le bien-fondé des liens retenus par le juge pour l'admission de la qualification fonctionnelle. Une telle tâche sera donc également assignée à la méthode déductive. Finalement, il s'agit de proposer une définition de la faute de fonction permettant de rétablir une certaine prévisibilité de la qualification. Pour ce faire, la recherche de critères logiques s'impose.

276. Etapes à suivre. – Pour parvenir à ce résultat, deux instruments peuvent être employés : d'abord le recours à une analyse basée sur le cadre déduit de la faute de fonction préalablement et conceptuellement établi ; ensuite, le détour par le droit comparé, le lien fonctionnel étant un point d'achoppement commun à de nombreux régimes de responsabilité dont la résolution a donné lieu à des propositions diverses. Les résultats de l'analyse déductive du cadre de la faute de fonction (**Section 1.**) précéderont ceux de l'analyse comparatiste (**Section 2.**).

Section 1.

Les résultats de l'analyse déductive du cadre de la faute de fonction

277. Interprétation exégétique et raisonnement déductif. – L'analyse littérale de la terminologie « faute de fonction »¹⁴⁹⁸ se révèle ici fort délicate. La construction grammaticale n'indique guère que l'existence d'un lien entre la faute et la fonction puisque la préposition sert à établir des rapports variés entre deux mots ou groupes de mots¹⁴⁹⁹. La préposition laisse donc le champ libre à toutes les interprétations possibles : la faute de fonction pourrait dès lors tout aussi bien prendre les contours d'une faute commise **pendant** l'exercice d'une activité fonctionnelle, que d'une faute commise **à l'occasion** de l'exercice de la fonction, que d'une faute commise *contre* la fonction. Le raisonnement exégétique est donc peu pertinent en la matière.

La démarche repose sur une autre proposition. Ayant admis d'une part que l'entreprise constituait l'environnement juridique de la faute de fonction et qu'il s'agissait d'un cadre fonctionnel ; ayant évincé d'autre part des caractéristiques singularisant le cadre fonctionnel, il est permis de s'interroger sur la possibilité d'élaborer la notion de faute de fonction à partir de ces caractéristiques. C'est se questionner sur l'étendue de la possibilité de retenir un lien fonctionnel entre la faute et la fonction qui soit analogue à celui s'établissant entre un acte licite et la fonction. La rationalisation de la qualification fonctionnelle de la faute est ainsi recherchée à titre principal.

278. Double dimension du cadre fonctionnel et dualité de fautes de fonction. – Ce postulat établi, la tâche semble simplifiée qui consiste seulement à s'appuyer sur la définition de la notion de fonction. Celle-ci a été décrite comme renvoyant à deux dimensions. Elle donne naissance à une situation fonctionnelle d'une part, et implique l'exercice de prérogatives fonctionnelles d'autre part¹⁵⁰⁰. Cette dualité peut être rapprochée de celle qui découle de la distinction liée à l'emploi du mot « fonction » tantôt au singulier pour renvoyer au statut, tantôt au pluriel pour renvoyer aux tâches à accomplir¹⁵⁰¹.

Dès lors, la faute de fonction pourrait connaître de critères différents en fonction de la dimension de la fonction adoptée. C'est à la vérification de cette idée que seront dédiés les développements successifs de la faute commise dans la situation fonctionnelle (§ 1.) et de la faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles (§ 2.).

¹⁴⁹⁸ Sur la valeur à attribuer à cette terminologie doctrinale, V. *supra* n°97.

¹⁴⁹⁹ *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française.*

¹⁵⁰⁰ V. *supra* n°98 et s.

¹⁵⁰¹ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°4 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°107.

§1. La faute commise dans la situation fonctionnelle

279. Fonction et situation fonctionnelle. – Envisagée de manière statique, la fonction est un poste de service ou une qualité¹⁵⁰². C'est pourquoi, le lien de rattachement de la faute à la fonction ainsi envisagée pourrait être purement organique. Autrement dit, la faute serait fonctionnelle parce qu'elle est commise par un chargé de fonction. Cependant, le cadre fonctionnel qui a été découvert a ceci de spécifique qu'il implique que la fonction y soit considérée comme permanente lorsqu'elle correspond à un poste de service mais circonscrite lorsqu'elle est envisagée comme une qualité. Celle-ci n'est pas un état intrinsèque à la personne : un préposé n'est pas un préposé dans toutes les sphères de sa vie. Le lien fonctionnel doit donc tenir compte de cette intermittence. Certains domaines de la vie du préposé et du mandataire dirigeant sont ainsi étrangers à leur qualité de chargé de fonction : c'est le cas de leur vie privée et c'est également le cas de leur vie publique étrangère à leur fonction. Il convient dès lors de faire le départ entre la sphère fonctionnelle et la sphère extra-fonctionnelle. Dans cette logique, les critères du lien fonctionnel devront donc permettre de rendre compte d'un lien entre l'acte dommageable et la sphère fonctionnelle. Les efforts devront donc se focaliser dans un premier temps sur l'établissement de critères adéquats (A.). Dans un second temps, ils seront dédiés à en vérifier la réception par le droit positif actuel (B.).

A. L'établissement de critères adéquats à la qualification de faute commise dans la situation fonctionnelle

280. Des critères formels à un critère matériel. – Certains auteurs proposent de délimiter les fonctions des préposés par le temps, l'espace et les moyens matériels qui extériorisent l'exercice de la fonction¹⁵⁰³. Si le temps et l'espace constituent effectivement des frontières généralement pertinentes de la sphère fonctionnelle, il semble plus difficile d'admettre que les moyens matériels puissent borner la sphère fonctionnelle. Pourtant, le triptyque temps-lieu-moyen est pertinent dès lors qu'il est conçu comme un instrument probatoire, comme autant d'indices laissant présumer de l'exercice d'une activité fonctionnelle. Au travers de ces critères purement formels, c'est à un critère matériel qu'il est fait référence de manière indirecte : l'activité fonctionnelle.

Les mêmes auteurs notent que les fonctions des dirigeants-mandataires sont circonscrites différemment, eu égard à un « critère abstrait et purement moral tiré de l'appréciation et de la portée des statuts sociaux et de l'intérêt général de la personne morale »¹⁵⁰⁴. La délimitation de la sphère fonctionnelle paraît ici résulter d'un critère moins formel que matériel tenant à

¹⁵⁰² V. *supra* n°104.

¹⁵⁰³ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°31.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*.

l'activité fonctionnelle. Pourtant, certaines opinions doctrinales sont discordantes et insistent davantage sur un critère de rattachement beaucoup plus formel pour définir l'action « ès qualités » à l'égard des tiers¹⁵⁰⁵. Là encore, ce critère purement formel fait pourtant présumer le critère matériel de l'activité fonctionnelle.

281. Appréciation du critère de l'activité fonctionnelle. – Selon ces considérations, le juste critère de circonscription de la sphère fonctionnelle serait l'activité fonctionnelle, laquelle constituerait donc également le critère de rattachement de la faute à la fonction. Parce que la faute aura été commise pendant l'activité fonctionnelle, elle prendra une coloration fonctionnelle. Un tel critère appelle trois remarques.

D'abord, il s'agit d'un critère admissible de circonscription de la sphère fonctionnelle compte tenu du cadre fonctionnel spécifique qui a été retenu. En effet, alors que la fonction parentale se manifeste pour toutes les activités, la fonction du préposé ou du mandataire dirigeant est circonscrite à certaines activités. Plus particulièrement, la fonction-poste de service est mise en place en vue de la poursuite d'une activité plus ou moins précise¹⁵⁰⁶. Cette activité est donc seule à même de manifester la situation fonctionnelle et ce critère est, par conséquent, un indicateur légitime du caractère fonctionnel de la faute.

Ensuite, parce que la fonction c'est-à-dire la sphère fonctionnelle est conçue de manière statique, il n'est pas nécessaire de retenir comme critère la **pratique** de l'activité fonctionnelle. La seule constatation du **contexte objectif** dans lequel se déroule l'activité fonctionnelle suffira.

Par conséquent, ce critère n'est guère exigeant puisque il peut être employé de manière très permissive. Qu'elle corresponde à la pratique de l'activité fonctionnelle ou à celle d'une activité accessoire, rendue nécessaire voire seulement possible pour la pratique de l'activité principale, et la faute sera fonctionnelle.

De ceci résulte, enfin, que le lien fonctionnel établi à partir de ce critère ne saurait être analysé comme un lien de causalité, à moins d'admettre une causalité extrêmement distendue, presque fictive. A l'évidence, le lien fonctionnel ainsi circonscrit relève plus certainement du lien de connexité¹⁵⁰⁷. Les illustrations de l'application du critère de l'activité fonctionnelle en attestent.

282. Application du critère à la faute de fonction du préposé. – L'activité fonctionnelle du préposé est en principe bornée par le contrat de travail du préposé mais peut également résulter des ordres ou indications données oralement par le commettant. Quel que soit le degré

¹⁵⁰⁵ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Manuel, 6^{ème} éd., 2008, n°436 : « lorsque le dirigeant n'agit pas ès qualités d'organe social, mais à titre personnel, soit à l'égard des tiers s'il a l'imprudence *formelle* de ne pas agir en cette qualité, soit à l'égard de la société s'il a l'imprudence *substantielle* d'agir dans son intérêt personnel [...] » (nous soulignons).

¹⁵⁰⁶ V. *supra* n°104.

¹⁵⁰⁷ *Comp.* avec les propositions du droit comparé *infra* n°323.

de précision du contrat de travail ou des ordres donnés, ce critère permettra l'admission de nombreuses fautes de fonction. En effet, seul compte le fait que la faute ait été commise dans le contexte objectif de l'activité. Peu importe dès lors que le préposé en profite pour abuser de sa fonction. Le caractère altruiste nécessaire à l'existence d'une situation fonctionnelle¹⁵⁰⁸ est effectivement tout entier contenu dans la considération que l'activité a été initiée et développée dans l'intérêt du commettant. Cela rejoint certaines considérations doctrinales jugeant qu'il est légitime d'engager la responsabilité du commettant dès lors que celui-ci profite **globalement** de l'activité à l'occasion de laquelle la faute est commise¹⁵⁰⁹. Le dépassement de ses attributions par le préposé n'est pas non plus suffisant pour disqualifier la faute fonctionnelle ; seul le dépassement du contexte objectif produira cet effet.

283. Application du critère à la faute de fonction du dirigeant-mandataire. – Le dirigeant-mandataire étant au service de la personne morale, l'activité fonctionnelle qui circonscrit ses fonctions correspond tout d'abord à l'activité principale du groupement. Il est alors permis d'hésiter entre les notions d'objet social et d'activité sociale. La première renvoie au type d'activité choisi par la société dans ses statuts, du programme fixé, tandis que la seconde s'entend de l'activité réellement exercée par la société¹⁵¹⁰. Les deux notions sont en principe compatibles de sorte qu'il suffirait que la faute ait été commise lors de l'activité correspondant à l'objet social contenu dans les statuts. Là encore, le dépassement ou le détournement de fonction n'opèrent donc pas la disqualification de la faute. Même si cette dernière a consisté à accomplir un acte lui étant interdit, elle conserve son caractère fonctionnel pour peu que l'acte soit en lien avec l'objet social du groupement. L'attitude de la jurisprudence faisant peu de cas de l'identité du fautif-personne physique, pourrait être interprétée comme une forme de réception du critère en droit positif.

B. La réception des critères par le droit positif

284. Manifestations de convergences. – Sans qu'il apparaisse explicitement, le critère de l'activité fonctionnelle se dissimule certainement sous la motivation de certains arrêts relatifs au préposé. Ainsi en est-il lorsque la Cour de cassation fait référence au temps, lieu et instrument de la fonction¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁸ V. *supra* n°107 et s.

¹⁵⁰⁹ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.5, spé. p.18 : « le commettant profite, de manière générale, de l'activité du préposé. » (nous soulignons).

¹⁵¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°113.

¹⁵¹¹ V. *supra* n°214.

Ceci expliquerait également que depuis 1988, la Cour de cassation se soit en principe montrée insensible aux mobiles de l'agent¹⁵¹² ou au dépassement de ses attributions pourvu que l'acte fautif ait pris son siège dans le contexte de l'activité fonctionnelle. L'application de ce critère extrêmement permissif pourrait même conduire à approuver le caractère fonctionnel de l'assassinat d'un chef de service par un préposé venant d'apprendre son licenciement¹⁵¹³ et à remettre en question la solution rendue en 2004¹⁵¹⁴.

Le peu de référence à la faute de fonction du dirigeant social lors de l'engagement de la responsabilité des groupements semble également découler de ce critère : dès lors que le dommage peut être rattaché à l'objet social de la personne morale, sa responsabilité peut être invoquée.

Selon cette logique, de nombreuses décisions jugées peu compréhensibles, prennent un certain sens. D'une manière générale, cette définition de la faute de fonction rejoint celle qui est usitée par la jurisprudence pour engager la responsabilité civile des commettants et des personnes morales. Il est ainsi possible de juger que l'objectif de rationalisation a été atteint.

Cependant, toute la jurisprudence ne repose pas sur cet unique critère, ce que ses insuffisances démontreront.

285. Insuffisances du critère. – Si l'activité fonctionnelle explique la figure des fautes fonctionnelles – fautes dont la qualification fonctionnelle est insensible aux causes de destruction partielle du lien fonctionnel –, elle ne permet pas d'appréhender les fautes de fonction au sens strict – c'est-à-dire celles qui ne peuvent absorber la gravité du comportement ou le dépassement/détournement des fonctions.

En effet, selon le critère de l'activité fonctionnelle, la gravité du comportement est indifférente. Ainsi, l'agression sexuelle d'un élève est incontestablement fonctionnelle dès lors qu'elle est survenue alors que le professeur pratiquait l'une des missions de sa fonction d'enseignant, à savoir une mission de surveillance¹⁵¹⁵. L'application de ce critère n'explique pas davantage la raison pour laquelle le défaut d'assurance obligatoire a pu être jugé séparable des fonctions du dirigeant, dès lors qu'une telle omission ne saurait intervenir que pendant la pratique de l'activité fonctionnelle¹⁵¹⁶.

¹⁵¹² V. *supra* n°223 et 238 et s., pour l'exposé de cette règle de principe et de ses exceptions.

¹⁵¹³ Crim. 25 mars 1998, B. n°113.

¹⁵¹⁴ Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004 comm. 250, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN : « le préposé était devenu par l'effet d'une initiative personnelle sans rapport avec sa mission, gardien et conducteur occasionnel du véhicule d'un tiers au moyen duquel il avait commis l'acte dommageable, et qu'il avait ainsi agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ».

¹⁵¹⁵ Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202.

¹⁵¹⁶ Com. 4 juillet 2006, D. 2006, AJ p.1958, obs. A. LIENHARD – Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; JCP 2010, note 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET.

Si la faute commise dans une situation fonctionnelle pourrait correspondre à la faute fonctionnelle, la faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles pourrait-elle correspondre à la faute de fonction au sens strict¹⁵¹⁷ ?

§2. La faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles

286. Fonction et prérogatives fonctionnelles. – A l'établissement d'une fonction correspond l'octroi de prérogatives juridiques particulières. Pouvoirs¹⁵¹⁸ et compétences¹⁵¹⁹ représentent ainsi les deux versants des prérogatives fonctionnelles. L'exercice de ces prérogatives fonctionnelles équivaut à la fonction entendue de manière dynamique. Cette dimension de la fonction implique en principe que la faute de fonction soit intervenue lors de l'exercice des prérogatives fonctionnelles.

287. Critères déduits de la faute de fonction. – Suivant cette logique, les critères du lien fonctionnel sont ceux des prérogatives fonctionnelles. Deux critères peuvent ainsi être évincés : le respect de l'étendue des compétences des agents d'une part, et le respect du caractère finalisé des pouvoirs d'autre part. Autrement dit, la faute de fonction s'entend de celle qui survient alors que les frontières externes (A.) et les frontières internes (B.) des prérogatives fonctionnelles sont respectées.

A. Le respect des frontières externes des prérogatives fonctionnelles

288. Problématiques relatives aux frontières externes . – Les études consacrées à l'abus de droit¹⁵²⁰ sont très utiles pour saisir le contenu des frontières externes des prérogatives fonctionnelles. Cependant, cette matière étant traversée par des courants doctrinaux différents et des solutions parfois équivoques, le seul renvoi à une transposition des frontières externes des droits serait insuffisant. C'est pourquoi avant de rendre compte des résultats de l'application de ce critère (2.), un retour sur les contours des frontières externes sera effectué (1.)

1. Les contours des frontières externes

289. Les possibles frontières externes. – En matière de fonctions, les frontières externes sont identifiées aux compétences puisque celles-ci délimitent l'existence et le contenu des pouvoirs. Pour être fonctionnel, l'acte (fautif) doit donc respecter les règles de compétences

¹⁵¹⁷ V. *supra* n°274 à propos de la distinction.

¹⁵¹⁸ V. *supra* n°143 et s.

¹⁵¹⁹ V. *supra* n°153 et s.

¹⁵²⁰ Pour une présentation synthétique, L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, 2012.

établies pour la fonction considérée, que celles-ci statuent sur la compétence de jouissance ou sur la compétence d'exercice et que celles-ci émanent de la loi ou de la convention fonctionnelle.

Le non-respect de ces règles conduit donc à ce que la faute soit qualifiée de faute **étrangère aux fonctions** ou de **dépassement de fonctions**¹⁵²¹. A ce titre l'acte fautif ne serait pas à même de recevoir la qualification de faute de fonction, quoique l'acte ait pu être accompli dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction¹⁵²².

De manière ponctuelle, ces compétences seront positivement définies. Il est ainsi faite obligation à l'employeur de stipuler précisément les attributions du salarié¹⁵²³, de sorte qu'il suffira de constater l'adéquation de l'acte fautif avec celles-ci. Mais le plus souvent, la définition des compétences découlera d'interdictions précises posées par la loi ou la convention¹⁵²⁴, plus que de l'exposé de compétences « positives¹⁵²⁵ ».

Or, au-delà des limitations spécifiques des compétences, c'est-à-dire des limitations adaptées aux exigences de la fonction considérée, l'agent doit également et nécessairement avoir tenu compte de l'interdiction générale d'accomplir des actes illicites. La licéité de l'exercice du pouvoir constitue donc une frontière externe implicite de cette prérogative¹⁵²⁶. La prise en compte de cette frontière externe ne constitue-t-elle pas dès lors un obstacle absolu à la qualification fonctionnelle de la faute ?

290. Le nécessaire rejet de la frontière externe implicite. – En principe, le caractère fonctionnel des activités n'emporte pas de dérogation à l'interdiction générale d'accomplir des actes illicites, ce qu'une analyse rapide de la fonction du mandataire social confirme. Celui-ci doit poursuivre l'intérêt de la société, lequel se définit par référence à la cause du contrat de société par la réalisation de l'objet social¹⁵²⁷. Pour que le contrat de société soit valable, sa cause et son objet doivent être licites ; ceci impliquant nécessairement que l'intérêt poursuivi soit lui-même licite¹⁵²⁸. Dès lors, il serait peu cohérent d'exiger la licéité du but de la société si les moyens d'y parvenir pouvaient s'extraire de cette exigence.

¹⁵²¹ V. *supra* n°158.

¹⁵²² En ce sens, Y. CHARTIER, note sous Com. 10 mars 1976, JCP 1977, II, 18566. La solution donne l'occasion au commentateur de rappeler que « l'obligation pour le gérant de se conformer à l'objet social d'une part, celle d'agir dans l'intérêt social d'autre part, sont des obligations cumulatives et non alternatives » (nous soulignons).

¹⁵²³ Cette obligation se veut protectrice des salariés (Y. AUBREE, *Contrat de travail. (Existence-formation)*, Rép. Trav. Dalloz, 2005, n°187 et s.).

¹⁵²⁴ V. *supra* n°156.

¹⁵²⁵ En ce sens, M.-H. MONSERIE-BON, L. GROSCLAUDE, *Droit des sociétés et des groupements*, Montchrestien, 2009, n°219.

¹⁵²⁶ En ce sens, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°165, p.101 *in fine*.

¹⁵²⁷ Définition empruntée à M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°394.

¹⁵²⁸ F. DEBOISSY, *Les amendes sont-elles déductibles des résultats ?*, RTD com. 1999, p.529 ; J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006, n°718.

¹⁵²⁸ F. DEBOISSY, note sous CE 7 janvier 2000, RTD com., p.757, spé. p.759.

L'argumentation est convaincante bien qu'elle ait été développée à propos de l'intérêt de la société qui circonscrit plutôt les frontières internes de la fonction¹⁵²⁹. L'exclusion générale des actes illicites semble au contraire plus à sa place dans les règles de compétences¹⁵³⁰, parce qu'elle est directement rattachée à l'exigence explicite de la licéité de l'objet social¹⁵³¹. La licéité de l'intérêt social, essentielle en droit positif¹⁵³², serait davantage la conséquence logique de la licéité de la cause et de l'objet social¹⁵³³. Ceci n'invalide cependant pas l'argumentation précédente qui peut alors être modifiée en ce sens : les pouvoirs des dirigeants sont *a minima* enfermés par l'objet social. Puisque l'objet social doit être licite, les actes du dirigeant ne devraient pas être illicites sous peine d'être incompatibles avec l'objet social. L'élément matériel de la faute ayant reçu la définition d'acte objectivement illicite¹⁵³⁴, ces développements condamnent la possibilité même de la qualification fonctionnelle.

Cette démonstration est pourtant affectée d'un vice caché : elle se méprend sur l'objectif à atteindre. La faute ne peut être juridiquement traitée comme un acte licite, de sorte qu'il n'est pas question de dire qu'elle correspond à l'exercice normal des prérogatives fonctionnelles. La proposition relèverait indiscutablement d'une antilogie, la faute étant par essence un acte déviant, anormal. Il s'agit plutôt de s'assurer que la faute a été commise *au cours de l'exercice normal* des prérogatives fonctionnelles, dont elle constitue une *nécessaire interruption*. Il faut donc se garder d'exclure la qualification fonctionnelle à raison de la seule illicéité du comportement de l'agent¹⁵³⁵. De ceci résulte que seules les règles *explicites* de compétences seront pertinentes pour qualifier la faute de fonction.

2. La qualification fonctionnelle issue du respect des frontières externes

291. Dépassement de pouvoirs et préposé. – Chaque fois que la faute aura découlé du mauvais usage des attributions du préposé, il s'agira d'une faute de fonction. Lorsque la faute sera étrangère aux attributions du préposé, il conviendra en revanche de rejeter la qualification de faute de fonction.

292. Résultats de l'analyse. Illustrations. – Un tel critère a précédemment été employé par la jurisprudence laquelle envisageait la question sous l'angle des « attributions » du

¹⁵²⁹ V. *infra* n°297.

¹⁵³⁰ V. déjà sur ce point, *supra* n°159.

¹⁵³¹ Article 1833 du Code civil.

¹⁵³² Sur la nécessité d'un intérêt licite pour l'octroi de la personnalité morale, Civ. 2, 28 janvier 1954, D. 1954 p.217, note G. LEVASSEUR.

¹⁵³³ V. *infra* n°300 et s..

¹⁵³⁴ V. *supra* n°199.

¹⁵³⁵ *Comp.* E. LAJUS-THIZON, qui explique que la violation de la loi pénale implique nécessairement un dépassement des limites objectives du pouvoir (*L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 105, 2009, n°161).

préposé. Il avait conduit à rejeter la faute de fonction du préposé alors que celui-ci avait utilisé le véhicule de son commettant sans que cette conduite ait fait partie de ses attributions¹⁵³⁶. L'arrêt étant cependant également motivé par les motifs personnels du préposé, il ne peut être affirmé que le dépassement des fonctions ait joué un rôle décisif. Les exemples de fautes commises dans l'intérêt du commettant mais en dépassement des fonctions sont d'ailleurs difficiles à trouver en jurisprudence, le dépassement des fonctions étant bien souvent motivé par un mobile égoïste du préposé. En outre, la prise en compte du dépassement ou du détournement des attributions a disparu du droit positif depuis 1988¹⁵³⁷.

Selon ce premier critère, l'acte du préposé conducteur qui occasionne un accident de la circulation alors qu'il effectuait le trajet prévu par son commettant ne dépasse pas les frontières externes de sa fonction¹⁵³⁸. Ne dépasse pas non plus les frontières externes de la fonction le préposé responsable d'un centre commercial, faisant diffuser des prospectus mensongers¹⁵³⁹ ou le préposé comptable rédigeant un document faisant fallacieusement état de l'existence de contrats de qualification et destiné à faire percevoir des subventions à son commettant¹⁵⁴⁰. La mise en place de stratégies de publicité et la rédaction de documents comptables relèvent en effet des attributions de ces préposés indélébiles. Pourtant alors que le premier acte a été jugé absolument fonctionnel, le second fut relativement détaché des fonctions par la jurisprudence¹⁵⁴¹.

293. Dépassement de pouvoirs et dirigeant social. – C'est à propos de la question des frontières externes de la fonction de dirigeant que la théorie des pouvoirs légaux prendra le plus de relief. En effet, cette théorie a pour effet d'accroître les pouvoirs de certains dirigeants dans la sphère externe de la société. Dès lors, le seuil de dépassement de pouvoir ne sera atteint qu'en tenant compte de cet élargissement. Encore conviendrait-il de ne pas confondre les dispositions légales visant à accroître les pouvoirs des dirigeants de celles qui consacrent légalement la théorie de l'apparence, cette dernière n'ayant ni pour objet ni pour effet d'étendre les pouvoirs du dirigeant¹⁵⁴².

¹⁵³⁶ Ch. Réunion, 9 mars 1960, D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE.

¹⁵³⁷ V. cependant, quelques décisions atypiques, *supra* n°240.

¹⁵³⁸ Le caractère fautif de l'acte d'un conducteur n'est pas toujours recherché, celui-ci étant indifférent dans l'application de la loi du 5 juillet 1985. En atteste la jurisprudence ayant étendu la solution de l'arrêt *Costedoat* (AP 25 février 2000, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN) au préposé conducteur (Civ. 2, 28 mai 2009, JCP 2009, note 95, note J. MOULY ; D. 2009, p.2667, note N. PIERRE ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN).

¹⁵³⁹ Crim. 23 janvier 2001, B. n°212 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL.

¹⁵⁴⁰ L'arrêt *Cousin* admit en effet l'engagement de la responsabilité civile du préposé (AP, 14 décembre 2001, réf. préc.).

¹⁵⁴¹ Arrêt *Cousin*, réf. préc.

¹⁵⁴² V. *supra* n°229.

294. Théorie de l'apparence et représentation légale. – Le clivage en la matière est assez simple car il correspond au séquençage chronologique de la réglementation en droit des sociétés. Ainsi, la loi du 24 juillet 1966 a institué le principe des pouvoirs légaux en rendant les clauses limitatives de pouvoirs inopposables aux tiers tandis que l'ordonnance du 20 décembre 1969, sous l'impulsion de la directive européenne du 9 mars 1968¹⁵⁴³, a plutôt consacré l'usage du mandat apparent dans les sociétés à risque limité. En atteste la place respective de l'état d'esprit des tiers.

Alors que le dirigeant dispose des pouvoirs les plus étendus à concurrence de l'objet social dans les sociétés à risques illimités¹⁵⁴⁴, l'ordonnance de 1969 a introduit à l'endroit des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, la règle dérogatoire selon laquelle le dirigeant pouvait engager contractuellement la personne morale au-delà de l'objet social¹⁵⁴⁵. Cependant cette règle est soumise à deux exceptions. D'abord, elle ne bénéficie pas au tiers ayant eu connaissance du dépassement. Ensuite, elle ne bénéficie pas non plus au tiers qui ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve¹⁵⁴⁶. La seconde de ces exceptions semble alors soumettre la possibilité du dépassement de l'objet social à la croyance légitime du tiers. La règle paraît donc plutôt consacrer la théorie du mandat apparent¹⁵⁴⁷.

A l'opposé, la loi du 24 juillet 1966 a établi que les limites statutaires des pouvoirs des dirigeants ne sont pas opposables aux tiers. En outre, la règle est appliquée tant aux tiers de bonne foi qu'aux tiers de mauvaise foi¹⁵⁴⁸. Dès lors, il s'agit ici véritablement d'un élargissement légal des pouvoirs du dirigeant au profit des tiers et non de l'application du mandat apparent¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴³ Dir. CE n°68/151, 9 mars 1968, art.9.

¹⁵⁴⁴ V. cependant, les aménagements opérés par la jurisprudence, *infra* n°299.

¹⁵⁴⁵ Articles L. 225-35 alinéa 2, L. 225-56-I alinéa 2, L. 225-64 alinéa 2 (SA), L. 226-7 alinéa 2 (SCA ou SAS), L. 223-18 alinéa 5 (SARL) du Code de commerce.

¹⁵⁴⁶ Contrairement à ce qui pourrait être envisagé, l'impossibilité de recourir à la théorie de l'apparence ne repose pas sur l'existence d'une publicité légale, cette dernière existant tant en ce qui concerne l'identité du représentant de la société (où il ne peut être fait recours à l'apparence) qu'en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs (où il est fait recours à l'apparence). Cette considération pourrait dès lors attester de la pertinence de la distinction compétence de jouissance/compétence d'exercice (*supra* n°156) s'agissant de l'usage de la théorie de l'apparence.

¹⁵⁴⁷ En ce sens, J.-F. BARBIERI, note sous Com. 26 novembre 1996, Bull. Joly 1997, p.113, spé. n°6. L'auteur en déduit que le caractère illégitime de l'usage prétorien de la théorie du mandat apparent en dehors des cas légalement consacrés en droit des sociétés. Une telle proposition séduit d'autant plus que la jurisprudence fait parfois une application discutable de l'apparence (V. notamment, Com. 12 janvier 1993 où l'engagement de la personne morale a découlé du seul usage du papier à en-tête de la société dans une correspondance ayant pour objet la construction d'une piscine dans la propriété privée du dirigeant (Bull. Joly 1993, § 93, note J.-F. BARBIERI)) – Egalement, J. PICARD, *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs. Nullité/Inopposabilité*, Dr. soc. 1998, chr. n°6, spé. n°5, 10 et 15 – Com. 10 mars 1976, JCP 1977, II, 18566, note Y. CHARTIER (violation d'une clause limitative de pouvoir). – A propos de cet usage, V. notamment, M. DE GAUDEMARIS, *Théorie de l'apparence et sociétés*, Rev. sociétés 1991, p.465.

¹⁵⁴⁸ Pour une SA, Com. 24 février 1987, Rev. sociétés 1987, p.407, note Y. GUYON ; pour une SARL, Com. 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, § 307, note LE CANNU, JCP N 1992, II, 98 ; pour une société civile, Civ. 3, 24 janvier 2001, Bull. Joly 2001, § 137, note F.-X. LUCAS.

¹⁵⁴⁹ Il y a là une grande évolution au profit des tiers car avant la réforme de 1966, les juges faisaient usage de la théorie du mandat apparent lorsque le dirigeant avait dépassé les limites statutaires de ses pouvoirs (AP, 13

295. Résultats de l'analyse. Illustrations. – Selon ce critère, n'est pas une faute de fonction la souscription fautive d'un cautionnement par un dirigeant social au nom de la société rendue fautive en l'absence d'autorisation régulière du conseil d'administration de la société anonyme. En effet l'interdiction d'un tel acte, prévue par la loi¹⁵⁵⁰, constitue une frontière externe explicite des prérogatives fonctionnelles du dirigeant puisque la loi n'a pas entendu l'inscrire parmi les pouvoirs légaux des dirigeants, ce dont la jurisprudence a pris acte en sanctionnant, de manière claire et constante, la violation de cette règle par l'inopposabilité de l'acte conclu¹⁵⁵¹.

La Cour de cassation a pourtant jugé que cet acte n'était pas séparable des fonctions du directeur général¹⁵⁵². L'analyse déductive fondée sur le cadre fonctionnel de la faute de fonction vient condamner cette solution, déjà critiquée par une analyse doctrinale fonctionnelle¹⁵⁵³.

Le caractère fautif de l'acte peut également provenir de la violation des dispositions conventionnelles prescriptives (ou limitatives) de compétences¹⁵⁵⁴ en l'absence de pouvoirs légaux¹⁵⁵⁵. Dans ce cas, les frontières externes de la fonction étant dépassées, la qualification de faute de fonction est également impossible.

En revanche, ne dépasse pas les frontières externes de sa fonction le dirigeant social qui paye avec précipitation le prix d'achat d'un immeuble hypothéqué, au risque de devoir désintéresser ensuite les créanciers inscrits¹⁵⁵⁶. La qualification de faute de fonction peut également être

décembre 1962, JCP 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; D. 1963, p.277, note CALAIS-AULOY ; RTD civ. 1963, p.572, obs. G. CORNU ; RTD com. 1963, p.333, note R. HOUIN). Ils étaient donc attentifs à leur état d'esprit.

¹⁵⁵⁰ L'article L. 225-35 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que : « les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. ». Une disposition analogue prévoit la même limitation dans les sociétés anonymes à directoire (article L. 225-68 alinéa 2 du Code de commerce).

¹⁵⁵¹ Com. 15 octobre 1991, B. n°298 – Com. 8 décembre 1998, RTD com. 1999, p.445 ; JCP E 1999, p.668, n°6 – Cette sanction est quasi-unanimement désapprouvée par la doctrine : V. les références citées par B. DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p.405.

¹⁵⁵² Com. 20 octobre 1998, JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; Bull. Joly 1999, p.88, note J.-F. BARBIERI ; D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER.

¹⁵⁵³ La doctrine s'est en effet demandé « comment un acte fautif censé être le fait de la personne morale, puisqu'il n'est pas détachable des fonctions du dirigeant, peut [...] être dans le même temps inopposable à cette personne morale » (P. SIMLER, réf. préc.). La remarque tend alors à démontrer l'incongruité de la sanction du non-respect de l'autorisation préalable du conseil d'administration. Elle pourrait tout aussi bien servir à douter de la pertinence de la qualification fonctionnelle.

¹⁵⁵⁴ L'illicéité peut alors être rattachée au courant normativiste inspiré par KELSEN intégrant le contrat à la pyramide des normes (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962). Pour un rappel de cette conception, V. notamment, G. WICKER, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p.691, spé. n°36).

¹⁵⁵⁵ C'est essentiellement le cas pour les associations.

¹⁵⁵⁶ CA Bordeaux, 8 mars 1886, Journ. Sociétés 1887, p.823 (l'arrêt porte non pas sur la qualification fonctionnelle mais sur le seul caractère fautif de l'acte. Il ne constitue donc qu'une source de faits illustratifs).

retenue pour la rupture abusive d'un contrat¹⁵⁵⁷, le non-paiement d'une créance¹⁵⁵⁸ ou le simple défaut de souscription d'une assurance obligatoire¹⁵⁵⁹.

296. Respect des frontières externes et gravité de la faute. – Les exemples précités permettent deux constats. D'abord, le critère tenant au respect des frontières externes semble indifférent à la gravité de la faute commise¹⁵⁶⁰. Une fois admis qu'un acte illicite pouvait être commis dans le respect des frontières externes, il est difficile de justifier des discriminations en fonction de la gravité de l'illicéité commise¹⁵⁶¹.

Le critère proposé fait en effet appel à un jugement de réalité, non un jugement de valeur. Autrement dit, le critère implique seulement de se demander si l'acte illicite a été commis lors de l'exercice normal des attributions. Il est étranger à la question de savoir si à raison de sa gravité, il ne peut être assimilé à une faute de fonction. La situation peut de ce point de vue ne pas être satisfaisante¹⁵⁶².

En outre, il est plus que vraisemblable que l'application de ce critère conduira à une systématisation également dérangeante : tandis que les fautes de commission pourront être accomplies en dépassement des fonctions, les omissions fautives resteront nécessairement dans le giron des prérogatives fonctionnelles.

Malgré ces résultats mitigés, la piste de la faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles ne doit pas encore être abandonnée, le respect des frontières internes pouvant peut-être remédier aux carences constatées.

B. Le respect des frontières internes des prérogatives fonctionnelles

297. L'identification des frontières internes. – Pour constituer une faute de fonction, l'acte fautif doit intervenir à l'intérieur des frontières internes de la fonction. La consistance de ces frontières internes est abstraitement la même que celle de toutes les prérogatives juridiques de sorte qu'un retour sur ce qui a été développé par la doctrine à propos de l'abus de droit est ici pertinent. Plus exactement, la conception objective¹⁵⁶³ de la théorie de l'abus de droit, aussi

¹⁵⁵⁷ Com. 1^{er} février 1994, JCP 1995, II, 22432.

¹⁵⁵⁸ Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53 (la faute séparable des fonctions n'avait pas été retenue).

¹⁵⁵⁹ Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p.231, obs. A. LIENHARD.

¹⁵⁶⁰ V. *supra* les exemples donnés n°292 et 295.

¹⁵⁶¹ En ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1263, qui rattache cette analyse au caractère objectif des règles de la représentation, envisagées dans la présente étude comme les frontières externes des prérogatives fonctionnelles.

¹⁵⁶² V. *infra* n°588 et s.

¹⁵⁶³ A cette conception objective s'oppose une conception subjective selon laquelle le critère de l'abus de droit est l'intention malicieuse qui ressort de la conjonction d'une inutilité de l'exercice du droit par l'agent et du caractère préjudiciable de l'acte (G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, p.62). Cette conception ne sera pas retenue ici car elle est étrangère à l'appréhension de frontières internes aux prérogatives fonctionnelles.

appelée théorie finaliste ou téléologique de l'abus de droit, a mis en évidence l'existence de frontières internes aux prérogatives juridiques tenant au « but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »¹⁵⁶⁴.

Les prérogatives fonctionnelles ont ceci de spécial qu'elles sont explicitement finalisées par l'intérêt d'autrui¹⁵⁶⁵. Il en résulte que le dépassement des frontières internes¹⁵⁶⁶ qui, pour ne pas être confondu avec le dépassement de la fonction¹⁵⁶⁷, sera toujours présenté comme un détournement¹⁵⁶⁸ ou un abus¹⁵⁶⁹, constitue donc nécessairement la violation de l'obligation de loyauté intrinsèque aux situations fonctionnelles¹⁵⁷⁰. Cette brève analyse légitime *a priori* le rejet de tout acte de détournement de la catégorie des fautes de fonction. Elle n'épuise pas, cependant, l'ensemble des problématiques afférentes au sujet des frontières internes de la fonction. Doivent également être abordées d'autres problématiques tenant à la pertinence de ce critère (1.) et au seuil de violation de ces frontières internes (2.), avant que puissent être établis les résultats de l'application de ce critère (3.).

1. La pertinence du respect des frontières internes comme critère fonctionnel

298. Double problématique. – *A priori* évidentes car relevant des caractéristiques historiques et essentielles des prérogatives fonctionnelles, les frontières internes précédemment définies doivent encore surmonter deux obstacles pour être reconnues comme un critère de

¹⁵⁶⁴ L. JOSSERAND, n°292 – *Adde*, le droit administratif définit le détournement de pouvoir comme l'utilisation des pouvoirs par leur titulaire « pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils lui avaient été conférés » (CE, 24 novembre 1875, *Pariset*, GAJA, n°4)

¹⁵⁶⁵ S'agissant des droits subjectifs, il est plus délicat de s'accorder sur les contours de sa finalité, étant entendu que toute conception totalitaire de la fonction sociale des droits doit être rejetée. Il n'a jamais été question, en effet, même pour les partisans de la conception finaliste, d'assujettir l'exercice des droits subjectifs à un intérêt pour la collectivité (L. JOSSERAND, *op. cit.*, p.14) Il s'est toujours agi d'une tendance plutôt sociale et moralisatrice.

¹⁵⁶⁶ Certains auteurs parlent également de « limite subjective » (J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, obs. sous Com., 13 novembre 2007, JCP E 2008, 1280, n°3 *in fine*).

¹⁵⁶⁷ V. *supra* n°289. – La doctrine pénale ne dit pas autre chose, qui ne qualifie l'abus de pouvoir que lorsque le bénéficiaire du pouvoir est visé par le comportement. Autrement dit, les incriminations ne renvoient à une situation d'abus que lorsque le comportement punissable tend à porter atteinte à l'intérêt du bénéficiaire de la fonction (E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 105, 2009, par ex. n°206). Peu importe dès lors que, pour cette doctrine, l'abus doive être considéré comme un dépassement de fonction (*op. cit.*, n°161).

¹⁵⁶⁸ J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, *op. cit.* – P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, 1988, n°198.

¹⁵⁶⁹ L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°31 : « Au dépassement des limites externes correspond l'hypothèse du défaut de droit ; au franchissement des limites internes celle de l'abus de droit ». A l'opposé, il est parfois fait référence à un détournement alors qu'est visé le fait pour l'*accipiens* de s'arroger sur le bien remis des pouvoirs plus énergiques que ceux qui lui ont été conférés par la remise (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 98, 2010, n°130). Ainsi en est-il dans le texte d'incrimination de l'abus de confiance (article 314-1 du Code pénal). Dans ce dernier cas, la notion de détournement s'entend en effet plutôt d'une forme particulière de soustraction ou d'appropriation.

¹⁵⁷⁰ V. *supra* n°85.

qualification pertinent : le premier obstacle concerne les interférences des pouvoirs légaux des dirigeants sur ces frontières internes (a.) ; le second obstacle tient au mode d'appréciation de la violation des frontières internes (b.).

a. Les interférences des pouvoirs légaux des dirigeants sur les frontières internes

299. Intérêt social et pouvoirs externes des dirigeants. – Dire que le détournement de la fonction constitue une violation de l'obligation de loyauté ne clôt définitivement pas le débat de la légitimité de ce critère à l'endroit de certains dirigeants sociaux. Pour ce faire, il convient en effet de savoir si l'intérêt social est une limite aux pouvoirs externes des dirigeants sociaux, conformément à l'application de la théorie des pouvoirs légaux de certains dirigeants sociaux. En effet, certains auteurs n'admettent pas que l'intérêt social constitue une limite aux pouvoirs externes des dirigeants¹⁵⁷¹. En principe, ces derniers peuvent engager la société dès lors qu'ils respectent l'objet social sans que l'intérêt de la société puisse être opposé au tiers¹⁵⁷². Autrement dit, le détournement de pouvoir ne devrait pas être un critère de détachement de l'acte aux fonctions, dès lors qu'il est question de la sphère externe à la société. Finalement, les arrêts se montrant insensibles au détournement de fonction du dirigeant social semblent donc justifiés par la théorie des pouvoirs légaux¹⁵⁷³.

Cependant, l'argument peut ne pas convaincre, l'opinion étant loin d'être partagée par l'ensemble de la doctrine¹⁵⁷⁴ qui considère que l'intérêt social est un rempart infranchissable. D'abord, ces derniers semblent avoir été entendus par la Cour de cassation, essentiellement dans le contentieux du cautionnement¹⁵⁷⁵. Par exemple la chambre commerciale dans un arrêt du 13 novembre 2007¹⁵⁷⁶ a approuvé la nullité du cautionnement consenti pour une société du même groupe en dépit d'une communauté d' « intérêts »¹⁵⁷⁷ censée pallier le dépassement de

¹⁵⁷¹ Si la doctrine convient unanimement que l'intérêt social est une limite aux pouvoirs du dirigeant (G. PIETTE, *Cautionnement et intérêt social. Les implications réciproques*, JCP 2004, I, 142, n°3 ; P. SCHULTZ, *L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social* in *Mélanges P. SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p.429), elle ne s'entend pas sur l'appartenance de l'intérêt social aux limites des pouvoirs externes (P. SCHULTZ, *op. cit.*, n°15 et s.).

¹⁵⁷² P. SCHULTZ propose alors que le problème se règle par voie interne (*op. cit.*, n°19). La proposition renvoie donc à la question de l'engagement de la responsabilité du dirigeant par la société ou les associés.

¹⁵⁷³ V. *supra* n°242.

¹⁵⁷⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°287.

¹⁵⁷⁵ Une partie de la doctrine est en effet assez hostile à l'émergence de ce nouveau critère dans le contentieux des sûretés. Elle considère que les mesures de protection spécifiquement prévues dans les sociétés par actions et SARL – interdiction du cautionnement des dirigeants (articles L. 223-31 (SARL), L. 225-43 et L. 225-91 (SA), L. 226-10 (SCA), L. 227-12 (SAS) du Code de commerce) ou des associés (articles L. 223-21 (SARL) et L. 225-217 (SA) du Code de commerce) – permettent déjà un « contrôle efficace et équilibré de la préservation de l'intérêt social » (P. SCHULTZ, *op. cit.*, n°11) sans que le contrôle *a posteriori* du juge s'avère nécessaire. L'intervention du juge à fin d'annulation n'est pas plus plébiscitée dans les sociétés à risques illimités en dépit de l'absence de contrôle *a priori* (P. SCHULTZ, *op. cit.*, n°16).

¹⁵⁷⁶ N°06-15826, JCP E 2008, 1280, n°3, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; Dr. sociétés 2008, comm. 32, obs. H. HOVASSE.

¹⁵⁷⁷ Pour qualifier cette communauté d'intérêts, la jurisprudence se contente souvent de constater que les associés de la société cautionnée sont en tout ou partie les mêmes que ceux de la société caution, voire que les associés de

l'objet social¹⁵⁷⁸, en raison de la contrariété de l'acte avec l'intérêt social de la société caution¹⁵⁷⁹.

Ensuite, et quoi qu'il en soit, ces solutions ne sauraient être extrapolées aux dirigeants des personnes morales pour lesquelles il n'existe pas de pouvoirs légaux¹⁵⁸⁰.

L'application universelle de ce critère de qualification de la faute de fonction au mandataire dirigeant autant qu'au préposé est ainsi permise. Le premier obstacle à la légitimité de ce critère est donc surmonté. Le second obstacle, tenant au mode d'appréciation de la violation, doit maintenant être soupesé.

b. Le mode d'appréciation de la violation des frontières internes

300. Instruments de l'analyse. – Les frontières internes de la fonction ont été précédemment identifiées : il s'agit de l'intérêt d'autrui. Abordée à de nombreuses reprises, la problématique de l'intérêt d'autrui n'a cependant pas été épuisée car elle n'a été envisagée jusqu'ici que sous l'angle de sa définition. Le stade de la qualification de la faute pose des problèmes différents relatifs, principalement, au mode d'appréciation de la conformité d'un acte avec l'intérêt d'autrui.

Plusieurs propositions prétorienne et doctrinales sont apparues à ce propos relativement aux contentieux de l'abus de biens sociaux et de l'acte anormal de gestion.

L'abus de biens sociaux est une infraction pénale commise par les dirigeants contre l'intérêt de leur société¹⁵⁸¹ et l'acte anormal de gestion est un instrument créé par le juge fiscal pour rétablir une correcte détermination de l'assiette de l'impôt en considération du respect de l'intérêt de la société contribuable. Ces deux éléments étant contingents à un acte contraire à l'intérêt de la société, ils sont une source intéressante d'appréciation de l'incompatibilité et donc, *a contrario*, de la compatibilité des actes du chargé de fonction avec l'intérêt du bénéficiaire de la fonction. Sur ce point, chambre criminelle et Conseil d'Etat sont discordants. Cependant, à défaut d'apporter des solutions parfaitement convergentes, le droit positif suggère deux modes d'appréciation.

l'une entretiennent des liens familiaux avec ceux de l'autre (sur ce point, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 19^{ème} éd., 2006, n°1081).

¹⁵⁷⁸ V. également en dépit du consentement de l'unanimité des associés., Com. 8 novembre 2011, Dr. Sociétés 2012, comm. 26, obs. H. HOVASSE ; Rev. sociétés 2012, p.238, note A. VIANDIER – Com. 12 septembre 2012, D. 2012, p.2166, obs. A. LIENHARD.

¹⁵⁷⁹ Les juges du fond avaient en effet relevé que « la sûreté avait pour effet de priver [une société], sans aucune contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier ». – Dans le même sens, Com. 3 juin 2008, n°07-11785 ; Bull. Joly 2008, § 189, note J.-F. BARBIERI ; Dr. sociétés 2008, comm. 202, obs. R. MORTIER ; JCP E 2008, 2545, n°4, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.

Une telle position de la Cour de cassation était attendue par la doctrine, cette dernière l'ayant soit escomptée (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1135), soit redoutée (P. SCHULTZ, *op. cit.*).

¹⁵⁸⁰ Par exemple pour les associations dont le fonctionnement est entièrement réglementé par leurs statuts.

¹⁵⁸¹ Articles L. 241-3 et L. 241-6 du Code de commerce.

301. Premier mode d'appréciation. – Le premier mode d'appréciation pourrait recevoir les qualificatifs de juridique et fonctionnel. Il émane de la chambre criminelle qui propose que les actes du dirigeant soient jugés contraires à l'intérêt de la société quand ils « expose[nt] la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte[nt] atteinte à son crédit et à sa réputation »¹⁵⁸². Cette solution est corroborée par la doctrine ayant relevé que les actes illicites ne sauraient être compatibles avec l'intérêt de la société puisque ce dernier est nécessairement licite¹⁵⁸³. Or, les seuls actes susceptibles d'être passés sous les fourches caudines de l'intérêt d'autrui sont ici nécessairement illicites puisque ce sont des fautes. Dès lors, le mode d'appréciation condamne toute possibilité de qualifier le lien fonctionnel entre la faute et la fonction.

302. Second mode d'appréciation. – Si le premier mode d'appréciation était juridique, le second est résolument et absolument pragmatique voire ajuridique. Il est retenu par le Conseil d'Etat dans tous les cas et par la chambre criminelle lorsque l'acte n'est pas une illicéité pénale. Ainsi, le Conseil d'Etat s'appuie uniquement sur le but de la société, à savoir la réalisation de gains ou d'économies¹⁵⁸⁴, pour juger de l'intérêt d'une dépense, si bien que tout acte tendant à la réalisation de ce but serait réputé compatible avec l'intérêt du bénéficiaire de la fonction¹⁵⁸⁵. De manière analogue, la chambre criminelle a jugé qu'un acte « est contraire aux intérêts de la société dès lors que, sans contrepartie, il expose l'actif à un risque de perte¹⁵⁸⁶ ».

Selon ce mode d'appréciation, qui sera seul retenu, la qualification de faute de fonction d'une faute redevient possible dès lors que cette dernière ne dépasse pas le seuil de violation des frontières internes.

2. Le seuil de violation des frontières internes

303. Le seuil de détournement de la fonction : la malhonnêteté. – Fixer le seuil du détournement de la fonction consiste à déterminer à partir de quel point il est possible de constater la disparition de la loyauté du chargé de fonction.

¹⁵⁸² Crim. 27 octobre 1997, Bull. Joly 1998, p.11, note J.-F. BARBIERI – Crim. 19 septembre 2007, Dr. pén. 2007, comm. 156, obs. J.-H. ROBERT.

¹⁵⁸³ Sur la nécessité d'un intérêt licite pour l'octroi de la personnalité morale, Civ. 2, 28 janvier 1954, D. 1954 p.217, note G. LEVASSEUR. – F. DEBOISSY, *Les amendes sont-elles déductibles des résultats ?*, RTD com. 1999, p.529 ; J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006, n°718.

¹⁵⁸⁴ Article 1832 du Code civil.

¹⁵⁸⁵ Ce mode d'appréciation serait, selon une partie de la doctrine fiscaliste, dicté par le réalisme et l'amoralisme de la matière fiscale (M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, doc. 7 *Illicéité et anormalité*, n°12. – *Adde*, implicitement, M. COZIAN, F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 36^{ème} éd., 2012-2013, n°217).

¹⁵⁸⁶ Crim. 8 décembre 1971, B. n°346 ; RSC 1972, p.514, note B. BOULOC.

C'est souvent l'intention malicieuse¹⁵⁸⁷ qui est présentée comme le critère du détournement¹⁵⁸⁸. Consécutivement, la qualification de faute de fonction dépendrait ici uniquement de l'état d'esprit du préposé ou du mandataire dirigeant.

Toutefois, ce cantonnement du détournement à la malhonnêteté de l'agent est-il suffisant à circonscrire raisonnablement la faute de fonction ? Il est possible de ne pas en être convaincu. Ainsi, un auteur a caractérisé des « seuil[s] extrême[s] »¹⁵⁸⁹ de protection vis-à-vis de l'abus, dont la prohibition d'un acte de malice serait un « minimum absolu »¹⁵⁹⁰, tandis que l'obligation d'agir dans le sens des intérêts de son débiteur serait un maximum. Selon cet auteur, ce seuil maximum dépasserait les exigences d'une stricte justice, en principe, mais il admet que certaines situations le commandent. C'est ainsi lorsque la confiance est au cœur de la relation (contractuelle), ce qui est le cas quand le degré d'altérité entre les parties est faible¹⁵⁹¹. Parmi les trois facteurs faisant décroître le degré d'altérité, la situation fonctionnelle en remplit deux : l'ancienneté de la relation qui renvoie en fait à sa continuité ou à sa régularité¹⁵⁹² et l'interdépendance des partenaires¹⁵⁹³. Cette situation de grande proximité¹⁵⁹⁴ justifierait alors une exigence de loyauté accrue¹⁵⁹⁵. Il serait alors plus conforme à la notion de fonction d'imposer à l'agent plus que la simple honnêteté : l'obligation d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction¹⁵⁹⁶. Ce faisant, la doctrine oriente donc le seuil de détournement de la fonction vers un seuil intellectuel.

304. Le seuil de détournement de la fonction : seuil intellectuel ou seuil matériel ? – Il est envisageable de n'exiger que la bonne foi du chargé de fonction, c'est-à-dire la seule compatibilité de l'état d'esprit de l'agent avec le caractère altruiste de l'acte : il suffirait que l'agent ait agi en poursuivant l'intérêt du bénéficiaire de la fonction pour que son acte, même fautif, soit strictement fonctionnel. Donc la seule démonstration de la poursuite d'un intérêt autre que celui pour lequel la fonction est exercée¹⁵⁹⁷, ou d'un mobile inadéquat au but qui doit être poursuivi¹⁵⁹⁸, caractérisera le détournement de fonction. C'est déjà un niveau d'exigence supérieur puisque la poursuite de son intérêt personnel ou le fait d'être animé d'un mobile

¹⁵⁸⁷ L'intention malicieuse fait référence à un mobile malicieux, à savoir le désir de nuire à autrui.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, 1988, n°201 – V. cependant l'approche moins radicale d'E. GAILLARD, qui soumet la qualification d'un détournement de pouvoir à un mobile inadéquat au but poursuivi par la norme dont l'auteur tient ses pouvoirs (*Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1984, n°151).

¹⁵⁸⁹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 337, 2000, n°15.

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁹¹ P. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.*, n°245.

¹⁵⁹² P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°248.

¹⁵⁹³ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°255.

¹⁵⁹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°245.

¹⁵⁹⁵ Certains facteurs subjectifs renforcent en revanche l'altérité : situations singulières telles que certaines relations d'affaires où l'âpreté est la règle (P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°259 et s.).

¹⁵⁹⁶ V. déjà *supra* n°114 à propos de cette obligation.

¹⁵⁹⁷ Intérêt du chargé de fonction et/ou d'un tiers.

¹⁵⁹⁸ E. GAILLARD, *op. cit.*, n°151.

inadéquat peuvent ne pas être accompagnés de l'intention de nuire au bénéficiaire de la fonction¹⁵⁹⁹.

Mais il est également possible d'exiger la compatibilité matérielle de l'acte avec l'intérêt du bénéficiaire de la fonction. La bonne foi du chargé de fonction ne suffirait donc pas à emporter la qualification fonctionnelle.

La première solution semble parfaitement répondre aux exigences du mécanisme de l'action pour le compte¹⁶⁰⁰ (caractéristique de la fonction). De surcroît, elle est sans doute la plus raisonnable¹⁶⁰¹ même si le droit positif est parfois plus intransigeant à l'encontre de certains chargés de fonction, notamment les mandataires sociaux¹⁶⁰². Certains auteurs ont pu relever, en effet, que le « droit à l'erreur » n'avait guère droit de cité dans le cadre de ces fonctions sociétales¹⁶⁰³.

Au contraire, il apparaît plus juste de ne faire peser sur les épaules du chargé de fonction – préposé ou mandataire dirigeant – que l'obligation de poursuivre les intérêts d'autrui, compte tenu des aléas extérieurs à sa personne qui pourraient rendre incertain le succès de son opération¹⁶⁰⁴. Il semble de bonne justice d'exiger que le chargé de fonction ne poursuive pas d'acte **contraire** ou **incompatible** avec l'intérêt du bénéficiaire de la fonction.

Pour que cette conception intellectuelle du seuil de détournement soit effectivement respectée, il faudra donc éviter deux écueils. Le premier consistera à qualifier le détournement à partir de la seule constatation du préjudice, généralement économique, de celui pour lequel la fonction est exercée. Le second écueil réside à l'inverse dans le fait de déduire de l'absence de

¹⁵⁹⁹ Implicite, E. GAILLARD, *op. cit.*, n°164 : « Alors que le détournement de pouvoir saisit tous les mobiles s'écartant de la finalité du pouvoir exercé, la théorie de l'abus des droits ne se préoccupe [...] que de l'intention de nuire. ».

¹⁶⁰⁰ V. *supra* n°109.

¹⁶⁰¹ P. CONTE, M. GERMAIN, D. GUTTMAN, *Le dirigeant de société : risques et responsabilités*, Jurisclasseur, 2002, n°061-09. Ces auteurs vont plus loin qui considèrent que la responsabilité des dirigeants ne saurait être engagée qu'en cas d'erreur grossière d'appréciation (*op. cit.*, n°061-11).

¹⁶⁰² La démonstration ne peut s'appuyer sur la jurisprudence relative à la nature de l'obligation du mandataire de droit commun. Celle-ci ne serait guère éclairante puisqu'elle est étrangère à la considération de l'intérêt du mandant.

L'obligation du mandataire est traitée comme une obligation de moyens lorsqu'il est question d'une mauvaise exécution et comme une obligation de résultat en cas d'inexécution totale (Civ. 1, 18 janvier 1989, D. 1989 p.302, note C. LARROUMET). Il semblerait toutefois que la non-conformité de l'acte aux intérêts du mandant corresponde davantage à une mauvaise exécution placée sous le régime de l'obligation de moyens (*ibidem*, n°1) ; dans ce cas pourtant seul le régime de la preuve serait affecté alors qu'il sera toujours reproché au mandataire de ne pas avoir agi « au mieux » (*ibidem*). Ainsi, il lui sera bien reproché de n'avoir pas pu satisfaire l'intérêt de son mandant. Bref, une telle analyse conduit ainsi à avaliser l'exigence d'une obligation de résultat dont le régime probatoire sera néanmoins celui de l'obligation de moyens !

Finalement, tout ceci laisse à penser que la distinction établie par DEMOGUE entre obligation de résultat et obligation de moyens est bien de « ces oppositions balancées qui paraissent couler de source (mais [...] sont trop belles pour être vraies) » (P. LE TOURNEAU, *Contrats et obligations. Classification des obligations. Principe de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, J.-cl. Civil code, fasc.20, 2007, n°1).

¹⁶⁰³ En ce sens, J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006, n°696 et s.

¹⁶⁰⁴ Sur le rôle de l'aléa dans la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, V. P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 9^{ème} éd., 2012-2013, n°3255 et s.

préjudice la compatibilité de l'acte du chargé de fonction avec l'intérêt du bénéficiaire de la fonction. En théorie, la qualification du détournement intellectuel est donc possible avant même que tout préjudice soit survenu pour le bénéficiaire de la fonction.

3. La qualification fonctionnelle issue du respect des frontières internes

305. Rappel sur l'identification de l'état d'esprit nécessaire. – S'agissant des frontières internes, la bonne foi de l'agent se traduira par un état d'esprit spécifique : l'intention altruiste. Cet état d'esprit n'est pas inconnu du droit privé qui le considère parfois comme l'élément constitutif d'une situation juridique¹⁶⁰⁵, les hypothèses les plus illustres étant la gestion d'affaire ou la donation. Le raisonnement peut être reproduit ici : il serait légitime de disqualifier les fautes de fonction si l'intention de l'agent n'était pas altruiste.

306. Définition de l'intention altruiste. – Une conception « affective¹⁶⁰⁶ » de l'intention a souvent été retenue¹⁶⁰⁷, notamment dans des situations réputées altruistes. Elle doit pourtant être absolument rejetée car en faisant de l'*animus gerendi* ou de l'*animus donandi*, bref de l'intention altruiste une pensée bienveillante, généreuse et surtout totalement désintéressée, elle restreint considérablement et illégitimement les hypothèses de pensée altruiste¹⁶⁰⁸. Compte tenu de la nature essentiellement égoïste de l'homme, « il n'est pas d'action ou de comportements humains qui soient totalement désintéressés. Dans la charité même, des traces d'intérêts peuvent être relevées »¹⁶⁰⁹. En outre, si l'intention altruiste du chargé de fonction doit épouser l'ensemble de la matérialité de la fonction, elle n'est pas censée s'étendre au-delà. L'activité fonctionnelle consistant à agir dans un intérêt **au moins partiellement** distinct du sien, exiger du chargé de fonction une pensée purement altruiste serait excessif¹⁶¹⁰.

A l'évidence, cette intention altruiste sera donc contrariée par la constatation d'un mobile exclusivement égoïste du chargé de fonction. Cependant, il faudrait se garder de réduire l'infidélité morale du chargé de fonction à cette seule situation. Le chargé de fonction, qui agit en toute connaissance de cause contrairement aux intérêts du bénéficiaire de la fonction, ne saurait en effet être animé de l'intention altruiste exigée, même s'il ne peut être établi de mobile égoïste.

¹⁶⁰⁵ B. DALLOZ, *L'intention : essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon III, n°184 et s., spé. n°186.

¹⁶⁰⁶ L'expression est empruntée à B. DALLOZ (*op. cit.*, n°133 et s.).

¹⁶⁰⁷ V. *Ibidem* pour les références doctrinales et jurisprudentielles. Sera uniquement retenue pour rendre compte de la portée de cette conception l'illustre affaire jugée par la Chambre des Requêtes le 14 avril 1863 (DP 1863, 1, 402), laquelle pour rejeter la qualification de donation, avait relevé que le but de l'auteur de celle-ci était la satisfaction de sa vanité, ce qui était en contradiction avec l'exigence d'une pensée purement altruiste.

¹⁶⁰⁸ B. DALLOZ, *op. cit.*, n°141.

¹⁶⁰⁹ A. VIANDIER, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987, n°13.

¹⁶¹⁰ V. *supra* n°108.

L'analyse de l'article L. 241-3 du Code de commerce en son alinéa 5 incriminant l'abus de pouvoirs dans le cadre des sociétés¹⁶¹¹ vient à l'appui de cette opinion. L'article exige en effet la caractérisation de deux éléments intellectuels distincts : la mauvaise foi, c'est-à-dire l'usage volontairement contraire à l'intérêt de la société des pouvoirs, **et** la poursuite d'un intérêt personnel. La référence cumulative à ces deux éléments indique que la violation de l'intention altruiste peut exister sans qu'elle soit sous-tendue par des mobiles égoïstes puisque ceux-ci doivent faire l'objet d'une investigation supplémentaire. Il est donc possible que la contrariété à l'intention altruiste existe indépendamment d'un mobile égoïste¹⁶¹².

Finalement, ce qui pourrait emporter définitivement la conviction est moins le bien-fondé de la distinction d'un point de vue théorique que son intérêt dans la pratique judiciaire. En effet, ne pas exiger un mobile égoïste revient à alléger la charge de la preuve. Il semble en effet possible de faire la démonstration de l'infidélité du chargé de fonction autrement qu'en prouvant un mobile égoïste. Il suffira de réunir l'ensemble des éléments matériels permettant de présumer que le chargé de fonction savait son acte contraire aux intérêts du bénéficiaire de la fonction, sans avoir à rechercher les éléments matériels permettant de présumer qu'il visait aussi à satisfaire exclusivement son intérêt personnel.

307. Résultats de l'analyse. Illustrations. – La situation subordonnée du préposé laisse en principe peu de marge à l'appréciation de l'intérêt de son commettant si bien que si l'agent respecte scrupuleusement les ordres reçus, il n'outrepasse pas les frontières internes de sa fonction. Cependant, la latitude conférée au préposé dans l'exercice de sa fonction est susceptible de varier en considération de la mission confiée¹⁶¹³ ou de la politique de direction de son commettant.

Le commettant peut tout d'abord avoir choisi de ne pas donner des consignes trop précises à ses subordonnés: par exemple, il peut laisser ses préposés conducteurs choisir leur itinéraire. Consécutivement, les préposés, tout en respectant l'étendue de leurs prérogatives, peuvent poursuivre un intérêt contraire à celui du commettant, en utilisant leur véhicule à une autre fin que l'accomplissement de leur mission. Leur comportement n'est alors plus fonctionnel car il s'agit d'un détournement des prérogatives fonctionnelles.

¹⁶¹¹ « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 € : 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. ».

¹⁶¹²En ce sens, D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, Rép. pén. Dalloz, 2011, n°146. – Dans ce cas, la qualification d'abus de biens sociaux ne devrait pas pouvoir être retenue. La jurisprudence en décide cependant autrement puisqu'elle semble se satisfaire de la démonstration de l'usage des pouvoirs intentionnellement contraire à l'intérêt de la société (ex. Crim. 27 octobre 1997, Bull. Joly 1998, p.11, note J.-F. BARBIERI – Crim. 31 janvier 2007, Rev. sociétés 2007, p.379, note B. BOULOC), ce qui a logiquement suscité la critique doctrinale (J.-F. BARBIERI, réf. préc. sous Crim. 27 octobre 1997, n°6 ; B. BOULOC, réf. préc. sous Crim. 31 janvier 2007, n°12 ; H. MATSOPOULOU, *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, D. 2005, p.2075, spé. p.2076) – V. *infra* n°684 et s.

¹⁶¹³ Sur la différence entre fonction et mission, V. *supra* n°127.

La mission confiée peut ensuite impliquer un certain pouvoir d'initiative¹⁶¹⁴. Ainsi, un préposé cadre dispose d'une certaine marge de liberté dans la surveillance et l'évaluation des salariés qu'il supervise. Il peut dès lors faire usage de ces pouvoirs à d'autres fins que celles de la bonne marche de l'entreprise. Par exemple, le supérieur hiérarchique qui manipule malicieusement le contrôle des connaissances d'un salarié pour justifier son licenciement a certainement détourné ses pouvoirs, dès lors que son acte est étranger à la poursuite de l'intérêt de son employeur¹⁶¹⁵.

Cette situation peut être rapprochée de celle du dirigeant social qui dispose d'une totale indépendance pour exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la société. Tout en respectant les limites objectives de sa fonction, ce dernier peut avoir agi contrairement aux intérêts de la société ou conformément aux intérêts de la société. Ainsi, tandis que l'acte du dirigeant qui s'obstine à continuer une politique de vente à perte¹⁶¹⁶ constitue une violation des frontières internes des prérogatives fonctionnelles, celui du dirigeant qui, ne prévoyant pas les aléas qui peuvent surgir, se trompe dans l'appréciation des appels de fonds complémentaires qui pouvaient être demandés à l'associé d'une société de construction¹⁶¹⁷, n'a pas dépassé le seuil de détournement des prérogatives fonctionnelles. De ceci résulte que la qualification de faute de fonction sera exclue dans le premier cas, mais possible dans le second.

308. Résultats de l'analyse : indifférence à la gravité de l'acte commis. – Compte tenu du mode d'appréciation retenu¹⁶¹⁸, la qualification de faute de fonction est insensible à la gravité de l'acte commis. Le jugement de valeur porté sur l'acte est en effet tout entier consacré à la poursuite de l'intérêt immédiat d'autrui, à l'exclusion d'une quelconque réflexion sur la « normalité » ou l'« anormalité » de la faute commise au regard de l'exercice normal des fonctions¹⁶¹⁹. Ainsi, une dépense illicite car consacrée à un acte de corruption active peut être jugée compatible avec l'intérêt de la société dès lors qu'elle lui permet d'obtenir un marché¹⁶²⁰. De même, un acte de contrefaçon pourrait recevoir la qualification de faute de fonction dès lors qu'il est à même faire réaliser des gains au commettant ou à la société¹⁶²¹.

¹⁶¹⁴ Sur l'hétérogénéité de la catégorie des préposés, V. *supra* n°47.

¹⁶¹⁵ La Cour de cassation a cependant jugé, dans ce cas de figure, que ce supérieur hiérarchique était demeuré dans les limites des relations de travail et qu'il n'était pas démontré une faute personnelle commise hors de ses fonctions (Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84, JCP G 2000, I, 280, n°19, obs. G. VINEY).

¹⁶¹⁶ CA Lyon, 5 juillet 1984, JurisData n°1984-041205.

¹⁶¹⁷ Civ. 3, 2 juillet 1974, B. n°277, D. 1974, IR, p.224.

¹⁶¹⁸ V. *supra* n°300 et s.

¹⁶¹⁹ V. *infra* n°605.

¹⁶²⁰ CE, 5 décembre 1983, Dr. fisc. 1984, n°14, com. 695 : bakchich versé par une société française à des agents publics au Cameroun afin d'obtenir un marché. Le Conseil d'Etat a considéré qu'il s'agissait d'un acte normal de gestion. L'article 39-2 bis du Code général des impôts interdit désormais que le bakchich versé à des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales soit admis au titre des frais généraux déductibles, et donc des actes normaux de gestion.

¹⁶²¹ Arrêt *Rochas*, Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN – *Contra*, Com. 7 juillet 2004, Bull. Joly 2004, p.1531 : selon cet arrêt, l'acte de contrefaçon commis par un dirigeant social doit s'analyser comme une faute séparable de ses fonctions.

C'est également vrai d'une tromperie¹⁶²². Un tel résultat n'est guère satisfaisant, non seulement parce qu'il diverge des solutions du droit positif, mais également parce qu'il n'est pas sans susciter le sentiment qu'il y a peut-être là une qualification trop « mécanique »¹⁶²³.

309. Conclusion du § 2. – Tandis que la faute de fonction entendue de manière statique – comme la faute commise dans une situation fonctionnelle – semblait consolider la définition de la faute de fonction retenue en droit positif pour engager la responsabilité civile du commettant et de la personne morale, la faute de fonction entendue de manière dynamique – comme celle commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles – pourrait renvoyer à la faute de mission ou faute de fonction non détachable sous-entendue dans certaines décisions jurisprudentielles. Elle ne semble cependant pas pouvoir justifier de la détachabilité de la faute à raison de la gravité de l'acte commis.

310. Conclusion de la section 1. – Les résultats d'une démarche déductive basée sur le cadre fonctionnel sont surprenants car ils offrent des définitions très contrastées de la faute de fonction selon la dimension de la fonction retenue. Envisagée de manière statique, la faute de fonction est une catégorie extrêmement permissive tandis que sous l'angle dynamique, elle est confinée dans un périmètre beaucoup plus limité.

Dans le premier cas, il suffira de constater que la faute a été commise dans le contexte objectif de l'activité fonctionnelle ; elle est ainsi commise *à l'occasion* de la fonction. Dans le second cas, il faudra s'assurer que la faute est commise au cours de l'exercice des fonctions, qui implique le respect des frontières externes et internes des prérogatives fonctionnelles. Elle est ainsi commise *dans* les fonctions.

Quoi qu'il en soit, un constat s'impose : aucune de ces deux qualifications fonctionnelles n'est contingente de la gravité de la faute commise. Cette situation s'explique par le fait qu'une fois admise la possibilité d'une illicéité fonctionnelle, il n'est plus possible d'opérer un détachement qu'en procédant à un jugement de valeur de la faute par rapport à un risque normal de l'entreprise. Or, la qualification fonctionnelle déductive procède du seul jugement de réalité d'une faute commise à l'intérieur des frontières de la fonction. Finalement, d'un strict point de vue conceptuel, la faute de fonction ne correspond qu'à une faute contextualisée. La démarche déductive doit donc être poursuivie pour tenter de rationaliser le critère de détachement lié à la gravité de la faute commise. L'analyse comparatiste y sera peut-être propice.

¹⁶²² Crim. 23 janvier 2001, B. n°212 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL : tromperie et publicité mensongère qui n'a pas fait obstacle à l'immunité du préposé.

¹⁶²³ V. *infra* n°339.

Section 2.

Les enseignements de l'analyse comparatiste

311. Analyse comparatiste. Droit étranger. – Classiquement, le droit comparé s'entend tout d'abord du droit étranger. Certes, la faute de fonction n'apparaît pas comme une donnée commune aux préposés et aux dirigeants-mandataires dans les droits étrangers¹⁶²⁴. Cependant, la plupart des législations connaissent de la question du lien fonctionnel en raison de l'existence courante d'un régime de responsabilité du commettant du fait de leurs préposés¹⁶²⁵. La vision du droit étranger sur cette question sera donc certainement source d'informations.

312. Analyse comparatiste. Droit administratif. – Le droit comparé s'entendra également ici du droit administratif. Il n'est guère besoin de s'appesantir excessivement sur la justification d'un tel renvoi : il a déjà été admis que la faute de fonction a été conçue comme le pendant privatiste de la faute de service¹⁶²⁶. Et l'appartenance des agents publics à la catégorie des chargés de fonction est frappée du sceau de l'évidence¹⁶²⁷. L'antériorité historique de sa construction achève de convaincre que cette sphère du droit est susceptible d'être enrichissante.

Ces précisions faites, il convient de s'intéresser plus avant aux enseignements du droit étranger (§ 1.) puis aux enseignements du droit administratif (§ 2.).

§ 1. Les enseignements du droit étranger

313. Etendue de l'analyse comparatiste. – Des travaux comparatistes ont montré que la responsabilité du commettant du fait de ses préposés est connue de la plupart des législations, qu'il s'agisse de *Common law* ou de droit romano-germanique¹⁶²⁸. Il ne sera toutefois nullement question de recenser l'ensemble des définitions du lien fonctionnel retenues dans le

¹⁶²⁴ V. cependant le § 31 BGB qui prévoit la responsabilité civile de la personne morale pour les dommages causés par [un dirigeant] si la faute de ce dernier a été commise « dans le cadre de sa mission » et le § 831 BGB qui prévoit la responsabilité du commettant pour les fautes du préposé commises « dans l'exécution de la fonction ».

¹⁶²⁵ Sur ce point, H. SLIM, *Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé*, RCA 2000, HS novembre, p.52.

¹⁶²⁶ V. *supra* n°3.

¹⁶²⁷ Il est de ce point de vue satisfaisant de noter que tous les agents publics sont concernés quelle que soit leur place hiérarchique, confirmant qu'il est possible de traiter uniformément préposé et dirigeant. Le droit administratif admet cependant largement la fiction selon laquelle tous les agents publics sont subordonnés (V. N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 85, 2009, n°6 et s.)

¹⁶²⁸ H. SLIM, *op. cit.*

monde. Seules seront retenues quelques législations parce qu'elles sont les mieux à même de représenter certains systèmes topiques¹⁶²⁹.

A travers elles, seront donc exposés les apports du droit étranger (A.) puis ses limites (B.).

A. Les apports du droit étranger

314. La confirmation d'un lien fonctionnel élargi. – L'étude des critères objectifs de rattachement et des critères de détachement absolu ont montré que la jurisprudence française retenait une conception large du lien fonctionnel¹⁶³⁰. Il apparaît que cette tendance est confirmée par le droit comparé.

315. Constat d'un élargissement généralisé. – Alors qu'il a pu être pensé que la formule employée par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil était en cause¹⁶³¹, la pluralité de terminologies du droit étranger¹⁶³² démontre que la précision linguistique est impuissante à enrayer la tendance actuelle d'un élargissement. Certains systèmes juridiques optent résolument pour une interprétation stricte du lien fonctionnel, tandis que d'autres semblaient dès leur origine plus enclins à des qualifications permissives. S'opposent ainsi respectivement les conceptions du droit allemand et québécois et celles du droit anglais et du droit belge. Cependant, en dépit de systèmes juridiques clivés quant à leur volonté initiale de circonscrire plus ou moins strictement le lien fonctionnel, ils finissent tous par consacrer une conception élargie de la faute de fonction. Seule l'ampleur de l'élargissement diffère.

316. Élargissement du lien dans les droits de définition stricte. – En droit allemand, le § 831 du BGB prévoit que la faute du préposé doit avoir été commise « dans l'exécution de cette fonction ». La jurisprudence n'a pas cédé à une interprétation extensive en ne retenant pas le lien fonctionnel lorsque la fonction n'aura été que l'occasion du dommage¹⁶³³. Il en est ainsi en cas d'abus d'utilisation du véhicule¹⁶³⁴. Cependant, le lien fonctionnel a pu être retenu

¹⁶²⁹ V. *supra* n°7.

¹⁶³⁰ Lors de son exposé, le lien fonctionnel avait même été jugé « ténu », V. *supra* n°215.

¹⁶³¹ F. TERRE, P.SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 10^{ème} éd., 2009, n°834.

¹⁶³² Sont visés les dommages réalisés « à l'occasion des fonctions » (article 127 du C. obligations et des contrats libanais ; article 136 C. civ. algérien ; article 1903 Code civil espagnol), dans les « charges » (Italie : A. GRISOLI et E. DELL'AQUILA, *Rapport italien in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.117, spé. p.126). Il est même parfois question de causalité entre le dommage et la fonction (article 148 du C. obligations sénégalais).

¹⁶³³ V. cependant, les techniques employées pour accroître les possibilités d'engager la responsabilité des commettants : R. LEGEAIS, *L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand. Observations comparatives, juridiques et économiques in Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER. Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF, 1992, p.303, spé. p.309 et s.

¹⁶³⁴ V. références citées par R. LEGEAIS, *op. cit.*, p.309.

dans cette dernière hypothèse si l'utilisation abusive avait été rendue possible par la faute de surveillance du commettant¹⁶³⁵.

Le droit québécois¹⁶³⁶ a, en revanche, semblé retenir dès l'origine l'abus de fonction parmi les fautes de fonction¹⁶³⁷ mais ce n'est qu'une apparence trompeuse due à ce que ce droit définit l'abus de fonction de manière différente. Il s'y agit d' « une faute commise par le préposé alors qu'il exerce sa fonction d'une manière différente que celle qui lui a été assignée mais qui reste dans la poursuite d'une activité qui bénéficie à son commettant »¹⁶³⁸. Le détournement de la fonction est donc *a priori* exclusif de cette définition. En outre, lorsque la fonction n'a été que l'occasion de la faute, cette dernière est considérée comme un acte étranger à la fonction¹⁶³⁹. Ces distinctions avaient pour objectif affiché de se démarquer du droit français jugé trop libéral en la matière¹⁶⁴⁰. Cependant, il est notable que la qualification d' « abus de fonction-fonctionnel » n'est pas exempte de souplesse ainsi qu'en atteste la jurisprudence relative aux « vices de personnalité du préposé ».

Le critère habituellement essentiel de la poursuite de l'intérêt du commettant n'est guère exploitable alors que le préposé violence ou vole un tiers. Il a dès lors été jugé que ces actes seront qualifiés d'abus de fonction-fonctionnel « lorsque la victime est entrée en relation avec le préposé fautif dans le cadre de la poursuite des activités de l'entreprise »¹⁶⁴¹.

Le critère de rattachement réside alors dans le lien de nécessité entre la relation préposé-victime et l'exploitation de l'entreprise¹⁶⁴². C'est ainsi que l'agression sexuelle d'un enfant résidant dans un centre, par un de ses employés, a été qualifiée d'abus de fonction et donc de faute de fonction¹⁶⁴³. En revanche, le même acte perpétré par le directeur d'un établissement ne logeant pas les enfants, a été considéré comme une faute commise « à l'occasion » des fonctions, le rôle du directeur se limitant à organiser les activités récréatives des enfants¹⁶⁴⁴.

317. Elargissement du lien dans les droits de définition permissive. – En droit anglais, les solutions semblent s'appuyer sur une formule de SALMOND datant de 1927, selon laquelle « un maître n'est pas responsable pour un acte délictueux de son serviteur à moins

¹⁶³⁵ *Ibidem.*

¹⁶³⁶ Article 1463 du code civil québécois : « Le commettant est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions; il conserve, néanmoins, ses recours contre eux. » – *Adde*, Article 1464 du code civil québécois : « Le préposé de l'Etat ou d'une personne morale de droit public ne cesse pas d'agir dans l'exécution de ses fonctions du seul fait qu'il commet un acte illégal, hors de sa compétence ou non autorisé, ou du fait qu'il agit comme agent de la paix. »

¹⁶³⁷ V. les références citées par C. MASSE, *L'abus des fonctions dans la relation préposé-commettant en droit civil québécois. Rapports canadien in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.59.

¹⁶³⁸ *Ibidem.*

¹⁶³⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁴⁰ Curley c. Latreille (1919) 28 B.R. 388 ; (1919-1920) 60 S.C.R., cité par C. MASSE, *op. cit.*, p.62.

¹⁶⁴¹ C. MASSE, *op. cit.*, p.66.

¹⁶⁴² *Ibidem.*

¹⁶⁴³ Bazley c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 457. – *Comp. Civ.* 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202 : responsabilité du commettant de l'enseignant ayant sexuellement agressé ses élèves.

¹⁶⁴⁴ Jacobi c. Griffiths, [1999] 2 R.C.S. 457.

qu'il ne soit accompli dans l'exercice de ses fonctions. Il est censé en être ainsi si cet acte, soit a été autorisé par le commettant, soit est un mode non autorisé d'accomplir un acte autorisé »¹⁶⁴⁵.

Cette formule apparemment rigoureuse fut diversement interprétée, les années cinquante semblant constituer un tournant vers un élargissement du domaine de la responsabilité du commettant causé par l'élargissement du lien fonctionnel¹⁶⁴⁶. Schématiquement, les solutions du droit anglais rejoignent alors celles du droit français : tandis qu'au XIX^e siècle, le commettant n'était pas responsable lorsque le préposé n'avait recherché que son intérêt personnel et non celui de l'entreprise¹⁶⁴⁷, les détournements ou abus de confiance commis par les préposés sont désormais à la charge du commettant¹⁶⁴⁸, l'apparence jouant son rôle de protection pour le tiers-victime¹⁶⁴⁹.

Les juges anglais ont même élargi le domaine en changeant de formule, passant de l'exercice des fonctions (*in the course of employment*) au cadre des fonctions (*in the scope of employment*). L'élargissement du lien fonctionnel n'a cependant pas conduit à la prévisibilité de sa qualification, les situations particulières s'étant multipliées¹⁶⁵⁰.

Le droit belge retient lui aussi une définition très large du lien fonctionnel, et ce depuis un arrêt du 27 mars 1944 par lequel la Cour de cassation a admis « qu'il n'est toutefois point requis que l'acte constitue en lui-même et de façon directe l'exercice de la fonction, ni que cet exercice soit ininterrompu ; qu'il suffit que l'acte ait été effectué pendant la durée du service et qu'il soit en relation avec celui-ci, même indirectement et occasionnellement »¹⁶⁵¹. La doctrine note à juste titre qu'il ne s'agit plus d'un problème de causalité, le critère retenu étant celui de la « relation » même indirecte et occasionnelle avec les fonctions¹⁶⁵². De ceci résulte que le lien fonctionnel persiste même en cas d'abus de fonction ou d'infraction intentionnelle par exemple¹⁶⁵³.

Ce phénomène d'élargissement généralisé du lien fonctionnel semble donner du poids aux décisions rendues par la Cour de cassation. Toutefois, l'apport du droit étranger en la matière est relativement faible, puisque l'analyse conceptuelle avait permis de rationaliser cet élargissement. Attestent également de cet apport restreint, les limites du droit étranger.

¹⁶⁴⁵ SALMOND, *On Torts*, 1^{re} éd., 1907, p.83.

¹⁶⁴⁶ J. FLAUSS-DIEM, *La responsabilité civile du commettant en droit anglais vue par un juriste français* in *Le droit social-Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHIEDT*, PUS, n°6, 2003, p.117, spé. p.128.

¹⁶⁴⁷ *Barwick v. English Joint Stock Bank* [1867], LR 2 Ex 259.

¹⁶⁴⁸ Le revirement date de 1912 : *Lloyd v. Grace, Smith and Co Ltd* [1912] AC 716 (un clerc de notaire s'était fait transféré personnellement des biens par un client de l'étude) – *Comp. Civ.1*, 8 décembre 1987, D. 1988, p.389, note J.-L. AUBERT).

Morris v. W Martin and Sons Ltd [1966] 1 QB 716 (vol d'un manteau de fourrure par un employé d'une société de nettoyage) – *Comp. droit français supra* n°239.

¹⁶⁴⁹ J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.127.

¹⁶⁵⁰ J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.124.

¹⁶⁵¹ Pas. 1944, I, 275.

¹⁶⁵² R. O. DALCQ, *L'abus de fonctions. Rapport belge* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.36, § 34 et 35.

¹⁶⁵³ R. O. DALCQ, *op. cit.*, p.38.

B. Les limites du droit étranger

318. Double limite. – Les apports du droit étranger à la théorie de la faute de fonction en droit français connaissent une double limite, tenant d’une part à l’inexistence de critères de détachement relatif (1.) et d’autre part à des critères de qualification peu exploitables (2.).

1. L’inexistence de critères de détachement relatif

319. Insensibilité relative au détachement intellectuel. – En France, la dualité de la faute de fonction est apparue en même temps que la protection judiciaire des préposé et mandataire dirigeant, de sorte qu’il n’est guère surprenant que cette dualité n’apparaisse pas en droit étranger, lequel ne consacre guère de protection directe du préposé¹⁶⁵⁴. Tout juste le droit belge fait-il cas des dol, faute lourde et « faute habituelle » du préposé afin de rétablir sa responsabilité civile¹⁶⁵⁵. Il n’y est donc guère fait état du caractère fonctionnel ou non fonctionnel de la faute commise. Seul un critère de gravité est privilégié. En outre, le lien entre la faute du préposé et l’exécution du contrat de travail, rendu nécessaire par cette disposition, rapproche les solutions belges des solutions françaises¹⁶⁵⁶

320. Insensibilité au détachement psychologique. – De manière analogue et pour les mêmes raisons, le mobile égoïste n’altère pas le lien fonctionnel en principe¹⁶⁵⁷. Au contraire, l’élargissement du concept de faute de fonction vise précisément à inclure les détournements dans la catégorie.

321. Unité des fautes de fonction. – En résumé, les droits étrangers étudiés ne consacrent pas la dualité de faute de fonction que connaît le droit privé français. Ils ne sont donc d’aucun soutien sur ce point. Ils sont également peu exploitables quant aux critères de qualification qu’ils proposent.

¹⁶⁵⁴ Pour un exposé détaillé de cette question, V. les développements de C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°556 et s.

¹⁶⁵⁵ Article 3 de la loi du 3 juillet 1978 : « en cas de dommage causé par le travailleur à l’employeur ou à des tiers dans l’exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel ».

¹⁶⁵⁶ B. DUBUISSON, *Les immunités civiles ou le déclin de la responsabilité individuelle : coupables mais pas responsables* in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Larcier, Bruxelles, 2004, p.69.

¹⁶⁵⁷ V. cependant, le droit allemand (*supra* n°316) mais il s’agit alors de détachement absolu.

2. Des critères de qualification peu exploitables

322. Classement des critères de qualification. – Ces critères correspondent à des outils de trois types. Il s'est d'abord agi de critères techniques, avant qu'il soit recouru à des critères plus intuitifs issus du fondement de la responsabilité du commettant et enfin à de pures considérations de justice sociale.

323. Les critères techniques. – Rares sont les critères émanant du droit positif. Il est souvent statué au cas par cas ou selon la méthode du précédent. La jurisprudence québécoise a cependant mis en exergue le lien de nécessité entre la relation préposé-victime et l'exploitation de l'entreprise¹⁶⁵⁸, lequel rappelle le lien de causalité intrinsèque à la fonction également retenu par le droit grec¹⁶⁵⁹.

La doctrine entend alors affiner ce critère en recourant à la théorie de la causalité adéquate : il s'agit de « toutes les fautes qui apparaissent d'habitude dans le cours naturel de service par suite d'une imprudence ou d'un excès de zèle des fonctionnaires ou des préposés¹⁶⁶⁰. [...] Lorsque l'acte dommageable est dû à un motif personnel étranger à la fonction (par exemple si la rixe entre les ouvriers a eu comme motif une rivalité amoureuse) [...] alors on est en présence d'une interruption de la causalité adéquate qui justifie l'exonération du commettant »¹⁶⁶¹. Néanmoins, la proposition n'est pas à l'abri de toute critique. La construction connaît en effet deux points faibles.

D'abord, le lien causal reste d'un maniement délicat, de sorte qu'il ne peut être garant d'une prévisibilité de la qualification. Ensuite, l'idée que la fonction puisse **causer** une faute n'emporte pas nécessairement la conviction. Il apparaîtra toujours plus sensé que la faute soit due à un manque de vigilance ou à une action coupable de l'agent. Le droit belge qui se contente d'une relation même indirecte ou occasionnelle entre la faute et le dommage ne s'y est pas trompé¹⁶⁶².

Au-delà de ce critère qui semble avoir survécu aux évolutions de la jurisprudence, sans doute en raison de l'imprécision sus-évoquée, les autres critères n'ont jamais véritablement été appliqués de manière rigoureuse. Ainsi en est-il du critère de rattachement québécois tenant à la recherche du bénéfice du commettant, balayé, lorsque cela s'avère nécessaire, par la théorie des « vices de la personnalités » du préposé¹⁶⁶³. Plus encore, il ne reste plus grand-chose des critères anglais posés par la formule de SALMOND. Dans ce contexte, c'est le fondement de la responsabilité du commettant qui a pu guider les solutions.

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁵⁹ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général in L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.5, spé. p.21.

¹⁶⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁶¹ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *op. cit.*, p.22.

¹⁶⁶² V. *supra* n°317.

¹⁶⁶³ V. *supra* n°317.

324. Lien fonctionnel et fondement de la responsabilité du commettant. – A l'étranger, la définition de la faute de fonction semble devoir résulter du fondement de la responsabilité du commettant. Ainsi, il est admis que si la responsabilité du commettant est fondée sur la faute, comme en droit allemand¹⁶⁶⁴, la faute de fonction doit s'entendre de la faute accomplie dans l'exercice même des fonctions et non pas seulement à l'occasion de celles-ci¹⁶⁶⁵.

A l'opposé, si cette responsabilité s'appuie sur le risque, la faute de fonction peut recevoir une définition élargie. L'appréciation très libérale du lien de causalité entre la faute et la fonction par la *House of Lords* est ainsi jugée logique par la doctrine, renvoyant pour ce faire au « système fondé sur la corrélation entre le profit généré par une activité et le risque encouru de ce fait »¹⁶⁶⁶. Le *Restatement* américain § 229 adopte également une approche dite pragmatique (qui correspondrait à une démarche fonctionnelle), fondée sur le risque, puisqu'il dispose que « la question en définitive est celle de savoir s'il est juste que le dommage résultant de l'acte du préposé soit considéré comme un risque normal que l'entreprise qui emploie ce dernier doit supporter ou non »¹⁶⁶⁷.

Le fondement du risque inhérent à la nature de l'activité, distinct du seul risque-profit¹⁶⁶⁸, aurait également permis au droit anglais d'étendre le domaine de la responsabilité du commettant aux abus sexuels commis par un responsable d'internat¹⁶⁶⁹. Certains indices dans le déroulement de cette affaire semblent cependant davantage expliquer la solution par la considération essentiellement politique de l'indemnisation des victimes¹⁶⁷⁰.

325. Définition « politique » de la faute de fonction. – Plus encore que le fondement assigné à la responsabilité du commettant, ce sont bien les « nécessités sociales » qui ont conduit les juges et la doctrine à élargir sans cesse le concept de faute de fonction¹⁶⁷¹. Le fondement retenu n'ayant finalement qu'une incidence limitée sur les frontières de la faute de fonction. En témoigne le fait que droit anglais et droit québécois retiennent le fondement de la

¹⁶⁶⁴ La responsabilité du commettant y est fondée sur la faute présumée ; le commettant a la possibilité de s'exonérer en démontrant qu'il n'a commis aucune faute de surveillance ou d'organisation (R. LEGEAIS, *op. cit.*, p.311) ou, dans le cadre d'une « grande entreprise », en faisant usage de la « preuve exonératoire décentralisée », c'est-à-dire en démontrant qu'il a choisi avec diligence une personne encadrante et qu'il a pris les mesures d'organisation et de protection nécessaires (F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 1997, n°389). Il aura été reconnu ici un mécanisme de délégation de pouvoirs que le droit français connaît également en matière pénale (V. *infra* n°717).

¹⁶⁶⁵ H. SLIM, *op. cit.*, p.53

¹⁶⁶⁶ J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.129.

¹⁶⁶⁷ Cité par H. SLIM, *op. cit.*, p.54.

¹⁶⁶⁸ En ce sens, J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.121.

¹⁶⁶⁹ *Lister v. Hesley Hall Ltd*, [2002], UKHL 22 ; [2002] 1 AC 215 at [20].

¹⁶⁷⁰ Il a été reproché à la *Court of Appeal* d'avoir rejeté la responsabilité du commettant pour les actes de pédophilie de son préposé car cette solution aboutissait à faciliter l'exonération du commettant pour les actes les plus graves au détriment des victimes (J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p. 128).

¹⁶⁷¹ G. MICHAELIDES-NOUAROS, *op. cit.*, spé. p.16.

garantie économique¹⁶⁷², alors même que le second entend circonscrire la faute de fonction de manière plus restrictive que le premier¹⁶⁷³.

Plus significative semble être la volonté de fournir à la victime un débiteur solvable, étant entendu que le commettant présente de meilleures garanties de solvabilité que ses préposés¹⁶⁷⁴. La qualification semble alors justifiée par des considérations d'équité. Tout se passe comme si le juge partait de la solution qu'il estime souhaitable en fait, pour la justifier en droit par la qualification de faute de fonction, laquelle sert de « couverture » juridique¹⁶⁷⁵. C'est par exemple le souci d'indemniser la victime qui a conduit, en droit anglais, à passer de l'exercice des fonctions (*within the course of employment*) au cadre des fonctions (*within the scope of employment* ou *within the sphere of employment*)¹⁶⁷⁶. Cette dernière méthode de qualification suscite alors deux critiques : d'abord, les qualifications retenues sont souvent imprévisibles ; ensuite, la méthode conduit le juge à statuer en équité, ce qui n'est guère satisfaisant.

326. Conclusion. – Ces derniers développements éclairent tout à fait les phénomènes qui traversent les définitions techniques de la faute de fonction retenues par le droit étranger. Les solutions étant largement fondées sur le seul souci d'indemniser les victimes, elles aboutissent à un élargissement de la notion de faute de fonction. Consécutivement, elles auraient également pu parvenir à rendre prévisible la qualification fonctionnelle même si ce résultat devait être obtenu au détriment du commettant. Cependant, les juges font parfois marche arrière lorsqu'ils sentent que la justice sociale commande, dans certaines situations particulières, la mise hors de cause du commettant. Certains auteurs se résignent finalement à considérer qu'il s'agit d'une question de fait réglée au cas par cas¹⁶⁷⁷, abandonnant toute velléité de proposer des critères logiques de rattachement de la faute à la fonction. D'un strict point de vue conceptuel, le droit comparé est donc une impasse. La piste doit donc être abandonnée en l'état, au profit de celle offerte par le droit administratif français.

¹⁶⁷² C. MASSE, *op. cit.*, p.61. Ce fondement correspond à la théorie du risque-profit.

¹⁶⁷³ V. *supra* n°316.

¹⁶⁷⁴ Pour l'exposé de cette considération essentiellement économiste, V. J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.118. – Le propos est certainement caricatural : V. par exemple, l'affaire *Costedoat* (AP 25 février 2000, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN) dans laquelle la victime ne pouvait obtenir d'indemnisation de son préjudice que du préposé, la liquidation judiciaire du commettant ayant été prononcée.

¹⁶⁷⁵ Explication empruntée à celle développée par G. GOUBEUX à propos de la règle de l'accessoire (*La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 93, 1969, n°11, p.24).

¹⁶⁷⁶ J. FLAUSS-DIEM, *op. cit.*, p.127.

¹⁶⁷⁷ J. FLEMING, *The law of torts : The law book company limited*, éd. 1992, p.377, cité par H. SLIM, *op. cit.*, p.54.

§ 2. Les enseignements du droit administratif

327. Utilité d'une comparaison avec le droit administratif. – L'idée de comparer le droit de la responsabilité du droit privé et du droit administratif est loin d'être inédite. Elle est au contraire très ancienne dans la doctrine administrativiste¹⁶⁷⁸. Un tournant s'est opéré depuis une vingtaine d'années, qui a concentré ces études comparatistes sur la transposition de la faute de service et ses corollaires¹⁶⁷⁹, désormais à l'initiative de la doctrine privatiste curieuse d'y trouver des pistes de réflexion.

328. Orientation des recherches. – Le premier enjeu du passage en revue de la jurisprudence administrative est de consolider les critères permettant à la faute de se détacher partiellement des fonctions¹⁶⁸⁰. Le second enjeu sera de savoir si en cette matière, la faute de fonction repose sur des critères conceptuellement logiques, lesquels pourraient éventuellement être transposés en droit privé.

Cette double approche implique que soit vérifiée dans un premier temps la convergence des définitions techniques administrativistes avec le droit privé (**A.**) avant de s'interroger sur l'existence de fondements ontologiques (**B.**) et leur transposition en droit privé (**C.**).

A. Les enseignements relatifs aux définitions techniques

329. Existence de facteurs de rapprochement ? – *A priori*, le rapprochement entre les solutions du droit administratif et celles du droit privé semble improbable. La définition induite de la faute de fonction indique une dualité de fautes de fonction (la faute de fonction *stricto sensu* et la faute fonctionnelle¹⁶⁸¹) là où le droit administratif s'est construit sur la seule distinction binaire entre la faute de service et la faute personnelle.

Ce couple de fautes apparaît en 1873 dans l'arrêt *Pelletier*¹⁶⁸². Celui-ci offrait une alternative : soit le comportement de l'agent était une faute de service¹⁶⁸³ et l'ordre administratif était le seul admis à en connaître, soit le comportement de l'agent était une faute personnelle et l'ordre judiciaire était compétent pour engager la responsabilité civile de l'agent envers les

¹⁶⁷⁸ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953 ; G. CORNU, *La responsabilité délictuelle comparée en droit public et en droit privé*, Paris 1949 ; C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, JCP 1949, I, 742 et 751.

¹⁶⁷⁹ B. PUILL, *Les fautes des préposés : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif*, JCP 1996, I, 3939.

¹⁶⁸⁰ En raison de la gravité de la faute ou de la distension du lien fonctionnel par dépassement ou détournement des prérogatives fonctionnelles, V. *supra* n°250 et s.

¹⁶⁸¹ V. *supra* n°274.

¹⁶⁸² TC, 30 juillet 1873, GAJA n°2 ; D. 1874, p.5, concl. R. DAVID

¹⁶⁸³ Cette terminologie apparaît en réalité plus tard dans le contentieux, V. *infra* n°359.

administrés. L'évolution postérieure n'a pas fait disparaître la classification binaire, même si elle n'a pas été sans répercussion sur le contenu de ces fautes.

C'est pourquoi il sera fait état de ces deux catégories de fautes selon une approche évolutive, notamment à fin de s'interroger sur un possible mouvement convergent des solutions privatistes et administrativistes vers une dualité de fautes de fonction. Seront donc exposées successivement l'évolution de la faute de service (1.) puis l'évolution des fautes personnelles (2.).

1. L'évolution de la faute de service

330. Place de la notion dans le contentieux administratif. – Si de nombreuses études ont été spécialement ou incidemment dédiées à la distinction entre la faute de service et la faute personnelle¹⁶⁸⁴, peu d'entre elles se concentrent sur la faute de service en elle-même¹⁶⁸⁵ préférant s'intéresser à la faute personnelle¹⁶⁸⁶. Une partie de l'explication de ce phénomène réside dans le fait qu'ici aussi¹⁶⁸⁷, la faute de service est présumée¹⁶⁸⁸, de sorte que ce sont les critères de la faute personnelle qui sont les plus immédiatement accessibles.

La doctrine n'est guère plus rassurante, qui n'ambitionne parfois d'exposer que l'« idée de la faute de service », son « esprit »¹⁶⁸⁹. Il est vrai que la lisibilité est faible d'une notion qui a connu de profondes mutations quant à la nature de ses critères d'identification. Les efforts à fournir pour surmonter cette difficulté sont cependant payants car il semble que l'évolution de la notion aille dans le sens d'un rapprochement entre faute de service et faute de fonction. Le passage d'un critère spécifique au droit administratif (a.) à un critère transposable (b.) semble ainsi garant de la convergence recherchée.

a. Le critère initialement spécifique au droit administratif

331. Critère tenant à la nature administrative de l'acte. – Le critère initial de la faute de service siège dans la reconnaissance d'un acte de puissance publique ou, ainsi que l'expose le

¹⁶⁸⁴ J. DEFRESNOIS, *La faute du service public*, thèse Bordeaux, 1937 ; H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse Paris, 1922 ; M. PAILLET, *Recherches sur la faute du service public dans le droit administratif français contemporain*, LGDJ, Bib. de droit public, t. 136, 1980. D. RASY, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, LGDJ, Bib. de droit public, t. 43, 1963.

¹⁶⁸⁵ V. cependant, J. DEFRESNOIS, *op. cit.* et M. PAILLET, *op. cit.*

¹⁶⁸⁶ V. notamment, les études suivantes : M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire*, Droits 1987, p.97 ; J.-P. MAUBLANC, L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *La faute personnelle de l'agent public : une notion juridique indéfinissable ?* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.631 ; P. WECKEL, *L'évolution de la notion de faute personnelle*, RDP 1990, p.1525.

¹⁶⁸⁷ V. à propos de la faute de fonction, *supra* n°234.

¹⁶⁸⁸ O. GOHIN, sous TC 19 octobre 1998, D. 1999, p.127, spé. p.128 *in fine*.

¹⁶⁸⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat, 15^{ème} éd., 2001, n°1524.

commissaire du gouvernement dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Pelletier*¹⁶⁹⁰, un « acte administratif proprement dit ». Ainsi, cet arrêt vise-t-il, dans sa motivation, un « acte de haute police administrative » et a-t-il pris soin de noter que l'agent avait agi dans la limite des pouvoirs exceptionnels que l'état de siège lui conférait pour justifier de l'impossibilité de qualifier à l'endroit de l'agent un « fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière »¹⁶⁹¹. Dans cette optique, la qualification d'acte administratif dépend de ce que l'acte de l'agent peut « entrer dans le cercle de ses attributions légales »¹⁶⁹².

Pour la jurisprudence, constituent des « actes administratifs proprement dits » : l'ordre donné à un secrétaire-greffier par un Préfet de ne pas délivrer des expéditions de procès-verbal d'une enquête¹⁶⁹³ ; la délivrance ou le refus de délivrer les certificats de sincérité de la signature apposée au bas d'une pétition par un maire¹⁶⁹⁴ ; la dissolution des congrégations non autorisées et les arrêtés d'expulsion de leurs membres¹⁶⁹⁵ ; la formation du bureau électoral et la confection des procès-verbaux par le maire¹⁶⁹⁶ ; la délivrance ou le refus de délivrer un certificat de bonnes vie et mœurs par un maire¹⁶⁹⁷.

En revanche, ne constituent pas des « actes administratifs proprement dits », les négligences de l'agent de postes dans l'acheminement du courrier¹⁶⁹⁸. La solution aurait été contraire si pour apprécier les fautes de négligence, il avait fallu apprécier les conditions dans lesquelles l'ordre d'acheminement avait été fait¹⁶⁹⁹, cet ordre constituant assurément un « acte administratif proprement dit ».

La démarcation était ainsi relativement compliquée à mettre en œuvre d'autant que même si l'acte fautif semblait correspondre à un acte administratif ou à l'acte d'exécution de celui-ci, le juge refusait de le qualifier ainsi s'il lui était possible de le détacher formellement, par exemple lorsqu'il était possible de séparer du texte administratif le passage incriminé¹⁷⁰⁰, ou de le détacher intellectuellement lorsqu'il avait la nature d'une infraction¹⁷⁰¹.

332. Justification de l'appartenance à la catégorie des fautes de service. – Si à propos de la faute personnelle, un auteur a pu écrire que « la permanence de l'expression masque un bouleversement de la notion »¹⁷⁰², ce n'est pas exactement le cas de la faute de service. Le

¹⁶⁹⁰ Note sous TC, 30 juillet 1873, D. 1874, p.5.

¹⁶⁹¹ Il était question de la saisie litigieuse d'un journal.

¹⁶⁹² P. WECKEL, *L'évolution de la notion de faute personnelle*, RDP 1990, p.1525, spé. n°12.

¹⁶⁹³ TC, 23 novembre 1878, *De Parcevaux*, R. 937.

¹⁶⁹⁴ TC, 29 novembre 1879, *Boislinard*, R. 766 et TC, 13 décembre 1879, *Bernard de la Fregeollière*, R. 808.

¹⁶⁹⁵ TC, 5 novembre 1880, *Marquigny*, D. 1880, p.57.

¹⁶⁹⁶ TC, 29 novembre 1890, *Boyer*, R. 894.

¹⁶⁹⁷ TC, 26 juin 1897, *Métivier*, R. 499.

¹⁶⁹⁸ TC, 7 juin 1873 *Godart*, R. 109, note D. – Le revirement de jurisprudence interviendra dans l'arrêt TC, 9 décembre 1899, *Deyres c/ Gros*, R. 729.

¹⁶⁹⁹ V. par ex. TC, 25 janvier 1873, *Chemin de fer de Lyon*, R. 40 : la négligence des agents ne pouvait s'apprécier qu'au regard de la réquisition faite pour le transport de poudres.

¹⁷⁰⁰ TC, 4 décembre 1897, *Préfet de la Gironde*, R. 758.

¹⁷⁰¹ A condition qu'une telle qualification n'impliquât pas l'appréciation de l'acte administratif en lui-même. Par ex. : CA Dijon, 21 janvier 1914, D. 1914, p.129, note H. LALOU.

¹⁷⁰² P. WECKEL, *op. cit.*, n°2.

lecteur aura pu se rendre compte, en effet, que la jurisprudence n'envisageait pas la « faute de service » mais l' « acte administratif ». Le rattachement à la catégorie de la faute de service procède d'un raccourci dont la justification repose sur l'identité de contentieux et de fonction jouée par l'acte administratif et la faute de service¹⁷⁰³. Il repose également sur une persistance de la terminologie d'acte administratif alors même que le critère de définition devenait progressivement un critère relatif au rattachement aux fonctions¹⁷⁰⁴. Bref, il se justifie finalement par la coexistence¹⁷⁰⁵ de ce critère avec ceux qui verront l'émergence et la cristallisation de la catégorie « faute de service ».

333. Appréciation du critère. – Outre les incertitudes précédemment évoquées, ce critère s'est vite révélé source d'insatisfactions.

Le premier vice de ce critère résidait dans un traitement très différent des fautes des agents d'autorité et des agents d'exécution. Parce que l'objet principal de la fonction des premiers est l'édition d'actes administratifs, leurs actes fautifs avaient presque systématiquement la figure d'un acte administratif, tandis que les fautes des seconds étaient majoritairement qualifiées de fautes personnelles¹⁷⁰⁶. Dès lors qu'à cette période, la qualification d'acte administratif impliquait non seulement l'irresponsabilité de l'agent mais également l'irresponsabilité de l'Etat¹⁷⁰⁷, la situation n'était admissible ni pour les agents d'exécution ni pour les victimes.

L'autre défaut de ce critère était que la qualification dépendait de la distinction entre abus de pouvoir (qualifié d'acte administratif) et excès de pouvoir (qualifié de faute personnelle)¹⁷⁰⁸. La distinction a été jugée « délicate » par la doctrine¹⁷⁰⁹ et il est vrai que certains abus de pouvoirs conduisaient à la reconnaissance par le juge d'un excès de pouvoir et partant d'une faute personnelle¹⁷¹⁰.

334. Transposition du critère. – *A priori* ce critère peut être rapidement écarté en l'absence d'équivalence possible de l'acte administratif en droit privé. Un auteur a pu cependant interpréter ce critère en des termes connus du droit privé, à savoir la nature de

¹⁷⁰³ V. *infra* n°358 et s.

¹⁷⁰⁴ En ce sens, M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bib. de droit public, t. 171, 1994, p.520. Elle cite pour sa démonstration, l'arrêt *Préfet de la Haute-Garonne* par lequel le Tribunal des Conflits induit la qualification d'acte administratif de la circonstance que le maire, en affichant le tableau rectificatif de la liste électorale, « a agi dans l'exercice de ses fonctions » (TC, 26 juin 1897, R. 498).

¹⁷⁰⁵ L'émergence de nouveaux critères n'est pas corrélative à l'abandon total des anciens. Ainsi que la doctrine administrative l'enseigne : il ne s'agit que de « tendances » (M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.520). Il ne faut donc pas s'émouvoir d'une certaine anarchie quant à la chronologie des arrêts renvoyant tantôt à l'acte administratif, tantôt à la faute de service.

¹⁷⁰⁶ P. WECKEL, *op.cit.*, n°13.

¹⁷⁰⁷ V. *infra* n°359 et s.

¹⁷⁰⁸ A propos de la distinction, E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, 1887 réimpr. LGDJ 1989, p. 594 et s.

¹⁷⁰⁹ P. WECKEL, *op. cit.*, n°12.

¹⁷¹⁰ « Un détournement de pouvoir constitue un abus de pouvoir accompli en dehors des attributions légales du fonctionnaire » (Concl. sous l'arrêt CE, 8 août 1884, *Anaclef, Déchanet et autres*, R. 700).

l'obligation violée. La faute de service correspondrait à la violation d'une obligation professionnelle, tandis que la faute personnelle serait la manifestation de la violation d'une obligation de droit commun¹⁷¹¹. Ce critère a cependant toujours été étranger au contentieux de la responsabilité du commettant, de la personne morale, des préposés et des mandataires dirigeants. En outre, cette distinction aurait progressivement périclité en droit administratif au profit du seul critère tenant à l'intensité du lien fonctionnel¹⁷¹².

b. La consécration de critères transposables

335. Passage du critère formel aux critères substantiels. – D'après un auteur¹⁷¹³, ce passage a été initié très tôt. La faute de service apparaîtrait explicitement pour la première fois dans les conclusions du commissaire du gouvernement CHANTE-GRELLET à propos de l'arrêt *Bouhier*¹⁷¹⁴. Celui-ci incita le Tribunal des conflits non pas à s'interroger sur la nature administrative de l'acte reproché mais à répondre à la question : « le fait donnant lieu à l'action est-il un fait personnel ou un fait de la fonction ? ». A partir de cette nouvelle préoccupation, le parallèle entre le droit administratif et le droit privé s'impose, les deux droits connaissant du fait de fonction¹⁷¹⁵.

Restait à déterminer quel critère pourrait permettre de parvenir à une qualification de ce lien fonctionnel.

336. Critères étrangers au lien fonctionnel. – Bien que l'interrogation portât désormais sur le rattachement du fait à la fonction, il ne fut pas immédiatement proposé d'établir des catégories de liens fonctionnels. Ainsi, fut d'abord présentée par G. JEZE la possibilité de recourir au critère de la faute lourde¹⁷¹⁶ ou critère de gravité permettant de qualifier la faute personnelle¹⁷¹⁷. Puis ce fut le critère de « détachabilité » de la faute personnelle qui fut proposé par L. DUGUIT¹⁷¹⁸. Ce critère fut combattu par une partie de la doctrine¹⁷¹⁹, repris par une autre partie de la doctrine¹⁷²⁰ et rapproché des formules du Tribunal des Conflits¹⁷²¹. Bien que le consensus n'ait toujours pas été atteint à son égard, le critère doit être validé comme étant

¹⁷¹¹ P. WECKEL, *op. cit.*, n°2.

¹⁷¹² P. WECKEL, *op. cit.*, n°21.

¹⁷¹³ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.519.

¹⁷¹⁴ TC, 19 novembre 1881, R. 918.

¹⁷¹⁵ Le droit administratif le désignera expressément par « fait de service » dans l'arrêt *Augé* (TC, 5 juin 1886, R. 503). La « faute de service » apparaîtra postérieurement à l'admission généralisée d'une responsabilité étatique, schématiquement après l'arrêt *Tomaso Greco* (CE, 10 février 1905, D. 1906, p.81). – V. *infra* n°359.

¹⁷¹⁶ G. JEZE, RDP 1909, p.263.

¹⁷¹⁷ Sur les critiques adressées à ce critère, V. P. WECKEL, *op.cit.*, n°16 et s.

¹⁷¹⁸ *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 2005, p.638, p.644, et p.651.

¹⁷¹⁹ Notamment par A. MESTRE et J. APPLETON.

¹⁷²⁰ P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p.92.

¹⁷²¹ Celui-ci vise « la faute personnelle se détachant de l'acte administratif » (TC, 26 juin 1897, *Métivier*, S. 1898, p.49, note M. HAURIOU) ou la « faute personnelle se détachant de l'exercice de la fonction » (TC, 9 décembre 1899, *Deyres*, S. 1900, p.89, note M. HAURIOU).

consacré par la loi¹⁷²². Un tel critère conduira en outre à établir des liens fonctionnels, propres à caractériser la faute de service.

337. Critères propres au lien fonctionnel. – « Aujourd'hui qualifier la faute consiste seulement à déterminer les caractères fonctionnels ou extrafonctionnels du fait dommageable »¹⁷²³. La doctrine a pu relever trois types de liens fonctionnels : un lien circonstanciel, un lien instrumental et un lien téléologique¹⁷²⁴.

Le lien circonstanciel désigne, pour les agents d'exécution, le temps et le lieu où s'exécute normalement son service. Il est apprécié largement puisque l'agent peut ne pas être en train d'exécuter sa mission. Le cadre spatial est, quant à lui, jugé accessoire dès lors qu'il ne sert qu'à déterminer si l'agent avait pris son service. Pour les agents exerçant des fonctions d'autorité administrative, ce lien circonstanciel s'exprime différemment, par référence à une action commise ès qualités.

Le lien instrumental renvoie aux moyens employés pour commettre la faute. Ces moyens doivent avoir été mis à la disposition de l'agent pour l'exercice de sa fonction. Il s'agira de moyens juridiques ou matériels.

Enfin, le lien téléologique correspond aux fins poursuivies par l'agent. En principe, l'agent doit agir dans l'intérêt du service¹⁷²⁵.

Si ces trois liens peuvent être établis entre la faute commise et la fonction, la faute sera présumée être une faute de service.

Ces nouveaux critères opèrent assurément une extension de la catégorie¹⁷²⁶. La considération pour l'excès de fonction devient en effet dérisoire car le lien fonctionnel semble s'attacher à la fonction entendue de manière statique (qualité) et non de manière dynamique (exercice des prérogatives fonctionnelles)¹⁷²⁷. C'est ainsi que la diffamation¹⁷²⁸ ou les propos télévisés tenus

¹⁷²² La loi du 13 juillet 1983, dite loi Le Pors, dispose en son article 11 : « Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire.

Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour **faute de service** et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une **faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire**, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.

La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté.

La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une *faute personnelle*.

La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des menaces ou attaques la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale. Les dispositions du présent article sont applicables aux agents publics non titulaires. »

¹⁷²³ P. WECKEL, *op. cit.*, n°5.

¹⁷²⁴ P. WECKEL, *op. cit.*, n°28 et s.

¹⁷²⁵ Pour des développements plus précis sur ces trois types de liens, V. P. WECKEL, *op. cit.*, n°29 et s.

¹⁷²⁶ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.520.

¹⁷²⁷ A propos de cette distinction, V. *infra* n°278.

par un directeur de la police de l'air et des frontières concernant les opinions religieuses d'un agent¹⁷²⁹ relèvent de la faute de service. Sur ce point à nouveau, le droit administratif et le droit privé se rejoignent puisque ces liens apparemment purement contextuels ont été retenus par la Cour de cassation tant à l'endroit du préposé que du mandataire dirigeant. Seule la prise en compte du lien téléologique apparaît propre au droit administratif.

En revanche, toute mention de la gravité de la faute commise par l'agent est absente de cette interprétation doctrinale du droit positif, cette absence étant corroborée par la possibilité de qualifier l'infraction pénale de faute de service.

338. Faute de service et infraction pénale. – Le premier arrêt ayant admis qu'une infraction pénale puisse être qualifiée de faute de service est l'arrêt *Thépaz* de 1935¹⁷³⁰. Relatif à un accident de circulation, il admettait que des violences involontaires soient considérées comme une faute de service. La Cour de cassation, en dépit de sa position antérieure¹⁷³¹, l'admettra également¹⁷³².

Les applications de l'arrêt *Thépaz* furent nombreuses : concernant les accidents de la circulation¹⁷³³, avant que la loi du 31 décembre 1957 n'intervienne pour décider qu'en la matière, la juridiction judiciaire serait toujours compétente et l'Administration toujours responsable ; mais également dans d'autres circonstances, telles que l'utilisation d'une arme à feu¹⁷³⁴, un accident de travaux publics¹⁷³⁵ ou un accident survenu sur une piste de ski¹⁷³⁶.

Au-delà de ces applications relatives à des infractions d'imprudence¹⁷³⁷, la qualification de faute de service a également été retenue pour des infractions intentionnelles telles que la perturbation d'une vente aux enchères par un maire entendant cependant agir dans l'intérêt de sa commune¹⁷³⁸ ou l'abus d'autorité contre l'administration caractérisée par une inertie dans la mise en œuvre de la radiation de la liste électorale d'un élu condamné à une peine d'interdiction des droits civiques¹⁷³⁹.

Là encore, les solutions retenues par le droit administratif sont grandement similaires à celles du droit privé qui ne fait pas découler de la commission d'une infraction pénale la disparition

¹⁷²⁸ TC, 12 février 2001, *Préfet de la Corse du Sud c/ Albert*, R. 737 – Peut-être également en ce sens, encore que la Cour reproche surtout aux juges du fond de ne pas avoir recherché l'existence d'une faute personnelle détachable du service, Crim. 20 juin 2006, RCA 2006, comm. 346.

¹⁷²⁹ TC, 15 novembre 2004, *Lalti c/ Topin*, R. 519

¹⁷³⁰ TC, 14 janvier 1935, R. 224 ; GAJA n°46 ; S. 1935, p.17, note ALIBERT.

¹⁷³¹ Crim. 28 mars 1930, D. 1930, p.161, note J. APPLETON ; S.1930, p.313, note R. BONNARD.

¹⁷³² Crim. 3 avril 1942, D. 1942, p.137, note M. WALINE – Crim. 22 juillet 1948, B. n°209 – Civ. 1, 21 octobre 1997, B. n°290.

¹⁷³³ TC, 30 juin 1949, *Vernet et Arnoux*, R. 605 et R. 606.

¹⁷³⁴ TC, 9 décembre 1948, *Delle Urban c. Mouche et Etat*, R. 521.

¹⁷³⁵ TC, 6 juillet 1957, *Préfet de Tarn-et-Garonne c. Gineste*, R. 820.

¹⁷³⁶ Crim. 30 septembre 1998, *Antunes*, AJDA 1999, p.259, note PETIT : omission de mettre en place des équipements de sécurité et du balisage d'une piste de ski.

¹⁷³⁷ V. spécifiquement à ce propos, P. GUERDER, *La faute pénale non intentionnelle du fonctionnaire*, Rapport de la Cour de cassation 1998, p.89.

¹⁷³⁸ CE, 8 juin 1966, *Fondation des orphelins apprentis d'Auteuil*, R. 374.

¹⁷³⁹ TC, 13 décembre 2004, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n°C3428.

du lien fonctionnel¹⁷⁴⁰. Par contre, la gravité de l'infraction commise semble ici sans effet sur la qualification fonctionnelle, alors qu'elle opère un détachement relatif de la faute en droit privé. Pourtant, le hiatus peut sans doute être réduit.

339. Appréciation critique. – L'admission des infractions parmi les fautes de service est cohérente compte tenu des liens fonctionnels relevés par la doctrine. Il est d'ailleurs admis par une doctrine, pourtant farouchement hostile à la distinction faute de service-faute personnelle telle qu'elle émane du droit positif, qu'une contravention ne puisse être systématiquement une faute personnelle¹⁷⁴¹.

Certaines solutions sont cependant très mal reçues par la doctrine. Ce fut notamment le cas du désormais célèbre arrêt *Préfet du Tarn*¹⁷⁴² qui qualifie le faux et la complicité de faux¹⁷⁴³ de faute de service. La décision rendue contre les conclusions du commissaire du gouvernement et contraire aux solutions retenues par la chambre criminelle¹⁷⁴⁴, s'appuyait sur la circonstance que l'agent n'avait pas agi pour des raisons personnelles. Elle fut sévèrement critiquée comme étant une application « mécanique »¹⁷⁴⁵, et donc inadmissible pour des infractions « graves » de l'arrêt *Thépaz*. Certains jugent même que cette décision donne le « coup de grâce à la notion moribonde de faute personnelle »¹⁷⁴⁶ et contribue à faire des fonctionnaires des « intouchables »¹⁷⁴⁷.

Sorti de ce débat passionné, l'arrêt peut être critiqué à deux points de vue. D'abord, sa motivation est telle qu'elle semble indiquer un revirement de jurisprudence quant aux critères de la faute personnelle¹⁷⁴⁸. Ensuite, à supposer que ce premier danger soit écarté, elle dénote assurément des solutions traditionnelles en matière de faute personnelle. La critique de cette décision ne peut dès lors se poursuivre qu'en se penchant plus avant sur la catégorie des fautes personnelles, qui pourraient peut-être rétablir la convergence entre les solutions du droit privé et celles du droit administratif.

¹⁷⁴⁰ V. *supra* n°255 et s., 285 et 296.

¹⁷⁴¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire*, Droits 1987, p.97, spé. p.103.

¹⁷⁴² TC, 19 octobre 1998, *Préfet du Tarn*, D. 1999, p.127, note O. GOHIN ; JCP 1999, II, 10225, concl. J. SAINTE-ROSE, note A. DU CHEYRON.

¹⁷⁴³ Il s'agissait de la falsification d'un plan d'occupation des sols par un technicien de la direction départementale de l'équipement du Tarn.

¹⁷⁴⁴ Crim. 14 décembre 1996, B. n°447.

¹⁷⁴⁵ O. GOHIN, sous TC, 19 octobre 1998, D. 1999, p.127, spé. p.128.

¹⁷⁴⁶ O. GOHIN, réf. préc. – M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.* – V. déjà M. WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, RDP 1948, p.5.

¹⁷⁴⁷ G. LIET-VEAUX, *La caste des intouchables ou la théorie du délit de service*, D. 1952, p.133.

¹⁷⁴⁸ V. *infra* n°340 et s.

2. L'évolution des fautes personnelles

340. Sens général de cette évolution. – Si la faute de service a connu une certaine extension à raison de son changement de nature¹⁷⁴⁹, il est communément admis que la catégorie des fautes personnelles est en voie d'extinction¹⁷⁵⁰. Il est tout aussi acquis que celle-ci est « indéfinissable » car « elle ne se laisse pas enfermer dans une définition synthétique et univoque »¹⁷⁵¹.

Le constat d'une disparition n'est cependant pas partagé car celui-ci n'est éventuellement vérifiable qu'à propos des fautes purement personnelles, telles qu'elles étaient initialement conçues. Le phénomène observable est plutôt celui d'une diversification de cette catégorie, ce qu'attestent les efforts de la doctrine pour classer ces fautes personnelles. Par exemple, J.-P. BENOIT propose de classer les fautes personnelles en quatre catégories : la vie privée de l'agent, la faute commise avec une intention mauvaise ou malveillance ou brutalité, la poursuite des intérêts pécuniaires personnels de l'agent et la faute lourde absolument inexcusable et inadmissible¹⁷⁵². Cette présentation renvoie à une approche analytique telle qu'elle fut développée par M. HAURIOU et H. DUPEYROUX et qui correspond à l'énumération des solutions du droit positif. Au contraire L. DUGUIT avait une approche plus synthétique autour d'un concept, celui de la détachabilité¹⁷⁵³. A partir de ce critère plus adéquat à l'analyse comparatiste menée, il est possible de dégager une autre typologie fondée, en principe, sur la distension du lien fonctionnel.

L'ordre de présentation des fautes personnelles sera ainsi dicté par le souci de rendre compte de cette distension progressive. C'est pourquoi, seront successivement abordées les fautes personnelles détachables du service (**a.**), la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service (**b.**) et enfin la faute purement personnelle (**c.**)¹⁷⁵⁴.

a. Les fautes personnelles détachables du service

341. Pluralité de fautes « détachables ». – Cette catégorie de faute personnelle est de celle qui reste la plus étroitement liée aux fonctions. En effet, il est dit que bien qu'elle soit commise dans le service, elle s'en détache¹⁷⁵⁵. C'est à l'endroit de cette catégorie de faute que la référence à l'exercice des fonctions est la plus forte en doctrine, à tel point qu'un auteur

¹⁷⁴⁹ V. *supra* n°331 et 335.

¹⁷⁵⁰ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*

¹⁷⁵¹ Ce qui, pour les auteurs, conduit au même constat d'un anéantissement progressif : J.-P. MAUBLANC, L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *La faute personnelle de l'agent public : une notion juridique indéfinissable ?* in *Etudes à la mémoire de C. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.631, spé. p.633.

¹⁷⁵² J.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n°1321.

¹⁷⁵³ Pour l'exposé de ces approches, V. D. RASY, *op.cit.*, n°3 et s.

¹⁷⁵⁴ Cette classification est empruntée à celle de R. CHAPUS (*Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat, 15^{ème} éd., 2001, n°1525 et s.

¹⁷⁵⁵ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. Thémis droit, 15^e éd., 2010, p.821.

s'est prononcé en faveur d'un changement global de terminologie, substituant « les expressions faute personnelle et faute de service » par celles de « faute détachable ou non détachable de l'exercice des fonctions »¹⁷⁵⁶.

La détachabilité de cette faute objectivement fonctionnelle fait toutefois appel à deux ressorts différents : la détachabilité peut n'être qu'intellectuelle (α .) ou elle peut être d'ordre psychologique (β .).

α . La faute personnelle intellectuellement détachable du service

342. Cas de figure envisagé. – La détachabilité intellectuelle doit ici être entendue de la même manière que lorsqu'il était question de présenter la faute de fonction dans le contentieux privé¹⁷⁵⁷. La faute paraît avoir été commise dans l'exercice même des fonctions. Elle doit cependant en être intellectuellement (et donc artificiellement parfois) détachée en raison de sa gravité. La problématique se déplace alors vers le degré de gravité nécessaire pour opérer le détachement de la faute. Sur ce point, les pistes de la jurisprudence sont multiples et donc *a priori* peu propices à être transposées.

343. Degré de gravité nécessaire. La faute intentionnelle. – Dans certaines décisions, il est question de « faute d'une exceptionnelle gravité », qu'il s'agisse d'actes de déportation pendant la Seconde guerre mondiale¹⁷⁵⁸ ou de violences policières¹⁷⁵⁹. D'autres décisions caractérisent la « faute d'une extrême gravité », tel l'arrêt du Conseil d'Etat ayant statué sur l'« action récursoire »¹⁷⁶⁰ de l'Administration contre le militaire ayant blessé mortellement un soldat lors d'un exercice que le premier avait institué, et consistant à tirer à balles réelles sur ses soldats pour tester la rapidité de leurs réflexes¹⁷⁶¹.

Outre qu'elles présentent incontestablement un caractère intentionnel, ces fautes renvoient à des fautes de gravité différentes, selon la classification tripartite des infractions : la première et la dernière relèvent de la qualification criminelle¹⁷⁶², tandis que la seconde n'est que délictuelle. Le caractère intentionnel ou délibéré de la faute, associé à sa nature pénale, semblent donc prépondérants, ce que confirme la jurisprudence identifiant la faute personnelle dans l'ordre illégal donné par un préfet à un receveur des PTT de rétention de plis postaux¹⁷⁶³,

¹⁷⁵⁶ M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Sirey, 9^{ème} éd., 1963, p.793 (édition de l'apparition de la terminologie).

¹⁷⁵⁷ V. *supra* n°252.

¹⁷⁵⁸ CE, 12 avril 2002, *Papon*, R. 139, concl. BOISSARD ; AJDA 2002 p.423, obs. M. GUYOMAR, P. COLLIN.

¹⁷⁵⁹ Crim. 14 juin 2005, AJDA 2006, p.1058, note C. DEFFIGIER.

¹⁷⁶⁰ V. *supra* n°3 sur la spécificité du mécanisme en droit administratif.

¹⁷⁶¹ Arrêt *Moine*, CE, 17 décembre 1999, JCP 2001, II, 10508, note R. PLASTRA.

¹⁷⁶² Crime contre l'humanité (article 212-11 du Code pénal) et violences volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner (article 222-7 du Code pénal).

¹⁷⁶³ Arrêt *Randon*, Crim. 22 mai 1959, JCP 1959, II, 11162.

des propos injurieux ou des violences légères¹⁷⁶⁴, voire dans le transport d'un blessé par un pompier en état d'ébriété ayant causé un accident de la circulation¹⁷⁶⁵.

Certaines décisions s'orientent en ce sens lorsqu'elles motivent la qualification de la faute personnelle par un « manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ». Cette formule¹⁷⁶⁶ est fréquemment employée par les juridictions judiciaires à propos de violences policières¹⁷⁶⁷ ou de mise en cause d'un médecin¹⁷⁶⁸. Cette dernière hypothèse est celle de l'arrêt *Valette*, connu pour avoir retenu la faute personnelle d'un médecin pour une infraction d'imprudence. Pourtant, il était bien question d'une infraction intentionnelle puisque le médecin avait été condamné pour non-assistance à personne en péril¹⁷⁶⁹, qui est une infraction intentionnelle¹⁷⁷⁰.

344. Degré de gravité nécessaire. Solutions divergentes. – D'autres décisions sont, en revanche, en totale contradiction avec ce critère : ainsi en est-il de l'arrêt *Fondation des orphelins apprentis d'Auteuil* de 1966¹⁷⁷¹ ou plus récemment de l'arrêt *Préfet du Tarn* de 1998¹⁷⁷². Dans un premier temps, la motivation de ce dernier arrêt a paru condamner la détachabilité de la faute à raison de sa gravité¹⁷⁷³. Cette interprétation¹⁷⁷⁴ n'était cependant pas la bonne puisque de nombreuses décisions ont retenu la faute personnelle sur le fondement d'un comportement grave postérieurement à cet arrêt. Dans un second temps, il est permis de s'étonner que l'infraction pénale intentionnelle ne soit pas jugée suffisamment grave pour constituer une faute personnelle. La solution semble rejoindre la position de la troisième chambre civile qui n'avait pas retenu la faute détachable du dirigeant ayant commis une infraction pénale intentionnelle¹⁷⁷⁵. Les faits ne sont pourtant pas analogues : le comportement du dirigeant avait été « simplement » abstentionniste et sans doute pas aussi délibéré que la nature de l'infraction pouvait le laisser paraître¹⁷⁷⁶. Le comportement du technicien était

¹⁷⁶⁴ TC, 26 octobre 1981, *Préfet des Bouches du Rhône*, R. 657 – TC, 14 janvier 1980, R. 504 – TC, 21 décembre 1987, *Kessler*, R. 364.

¹⁷⁶⁵ CE, 9 octobre 1974, *Commune de Lusignan*, R. 477.

¹⁷⁶⁶ Une commentatrice (C. DEFFIGIER, note sous Crim. 14 juin 2005, AJDA 2006, p.1058) juge cette référence à la déontologie maladroite car elle semble impliquer que son appréciation doit se faire au regard de la normalité de la fonction c'est-à-dire du service. Or, cette appréciation sur le fonctionnement du service est interdite au juge judiciaire (V. *supra* n°329). La seule référence à l'extrême gravité de la faute aurait sans doute suffi.

¹⁷⁶⁷ Crim. 16 novembre 2004, B. n°289 – Crim. 14 juin 2005, réf. préc. – Une autre solution avait retenu la faute personnelle pour des violences policières dont la brutalité était sans rapport avec les nécessités de l'exercice des fonctions (Crim. 10 février 2009, AJDA 2009, p.847 ; RSC 2009, p.373, note Y. MAYAUD).

¹⁷⁶⁸ CE, 28 décembre 2001, *Valette*, AJDA 2002, p.359, concl. SCHWARTZ.

¹⁷⁶⁹ Article 223-6 du Code pénal.

¹⁷⁷⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2007, n°149 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011, n°457.

¹⁷⁷¹ CE 8 juin 1966, R. 374 : exercice tardif du droit de péremption d'une commune par son maire.

¹⁷⁷² TC, 19 octobre 1998, réf. préc.

¹⁷⁷³ Le Tribunal des conflits décide en effet que l'agent n'étant « animé par aucun intérêt personnel », sa faute « quelle que soit sa gravité, [...] ne saurait être regardée comme une faute personnelle ».

¹⁷⁷⁴ Notamment, O. GOHIN, sous TC, 19 octobre 1998, D. 1999, p.127.

¹⁷⁷⁵ Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p.231, obs. A. LIENHARD.

¹⁷⁷⁶ V. *supra* n°260.

vraisemblablement plus grave. Cependant, les motivations profondes du Tribunal des conflits étaient peut-être toutes autres.

Une comparaison avec un arrêt du Conseil d'Etat beaucoup plus récent pourrait peut-être mieux expliquer sa démarche : la faute de service a été retenue pour une infraction pénale intentionnelle commise par un agent mais sur l'initiative de son supérieur hiérarchique¹⁷⁷⁷. Or, il semble que le technicien de la direction départementale ait également agi sur ordre du maire. Cette subordination effective explique peut-être la solution retenue par le Tribunal des conflits. Elle ne peut cependant la justifier, le devoir d'obéissance connaissant ses limites ainsi que l'indique l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 en disposant que « tout fonctionnaire [...] doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique sauf dans le cas où l'ordre est manifestement illégal ou de nature à compromettre gravement un intérêt public »¹⁷⁷⁸. La solution du droit privé semble de ce point de vue beaucoup plus cohérente, qui retient la responsabilité du préposé en dépit du caractère fonctionnel de son infraction intentionnelle¹⁷⁷⁹. Finalement, cet arrêt procède certainement d'une sorte d'égarement du Tribunal des conflits. La faute délibérée ou intentionnelle devrait assurément opérer le détachement de la faute¹⁷⁸⁰, sauf à admettre que cette catégorie de faute n'est pas « injustifiée au regard des pratiques administratives normales »¹⁷⁸¹. Dès lors il est possible de retenir une convergence entre les solutions du droit administratif et les solutions du droit privé.

345. Convergence entre droit administratif et droit privé. – La première cause de convergence relève de la qualification retenue pour la faute d'une certaine gravité : elle est commise pendant les fonctions mais elle s'en détache intellectuellement. A cet égard, le droit administratif est plus constant dans sa terminologie de faute personnelle¹⁷⁸², mais sa formule est tout aussi déceptive que la notion de faute détachable du droit privé puisqu'elle pourrait laisser croire à la disparition du lien fonctionnel – ce qui n'est pas le cas¹⁷⁸³.

La seconde zone de convergence tient au degré de gravité de la faute, tout aussi incertain dans les deux matières, à en juger par les solutions émanant du droit positif. La tendance s'oriente cependant nettement vers la faute pénale intentionnelle.

¹⁷⁷⁷ CE, 10 mars 2010, *Mme Lejeune c/ Commune de Coudekerque-Branche*, n°321125.

¹⁷⁷⁸ Le commissaire du gouvernement avait d'ailleurs abordé ce point, affirmant que la circonstance que le technicien « se trouvait placé sous la tutelle administrative du maire est sans effet sur la qualification de la faute au regard du droit pénal mais aussi du droit administratif » (JCP 1999, II, 10225, p.2301).

¹⁷⁷⁹ L'arrêt Cousin est précisément rendu dans une situation analogue de faux.

¹⁷⁸⁰ V. cependant, la qualification de faute de service envisageable pour la diffamation, (TC, 12 février 2001, *Préfet de la Corse du Sud c/ Albert*, R. 737), l'abus d'autorité (réf. préc.) ou le détachement irrégulier (réf. préc.).

¹⁷⁸¹ Le Tribunal des conflits emploie parfois cette formule pour justifier de la qualification de faute personnelle détachable du service : TC, 21 décembre 1987, *Kessler*, R. 456 ; AJDA 1988, p.364 (coups portés par un agent des postes et télécommunications à un usager lors d'une altercation déclenchée par l'usager pendant que l'agent distribuait le courrier).

La même formule est employée lorsque la faute personnelle découle d'un détachement psychologique (TC, 26 octobre 1981, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, R. 657, V. *infra* n°346).

¹⁷⁸² La Cour de cassation connaît également de cette terminologie, V. *supra* n°205.

¹⁷⁸³ V. *infra* n°367.

Cette convergence sera-t-elle également observable à propos des fautes psychologiquement « détachables » du service ?

β. La faute personnelle psychologiquement détachable du service

346. Cas de figure envisagé. – Il arrive que la faute de l'agent commise pendant l'exercice de ses fonctions s'en détache parce que l'agent était animé par « des préoccupations d'ordre privé »¹⁷⁸⁴. Il y a ainsi faute personnelle lorsque l'agent poursuivra son propre intérêt pécuniaire¹⁷⁸⁵, mais également lorsqu'il obéira à ses sentiments de malveillance¹⁷⁸⁶.

Le détournement s'entend en la matière d'une manière bien précise : il y a détournement lorsque les pouvoirs conférés sont détournés dans son intérêt personnel¹⁷⁸⁷. Ainsi, si ce dernier s'émancipe des finalités de ses attributions pour néanmoins poursuivre l'intérêt public, il reste dans le giron de la faute de service¹⁷⁸⁸.

347. Appréciation et analyse comparatiste. – Il y a là indiscutablement une distension du lien fonctionnel dès lors qu'il n'est pas respecté dans son aspect téléologique¹⁷⁸⁹. Une telle distension opère alors un changement de qualification de la faute de l'agent, laquelle passe de faute de service à faute personnelle. Cependant, le lien fonctionnel n'est pas rompu, la faute restant commise dans les fonctions (ce qui est souvent relevé par les juridictions administratives). L'attitude du juge judiciaire à propos des fautes du préposé et du dirigeant est plus ambiguë : le détournement du préposé a d'abord été considéré comme une faute purement personnelle avant d'être réintégrée dans la catégorie de « faute de fonction ». Il est aujourd'hui possible qu'elle constitue un « excès de mission ». En ce qui concerne le dirigeant social, la situation est beaucoup plus incertaine encore¹⁷⁹⁰. A supposer que le droit administratif soit justifié¹⁷⁹¹, il devrait donc inciter le juge judiciaire à retenir les détournements des préposé et mandataire dirigeant parmi les fautes détachables des fonctions.

¹⁷⁸⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°1526-1.

¹⁷⁸⁵ CE, 21 avril 1937, *Delle Quesnel*, R. 423 : détournement de fonds à son profit par une receveuse des postes.

¹⁷⁸⁶ Le Tribunal des conflits parle parfois d'« animosité personnelle » (TC, 12 juin 1961, *Picot c/ Lachèze*, R. 1170 : propos diffamatoires d'un directeur d'hôpital à l'égard d'un médecin) – TC, 26 octobre 1981, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, R. 657 (injures adressées par un fonctionnaire à un autre pendant une réunion) – CE 26 janvier 2007, *Molinier*, R. 912 (diffusion de courriers par un professeur contenant des termes injustifiés à propos du proviseur et de la proviseure-adjointe du lycée).

Certains auteurs évoquent l'intention de nuire (S. GUERARD, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, Paris II, 1997, p.281 et s.), laquelle se distingue peut-être de l'acte délibéré et qui serait plutôt à classer parmi les critères de détachabilité intellectuelle (V. *supra* n°342).

¹⁷⁸⁷ S. GUERARD, *op. cit.*, *loc.cit.*

¹⁷⁸⁸ CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, R. 641 : acte pris en détournement du pouvoir de police mais dans l'intérêt financier de la commune ; S. GUERARD, *op. cit.*, p.273.

¹⁷⁸⁹ V. *supra* n°337.

¹⁷⁹⁰ V. *supra* n°241.

¹⁷⁹¹ V. *infra* n°356 et s.

Droit administratif et droit privé peuvent-ils également s'entendre à propos de l'existence d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ?

b. Les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service

348. Réunion possible des deux catégories proposées en doctrine. – Selon R. CHAPUS, le juge administratif a découvert deux « variétés » de ces fautes : celle qui est commise « à l'occasion du service » et celle qui est commise en dehors du service mais avec les moyens de celui-ci. Il semble cependant que la faute commise « à l'occasion du service » doive être distinguée de celle qui est commise *dans* le service, c'est-à-dire lors de *l'exercice des fonctions*. De ce point de vue, la première variété rejoint la seconde en ce que toutes deux sont survenues en dehors de l'exercice du service.

349. Exemples jurisprudentiels. – Il a ainsi été jugé que le gardien de la paix, chargé de veiller au maintien de l'ordre public à l'occasion d'une fête et abandonnant son poste pour s'enivrer dans un café, commet une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service en blessant un client tentant de le désarmer parce qu'il en menaçait un autre avec qui il se querellait¹⁷⁹².

Il en est de même du pompier, chargé d'aller chercher un objet oublié sur les lieux d'un sinistre, et qui s'écarte, pour des raisons personnelles, de son itinéraire et provoque un incendie (!) en jetant imprudemment une cigarette allumée dans une grange¹⁷⁹³.

Enfin, l'agent qui use du véhicule de service dans son intérêt personnel et le détourne, pour ce faire, de sa destination normale¹⁷⁹⁴, commet une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service.

En dépit de la référence constante à la poursuite d'un intérêt personnel, ces fautes doivent être distinguées des fautes psychologiquement détachables du service, ces dernières sont en effet commises pendant l'exercice du service tandis que les premières se détachent matériellement des fonctions. Ainsi, dans les trois cas de figure précités, l'agent s'est volontairement écarté du lieu où il devait exercer sa fonction. Il y a donc distension du lien fonctionnel dans son aspect

¹⁷⁹² CE, 1^{er} octobre 1954, *Bernard*, R. 505, concl. P. LAURENT.

¹⁷⁹³ CE, 27 février 1981, *Commune de Chonville-Malaumont*, R. 116.

¹⁷⁹⁴ CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur*, R. 492 ; D. 1950, p.667, note J.G. ; JCP A 1950, n°5286, concl. F. GAZIER ; RDP 1950, p.183, note M. WALINE – CE 6 août 2008, *Mazière*, JCP A 2008, n°52, note J. MOREAU : accident de la circulation survenu avec un véhicule de fonction destiné au transport du courrier, tandis que le conducteur avait changé d'itinéraire pour satisfaire son passager. Cet arrêt ne précise pas la catégorie à laquelle cette faute personnelle appartient. La décision statuant sur l'« action récursoire » (*V. supra* n°3 sur la spécificité du mécanisme en droit administratif) de l'Administration ayant indemnisé la victime, il ne s'agissait pas d'une faute purement personnelle. Le Conseil d'Etat ayant jugé que la faute avait été commise « en dehors de l'exercice de sa mission », il s'agirait plutôt d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service.

circonstanciel spatial¹⁷⁹⁵. La faute ayant cependant été commise pendant les heures de service, le lien circonstanciel temporel a persisté, impliquant que la faute ne soit pas dépourvue de tout lien avec le service.

D'autres décisions s'attachent à la persistance d'un lien instrumental puisque sont considérées comme des fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service les accidents causés par des agents de police avec leur arme de service qu'ils devaient conserver à leur domicile¹⁷⁹⁶.

350. Appréciation. – Cette catégorie de faute n'emporte pas toujours l'adhésion de la doctrine qui comprend mal comment une faute pourrait être détachable du service (puisque personnelle) mais néanmoins non dépourvue de tout lien avec ce même service¹⁷⁹⁷. La critique peut, en outre, se faire plus acerbe encore lorsque les faits semblent difficilement justifier la qualification. L'impasse ne peut être faite, de ce point de vue, sur l'arrêt *Raszewski*¹⁷⁹⁸. Un gendarme avait assassiné une jeune fille avec son arme personnelle et en dehors de ses heures de service. Un lien avec le service avait cependant été retenu en ce que sa fonction lui aurait permis d'échapper aux poursuites policières. Il est difficile de percevoir le lien entre la faute personnelle et le service : la première correspond en effet à l'assassinat d'une jeune fille tandis que le lien fonctionnel a été établi avec la non-arrestation du gendarme. Il faut alors se rappeler que ce gendarme avait commis d'autres crimes avant l'assassinat de la jeune fille ; une arrestation plus précoce aurait ainsi permis à la jeune fille d'échapper à son funeste destin. Le caractère extrêmement ténu de ce lien n'emporte pas toujours la conviction de la doctrine¹⁷⁹⁹. Elle semble, de surcroît, en contradiction avec des solutions plus prudentes n'ayant pas retenu de lien avec le service : par exemple, dans le cas d'un meurtre commis par un agent avec l'arme du service mais « sur des mobiles de vengeance »¹⁸⁰⁰. Le lien instrumental, envisageable, n'avait, à juste titre, pas suffi à rattacher la faute au service¹⁸⁰¹.

351. Comparaison avec les solutions de droit privé. – En droit privé également, un lien circonstanciel suffit parfois à retenir la faute de fonction. Il est alors question des fautes commises à l'occasion des fonctions à l'égard du préposé. Il est notamment arrivé à la Cour de cassation de ne retenir qu'un lien instrumental entre la faute du préposé et sa fonction, tandis que le commettant n'avait pu démontrer qu'il n'avait pas autorisé son préposé à utiliser à des fins personnelles le véhicule de fonction que ce dernier conservait chez lui¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁵ V. *supra* n°337.

¹⁷⁹⁶ CE, 26 octobre 1973, *Sadoudi*, R. 603 ; D. 1974, p.155, note J.-M. AUBY ; RDP 1974, p.554, note M. WALINE et p.936, concl. BERNARD – CE, 23 décembre 1987, *Epoux Bachelier*, R. 431 ; RDP 1988, p.915.

¹⁷⁹⁷ De nombreux auteurs s'interrogent sur le sens d'une telle double négation : V. par exemple, B. PACTEAU, note sous arrêt *Raszewski*, CE, 18 novembre 1988, JCP 1989, II, 21211.

¹⁷⁹⁸ CE, 18 novembre 1988, *Epoux Raszewski*, R. 416 ; JCP 1989, II, 21211, note B. PACTEAU.

¹⁷⁹⁹ B. PACTEAU, note sous l'arrêt *Epoux Raszewski*, réf. préc.

¹⁸⁰⁰ CE, 12 mars 1975, *Pothier*, R. 190.

¹⁸⁰¹ Cela s'expliquait peut-être par le fait que l'agent n'avait pas l'obligation de conserver son arme à domicile. – *Contra*, arrêts *Sadoudi* et *Epoux Bachelier*, réf. préc.

¹⁸⁰² Crim. 13 mai 1980, B. n°144.

Au-delà du renouvellement du constat d'une convergence entre les solutions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif, l'existence de cette catégorie de faute appelle une remarque. Tandis que le juge judiciaire semble amalgamer, tant fonctionnellement que conceptuellement, toutes les fautes conservant un lien même ténu avec les fonctions du préposé ou du dirigeant, le juge administratif prend soin de les distinguer en fonction de l'intensité du lien fonctionnel. Cela ne rend cependant pas sa jurisprudence exempte de tout défaut, dès lors que la différence entre les fautes personnelles détachables ou non dépourvues de tout lien avec le service et les fautes purement personnelles est parfois peu sensible.

c. Les fautes purement personnelles

352. Définition. – Il y a là une coïncidence assez convaincante entre les solutions du droit privé et celles du droit administratif. En effet, en principe, les fautes purement personnelles désignent des fautes commises par un fonctionnaire mais en dehors de tout lien avec le service. Sa faute est généralement commise dans un cadre privé. Ainsi, sont des fautes purement personnelles le refus de déférer à une ordonnance d'expulsion de l'appartement dont l'agent public est locataire¹⁸⁰³ ou l'accident causé par un militaire en permission qui utilise son véhicule personnel¹⁸⁰⁴ ou encore l'accident provoqué par le maniement d'une arme que l'agent s'était procuré auprès d'un tiers, en dehors de toute instruction de sa hiérarchie¹⁸⁰⁵. Sa faute peut également être intervenue lors d'une activité non privée mais étrangère au service public : par exemple, une faute d'un fonctionnaire dans la gestion du groupement privé dont il est membre¹⁸⁰⁶.

Certains liens instrumentaux ou téléologiques sont parfois argués, sans succès. Sont purement personnels l'acte de pyromanie d'un pompier volontaire, même s'il avait utilisé les techniques acquises dans le service¹⁸⁰⁷, ou l'accident de la circulation avec la voiture personnelle de l'agent lors d'un accident de trajet-aller¹⁸⁰⁸.

353. Qualification atypique. – Certaines décisions s'écartent des solutions majoritairement retenues par la jurisprudence administrative. Ainsi en est-il de la décision qui considère que le harcèlement moral exercé par un supérieur hiérarchique sur son subordonné dans le cadre de ses fonctions est une « faute personnelle dépourvue de tout lien avec le

¹⁸⁰³ TC, 30 juin 1949, *Lambotin*, R. 606.

¹⁸⁰⁴ CE, 13 juillet 1961, *Gourillon*, R. 479.

¹⁸⁰⁵ TC, 6 juillet 2009, *Gény c/ Blaise*, C n°3709 : le militaire, envoyé en Côte-d'Ivoire, invoquait la poursuite des objectifs généraux de l'intervention militaire française puisque l'accident était survenu alors qu'il enseignait à sa future victime le fonctionnement de cette arme en vue de sa défense. L'argument ne convaincra pas.

¹⁸⁰⁶ TC, 28 mars 1955, *Confédération générale des PME*, R. 616 ; JCP 1955, II, 8971 note J. RIVERO.

¹⁸⁰⁷ CE, 13 mai 1991, *Soc. d'assurances Les Mutuelles unies c/ Ville d'Echirolles*, RDP 1991, p.162, obs. Y. GAUDEMET ; LPA 1992, 64, 15 note B. PACTEAU.

¹⁸⁰⁸ CE, 27 février 1969, *Ministre des Armées c/ Périco*, R. 126.

service »¹⁸⁰⁹. Une telle faute est en raison de sa gravité, incontestablement personnelle. N'est-elle pas cependant une faute détachable des fonctions plutôt qu'une faute purement personnelle ?

La commissaire du gouvernement avait, dans cette affaire, évoqué la possibilité de retenir la qualification de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service mais elle avait donné sa préférence à la qualification de faute personnelle « pure » pour une raison conjoncturelle. N'étant saisi que de la responsabilité de l'établissement hospitalier, le tribunal ne pouvait effectuer lui-même le partage de responsabilité entre l'agent et l'Administration et devait compter sur la diligence de l'Administration pour exercer une « action récursoire » contre son agent. A l'évidence, la commissaire du gouvernement doutait de l'effectivité de cette action¹⁸¹⁰. L'argument, purement opportuniste, peut ne pas convaincre d'un point de vue logique.

354. Conclusion sur les fautes personnelles. – Certains auteurs sont très critiques à l'égard de la notion de faute personnelle. Elle serait une faute « ligotée »¹⁸¹¹, aspirée dans une « spirale d'amenuisement »¹⁸¹². Elle serait également une faute inique car majoritairement une « faute de subalterne »¹⁸¹³. Le commissaire du gouvernement KAHN affirmait ainsi : « A la base, la fonction est intégralement définie et l'agent s'en détache au moindre écart ; mais à mesure qu'on s'élève dans la hiérarchie, la distinction s'efface objectivement entre la faute personnelle et la faute de service. Au sommet de la hiérarchie, il n'y a plus de distinction possible entre l'agent et la fonction. »¹⁸¹⁴. La critique n'est guère fondée en droit car la faute personnelle de certains préfets¹⁸¹⁵ a parfois été retenue. Le problème est plutôt celui de la volonté de la rechercher à l'endroit des hauts fonctionnaires¹⁸¹⁶.

Après avoir dressé le portrait, certes non exhaustif, de cette faute, l'impression est plutôt celle d'une diversification de la catégorie, au détriment, il est vrai de la sous-catégorie de la faute purement personnelle. L'attitude de la jurisprudence n'est pourtant généralement pas dénuée de bon sens qui tend à suivre les préconisations de certains auteurs se prononçant pour que le simple lien temporel ou instrumental soit pris en compte¹⁸¹⁷.

¹⁸⁰⁹ TA Versailles, 15 octobre 2004, *Balenguer*, CTI 2005, comm. 111 ; AJFP 2/2005, p.99, concl. P. LEGLISE.

¹⁸¹⁰ P. LEGLISE, réf. préc., p.102.

¹⁸¹¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, p.102.

¹⁸¹² *Ibidem*.

¹⁸¹³ ; J.-M. BECET, *L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'Administration* in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur M. STASSINOPOULOS*, LGDJ, 1974, p.165, spé. p.176 ; F.- P. BENOIT, *op. cit.*, n°1339 ; J.-C. MAESTRE, *La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ?* in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel WALINE*, LGDJ, 1974, p.575, spé. p.583.

¹⁸¹⁴ Conclusions sous l'arrêt *Jeannier*, CE 22 mars 1957, R. 196, concl. J. KAHN ; JCP 1957, II, 10303 bis, note P. LOUIS-LUCAS ; D. 1957, p.748, concl. J. KAHN, note P. WEIL.

¹⁸¹⁵ Ex. TC, 14 décembre 1925, *Navarro*, R. 1007 – Egalement l'arrêt *Papon* (réf. préc.) bien que celui-ci n'ait plus été en exercice au moment de sa mise en cause.

¹⁸¹⁶ En ce sens, J.-C. MAESTRE, *op. cit.*, p.584.

¹⁸¹⁷ J.-C. MAESTRE, *op. cit.*, p.589. Il juge en effet qu'il ne peut être déterminé avec rigueur le point de distension fonctionnelle opérant sa rupture.

355. Conclusion de l'analyse comparatiste des définitions techniques. – Le contentieux administratif n'échappe pas à toute critique quant à la qualification des fautes des agents publics. A de nombreuses reprises, ses choix ont été interrogés et critiqués. Sans doute est-ce là un vice inhérent au travail de qualification des faits.

En revanche, les qualifications juridiques, c'est-à-dire les catégories de fautes découvertes, sont assez intéressantes. Elles préviennent *a priori* l'amalgame de fautes de nature très différente, amalgame peu propice à l'effort de conceptualisation mais largement pratiqué en droit privé. Le critère de détachement relatif tenant à la gravité de la faute est de surcroît présent en droit administratif, ce qui consolide les solutions du droit privé à ce propos. A ce stade, il est en donc déjà possible de supposer que la classification binaire faute de service-faute personnelle, qui constituait un obstacle à la convergence des critères retenus en droit administratif et en droit privé, est trompeuse, certaines fautes personnelles conservant des liens fonctionnels. La recherche des fondements ontologiques des solutions administratives permettra d'éclairer parfaitement la question, en même temps qu'elle proposera une justification des critères employés, dont le caractère conceptuellement logique peut être espéré.

B. L'existence de fondements ontologiques

356. La confirmation de la dualité de la faute de fonction. – L'étude des définitions techniques a mis en relief une certaine convergence entre les critères de détachement employés par le droit administratif et ceux du droit privé. Les critères de rattachement semblent également converger entre les deux matières.

Cependant, les deux matières sont traversées de solutions parfois erratiques auxquelles il convient de mettre fin. L'affirmation des critères techniques précédemment élaborés n'y suffira sans doute pas, si ces derniers ne sont pas rattachés à des bases logiques solides. Or, il semble qu'en droit administratif, ces bases existent sous une forme ontologique.

Ces bases ontologiques ont, en outre, pour avantage de dépasser les apparentes disparités terminologiques des deux matières, en permettant de confirmer une architecture globale identique qui avait été pressentie. Elles justifient ainsi l'existence de deux types de fautes de fonction : les fautes de service qui sont assimilées de manière atypique aux fautes de l'Administration (1.) et les fautes fonctionnelles des agents publics (2.).

1. La faute de l'Administration

357. Définition technique correspondante. – Est dite « faute de l'Administration », la faute de service précédemment définie¹⁸¹⁸. Cette définition ontologique n'aurait cependant pas pu être acquise dès l'arrêt *Pelletier*, compte tenu de l'évolution de cette catégorie. Cette dernière a en effet connu une mutation très importante, laquelle a été retracée sous son angle technique. Cependant, cet aspect purement technique dissimule une révolution de fond. D'abord la faute de service devient un véritable instrument juridique, la détermination de la juridiction compétente reposant jusqu'alors essentiellement sur la faute personnelle. Ensuite, la faute de service est amenée à jouer un double rôle : instrument de répartition du contentieux et instrument de répartition de la responsabilité. Cette dernière évolution renforce le profond changement de nature de la faute de service : schématiquement, la catégorie de la faute de service est ainsi passée de l'acte administratif (a.) au risque de l'entreprise administrative (b.).

a. Un acte administratif

358. Instrument de répartition du contentieux. – Initialement, la distinction entre « faute de service » et faute personnelle n'avait pour objet que la répartition des actions en responsabilité entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. La distinction était ainsi garante du respect du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire¹⁸¹⁹.

Les auteurs sont unanimes à ce propos : il s'agissait de préserver l'administration des critiques du juge civil¹⁸²⁰ ; ou plus exactement d'empêcher ce dernier d'apprécier la régularité d'actes

¹⁸¹⁸ V. *supra* n°330.

¹⁸¹⁹ Article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et loi du 16 fructidor an III. – En ce sens, A. CASTAGNE, *contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration en cas de cumul de responsabilités*, RDP 1958, p. 676, spé. p.713.

Certains auteurs notent qu'à cet égard l'arrêt *Pelletier* est même beaucoup plus ambitieux que la garantie personnelle des fonctionnaires, pourtant abrogée en 1870.

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII subordonnait la compétence judiciaire pour les actions en responsabilité engagées contre les fonctionnaires à l'avis conforme préalable du Conseil d'Etat, lequel s'assurait que le juge judiciaire n'aurait pas à se prononcer sur la régularité d'un acte administratif ou la conformité d'un fait d'exécution à un tel acte. Le décret législatif du 19 septembre 1870 abrogea cette disposition, laissant supposer que l'action en responsabilité exercée contre les agents publics le serait librement et devant le juge judiciaire. L'arrêt *Pelletier* démentit cette supposition. Il allait même amoindrir davantage la compétence du juge judiciaire. En effet, si auparavant, celui-ci devait faire usage d'une question préjudicielle pour statuer sur la régularité d'un acte administratif, il lui revenait la charge d'apprécier les conséquences dommageables de la faute personnelle non détachable de l'acte administratif. L'arrêt *Pelletier* allait lui retirer cette prérogative pour la confier au seul juge administratif (P. WECKEL, *op.cit.*, n°9 et 10). Peut-être s'agissait-il d'assurer le respect de la spécificité de la responsabilité administrative affirmée par l'arrêt *Blanco* (TC, 8 février 1873, R. 61, concl. R. DAVID).

¹⁸²⁰ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.713. – Certains auteurs, particulièrement hostiles à la construction opérée, notent que ce risque était en réalité inexistant puisque le juge judiciaire se serait contenté de mettre en application la responsabilité de l'Administration en sa qualité de commettant, laquelle l'expose à une obligation de réparation mais la met à l'abri des critiques puisque sa responsabilité est engagée « sans idée de faute du commettant » (M. GUILLAUME-HUFNUNG, *La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire ?*, Droits 1987, p.97, spé. p.100).

administratifs par le truchement d'une action contre le fonctionnaire¹⁸²¹. L'élévation d'un conflit de compétence sur le fondement de la qualification de la faute commise vise donc en principe à « protéger l'Administration, non les intérêts privés des agents »¹⁸²². La protection de l'agent public n'y est donc qu'un corollaire fortuit¹⁸²³.

Dans cette optique, la catégorie de la faute de service ne contenait initialement que des actes administratifs dommageables. Le passage de l'acte administratif au fait de fonction a permis une extension de la compétence administrative, étant observé que l'acte administratif ne suffisait pas à préserver l'Administration de l'immixtion du juge judiciaire¹⁸²⁴. Il n'était pourtant pas encore question de répartition de responsabilités, laquelle prend naissance dans une évolution parallèle, celle de la responsabilité publique.

359. La responsabilité étatique : terreau d'une nouvelle définition ontologique de la « faute de service ». – Le passage du fait de fonction à la faute de service est étranger à la question de la compétence administrative. Il doit être rattaché à l'évolution de la jurisprudence administrative quant à la possibilité d'engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat. Initialement irresponsable en vertu de l'adage « l'Etat, comme le roi, ne peut mal faire », l'Etat s'est progressivement vu mis en cause par le juge. L'arrêt *Blanco* consacre ainsi une responsabilité embryonnaire, cependant que celle-ci ne doit être « ni générale, ni absolue »¹⁸²⁵. Cela explique que doctrine et jurisprudence aient d'abord parlé de fait de service, celui-ci ne permettant pas à lui seul d'engager la responsabilité de l'Administration¹⁸²⁶. La faute de service est donc apparue en même temps que la possibilité pour l'Administration de voir sa responsabilité engagée à raison d'une « simple » faute de service¹⁸²⁷. La distinction faute personnelle et faute de service n'a vraiment pris de sens qu'à partir du moment où a été reconnue la responsabilité de l'Administration pour toutes les activités administratives, c'est-à-dire à partir de l'arrêt *Tomaso Greco*¹⁸²⁸. Dès lors, la distinction a poursuivi un double objectif, toujours étranger à la répartition des responsabilités : « la mise en place d'un système d'indemnisation des victimes par l'Administration, sans que le fonctionnement de l'Administration soit directement mis en cause »¹⁸²⁹.

¹⁸²¹ P. WECKEL, *op. cit.*, n°8.

¹⁸²² J. RIVERO, sous TC, *Nardon, Dame Barnadas et Delaître* du 9 juillet 1953, JCP 1953, II, 7797, point VII.

¹⁸²³ P. WECKEL, *op. cit.*, n°17 ; il renvoie aux conclusions de René DAVID qui seraient limpides à ce propos (concl. sous TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, R. (1^{er} suppl.) 117).

¹⁸²⁴ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.520 ; P. WECKEL, *op. cit.*

¹⁸²⁵ Arrêt *Blanco*, réf. préc.

¹⁸²⁶ Par exemple, les faits de l'arrêt *Pelletier* ne pouvaient donner lieu à l'engagement de la responsabilité de l'Etat, s'agissant d'actes de haute police.

¹⁸²⁷ V. sur ce point, M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.522-523.

¹⁸²⁸ CE 10 février 1905, D. 1906, p.81.

¹⁸²⁹ J. DOMENACH, *L'administration et le droit administratif face à la mise en jeu de la responsabilité pénale des agents publics* in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER*, PUG, 1995, p.187, spé. p.192.

Le glissement sémantique correspond également à une autre évolution ainsi que l'exprime un auteur : « aux problèmes de compétence se sont progressivement surajoutés des problèmes de fond, de telle sorte qu'il s'agit moins de répartir des affaires entre les différents ordres de juridictions que de punir les agents coupables de certains agissements »¹⁸³⁰. La faute de service entendue comme un risque de l'entreprise administrative prend alors tout son sens.

b. Un risque de l'entreprise administrative

360. Définition ontologique précoce. – Cette définition apparaît très rapidement dans l'esprit de la jurisprudence administrative. Cette évolution débute par les conclusions d'E. LAFERRIERE à propos de l'arrêt *Laumonnier-Carriol*¹⁸³¹ : la faute de service est celle d'« un administrateur [...] plus ou moins sujet à erreur ». Le commissaire du gouvernement semble alors davantage préoccupé par la fixation des frontières de l'irresponsabilité pécuniaire des agents publics que par une séparation des deux ordres de juridiction¹⁸³². Deux justifications sont alors avancées pour que cette catégorie de faute soit imputée à l'Administration : la faute de service est la faute de l'Administration elle-même **et** elle constitue un risque à la seule charge de l'Administration. Cette intrication d'une sorte de faute par représentation et de risque n'est guère admise en droit privé qui les considère comme deux justifications distinctes. Il faut donc décortiquer cette apparente double origine (**α.**) avant de s'interroger à propos des conséquences sur les critères techniques (**β.**).

α. L'apparente double origine de la définition ontologique

361. Faute de l'Administration elle-même. – E. LAFERRIERE était très clair sur l'assimilation des fautes de service aux fautes « personnelles » de l'Administration. En effet, en 1896 ? pouvait-il déjà écrire qu'elles sont « censées [être] commises par l'Etat lui-même comme conséquences d'une organisation défectueuse de ses services, d'une insuffisance de ses moyens d'action ou de surveillance »¹⁸³³. Il est rejoint par certains auteurs considérant que la faute de service est en réalité la faute **du** service public¹⁸³⁴, la faute de l'agent n'étant que le révélateur d'un mauvais fonctionnement du service public¹⁸³⁵. Autrement dit, la faute de l'agent « se fonde dans le service public »¹⁸³⁶. Certains auteurs jugent d'ailleurs l'expression

¹⁸³⁰ M. PAILLET, *op. cit.*, p.36.

¹⁸³¹ TC, 5 mai 1877 *Laumonnier-Carriol*, R. 437.

¹⁸³² Pour une analyse en ce sens, P. WECKEL, *op. cit.*, n°17.

¹⁸³³ *Traité de la juridiction administrative*, tome 2, Berger-Levrault et Cie, 1887 réimpr. LGDJ 1989, p.189.

¹⁸³⁴ F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n°1305 ; M. PAILLET, *op. cit.*, p.50 et s.

¹⁸³⁵ M. PAILLET, *op. cit.*, p.57, qui parle de « disparition de la personnalité de l'agent ».

¹⁸³⁶ J. DEFRESNOIS, *op. cit.*, p.28.

« faute de service » « médiocre » et auraient préféré le « fonctionnement défectueux du service » ou la « faute commise dans l'exercice du service »¹⁸³⁷.

Contrairement au droit privé, le droit administratif ne pêche pas par anthropomorphisme. Dans cette matière, dire que la faute de l'agent est celle de l'Administration elle-même n'a pas du tout la signification organique précédemment rejetée¹⁸³⁸. Ainsi, lorsque la doctrine justifie l'engagement de la responsabilité de l'Administration par des « rapports de représentation »¹⁸³⁹, elle développe l'idée d'une responsabilité du fait d'autrui¹⁸⁴⁰, laquelle correspond aux critères de la responsabilité du fait d'autrui du droit civil¹⁸⁴¹. C'est pourquoi cette conception d'une responsabilité pour faute s'accorde tout à fait avec la théorie du risque.

362. Risque à la charge de l'Administration. – Cette responsabilité pour faute est étroitement reliée à la théorie du risque. L'affirmation n'est pas sans surprise, dès lors qu'il est classique d'opposer les fondements de la faute et du risque. S'il est parfois admis que derrière le fondement du risque se cache celui de la faute¹⁸⁴², le contraire n'est envisagé qu'en droit administratif, matière dans laquelle « le risque a été conçu, non par opposition à la faute, mais par intégration de la faute »¹⁸⁴³. Nombreux sont en effet les auteurs qui font le lien entre ces deux fondements. H. BAILBY considérait ainsi que les fautes de service (et seulement celles-ci) étaient des *manifestations* du risque administratif, ce risque devant être supporté par l'Etat¹⁸⁴⁴. Précisant la notion de risque administratif, l'auteur jugeait que le fondement de l'obligation de réparation de l'Etat est « le principe de bon sens et d'équité sociale d'après lequel les dommages inévitables qu'entraîne une entreprise doivent être supportés par ceux qui en profitent »¹⁸⁴⁵. Le risque administratif est ainsi un risque-profit¹⁸⁴⁶. Certains auteurs vont

¹⁸³⁷ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, coll. Cours, 12^{ème} éd., 2011, p.697 – V. R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, éd. Les cours de Droit, 1981, p.1374 et s. : faute de service *stricto sensu* et faute « signée », imputable à l'agent mais non détachable du service.

¹⁸³⁸ V. *supra* n°61.

¹⁸³⁹ P. DEVOLVE, *La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif* in *Mélanges à Gabriel MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.407, spé. n°22.

¹⁸⁴⁰ *Contra*, C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, réf. préc., n°542.

La question de l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui est épineuse en droit administratif. La doctrine classique a pu considérer que la responsabilité de l'Etat est nécessairement une responsabilité du fait d'autrui ou une responsabilité du fait des choses puisque l'Etat agit toujours par l'intermédiaire d'un agent (M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, t.1, 1969, p.519). Mais certains objectent de manière pertinente que l'Administration engage souvent sa responsabilité sans qu'il soit nécessaire de rapporter le fait d'un agent (P. DEVOLVE, *op. cit.*). Pourtant, dans le cas de figure qui est envisagé, les plus réfractaires à l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui admettent un mécanisme juridique analogue à la responsabilité du commettant (P. DEVOLVE, *op. cit.*, n°12 – C. GUETTIER, *Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui ?* RCA HS novembre 2000, p.41, spé.p.44).

¹⁸⁴¹ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953.

¹⁸⁴² C. RADE, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p.301, spé. p.304.

¹⁸⁴³ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.591.

¹⁸⁴⁴ H. BAILBY, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, thèse Bordeaux, 1901, p.118 à 126.

¹⁸⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁶ En ce sens également, R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, réf. préc., n°245 ; J.-P. MAUBLANC et L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, *op. cit.*, p.638-639.

même jusqu'à évoquer le risque de l' « entreprise administrative »¹⁸⁴⁷ lorsqu'il est dit que le préjudice résultant d'une faute de service est un aléa auquel est exposée toute entreprise. C'est un risque inhérent aux fonctions. Finalement c'est une « charge publique prévue au budget »¹⁸⁴⁸.

De cette définition ontologique découle logiquement l'irresponsabilité des agents, laquelle serait un moyen efficace d'éviter une paralysie des services publics¹⁸⁴⁹, la passivité des agents¹⁸⁵⁰ ou leur inertie¹⁸⁵¹. Certains auteurs modèrent cette opinion mais conviennent qu' « une responsabilité abusive et tracassière peut provoquer une ambiance nuisible à l'efficacité du service »¹⁸⁵². Les agents étant « au service de l'Etat »¹⁸⁵³, il n'y a aucune raison qu'ils « supportent personnellement, sur leur patrimoine, la réparation de tous les dommages causés par les services publics »¹⁸⁵⁴. Autrement dit, la faute de service est « imputable à la fonction » tandis que la faute personnelle l'est « au fonctionnaire »¹⁸⁵⁵.

363. Responsabilité et assurance. – Plutôt que de renvoyer à une question d'imputation, le risque-profit est parfois associé à l'idée d'assurance, notamment par L. DUGUIT¹⁸⁵⁶. Il considère également que les fautes de service sont un risque à la charge de l'Etat mais analyse la responsabilité de l'Etat non pas comme une « responsabilité subjective de l'Etat-personne, mais [comme] une assurance au profit de l'administré sur le patrimoine affecté au service contre le risque provenant pour lui de l'exécution de ce service »¹⁸⁵⁷. « Toutes les fois qu'il y a fait de service, l'assurance joue »¹⁸⁵⁸. Cette analyse de la responsabilité de l'Administration peut ne pas convaincre s'agissant des fautes de service. Il existe cependant bien un mécanisme assurantiel qui ne fonctionne cependant qu'à l'égard des fautes garanties par l'Administration¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁴⁷ A. CASTAGNE, *Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration en cas de cumul des responsabilités*, RDP 1958, p.676, spé. p.696.

¹⁸⁴⁸ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.697.

¹⁸⁴⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, n°1310.

¹⁸⁵⁰ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°1523.

¹⁸⁵¹ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.699.

¹⁸⁵² J.-C. MAESTRE, *op. cit.*, p.587.

¹⁸⁵³ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°1523.

¹⁸⁵⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°1310.

¹⁸⁵⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, 1887 réimpr. LGDJ 1989, p.648 – V. également concl. TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, réf. préc.

Une autre doctrine a raisonné en termes d'imputabilité (F.-P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problème de causalité et d'imputabilité)*, JCP 1957, I, 1351, spé. n°33).

¹⁸⁵⁶ V. également M. HAURIU, note sous CE 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, S. 1918-1919, p.26.

¹⁸⁵⁷ *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1^{re} éd. 1913, p. 277 ; 3^{ème} éd. 1925, p.260.

¹⁸⁵⁸ L. DUGUIT, *op. cit.*, p.275.

¹⁸⁵⁹ V. *infra* n°369.

Le fondement de la définition ontologique « risque de l'entreprise administratif » est donc solide tant techniquement qu'historiquement. Il convient donc d'en examiner la portée sur les critères techniques précédemment exposés.

β. La portée du fondement ontologique sur les critères techniques

364. Conséquences multiples. – Plusieurs conséquences sont attachées à la solidité de la définition ontologique retenue. D'abord, elle avalise les critères techniques élaborés. Ensuite, elle confère une nature largement fonctionnelle¹⁸⁶⁰ aux notions de faute de service et de faute personnelle.

365. Justification des critères techniques élaborés. – Dans un premier temps, la notion de risque de l'entreprise administrative permet de justifier des liens fonctionnels positifs extraits par la doctrine. Mais elle permet surtout, dans un second temps, de consolider les critères de qualification de la faute personnelle. La faute commise en dehors des fonctions ne saurait constituer un risque de l'entreprise administrative puisqu'elle se déroule en dehors du fonctionnement administratif. Si la faute commise dans un dessein égoïste pourrait révéler une mauvaise organisation du service public, elle ne constitue évidemment pas un risque inhérent à l'entreprise administrative car elle n'est pas justifiée par la poursuite du service public. Le critère de la détachabilité psychologique peut donc convaincre. Enfin, le critère de détachabilité intellectuelle peut résulter de l'idée de dénaturation¹⁸⁶¹ de la faute de service : à partir d'une certaine gravité, la faute n'est plus un risque **normal** de l'entreprise¹⁸⁶² pouvant être assimilé à la faute de l'Administration. Ce dernier critère, plus encore que les autres, semble orienter la notion de faute de service vers la catégorie des notions fonctionnelles.

366. Nature fonctionnelle des notions. – Si la notion de faute (fait) de l'Administration a connu une véritable révolution en passant de l'acte administratif à la faute de service, elle semble avoir toujours été conçue comme une notion fonctionnelle. En effet, le changement d'instrument technique ainsi opéré n'est justifié qu'au regard des fonctions attribuées à la faute de l'Administration : instrument de répartition du contentieux d'une part et instrument de répartition des responsabilités d'autre part. Le même constat s'imposera s'agissant des fautes fonctionnelles des agents publics.

¹⁸⁶⁰ V. *supra* n°27 à propos des notions fonctionnelles.

¹⁸⁶¹ S. GUERARD, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, Paris II, 1997, p.273.

¹⁸⁶² Elle peut éventuellement constituer un risque anormal, V. *infra* n°369 et 605 et s.

2. Les fautes fonctionnelles des agents publics

367. Hypothèses techniquement distinctes des fautes de l'Administration. – Alors que les fautes de l'Administration sont uniquement les fautes de service *stricto sensu*, les fautes fonctionnelles des agents publics sont des fautes personnelles conservant des liens avec les fonctions : les fautes personnelles détachables¹⁸⁶³ et les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service¹⁸⁶⁴. Alors que certains auteurs les assimilent à des fautes de service parce qu'elles permettent à l'usager victime d'en demander réparation à l'Administration¹⁸⁶⁵, ces fautes ne sont pas des risques de l'entreprise administrative. Elles manifestent au contraire le rôle de garant de l'Etat pour les dettes de réparation de leurs agents publics¹⁸⁶⁶, à raison de la persistance d'un lien fonctionnel même ténu.

368. Persistance d'un lien fonctionnel ténu. – La considération pour ce lien fonctionnel persistant est le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle et d'une maturation doctrinale subséquente.

Il a été enseigné que si l'Administration engage sa responsabilité à l'égard des particuliers dans les situations précitées, ce n'est pas en raison d'un lien fonctionnel de la faute personnelle mais sur le fondement de conditions propres à la mise en œuvre de sa propre responsabilité¹⁸⁶⁷. Ce discours a pu être juste tant que la jurisprudence a retenu le cumul d'une faute personnelle et d'une véritable faute de service.

Cependant, ce cumul de fautes a été peu à peu remplacé par un cumul de responsabilités¹⁸⁶⁸. Entre l'arrêt *Pelletier* et 1911, il n'existe qu'une alternative binaire : ou bien il y a faute de service et responsabilité administrative¹⁸⁶⁹ ou bien il y a faute personnelle et responsabilité exclusive de l'agent public.

¹⁸⁶³ V. *supra* n°341 et s.

¹⁸⁶⁴ V. *supra* n°348.

¹⁸⁶⁵ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.704. – V. également, G. VEDEL, *L'obligation de l'Administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service* in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965, p.921.

¹⁸⁶⁶ En ce sens, M. DEGUERGE puisqu'elle distingue la véritable faute de service de celle « qui est plutôt une garantie ou une assurance » (*op. cit.*, p.532 ; expression qu'elle emprunte à P. WEIL, note sous CE. 22 mars 1957, D. 1957 p.758).

¹⁸⁶⁷ J.-P. BENOIT, *op. cit.*, n°1326 et 1332.

¹⁸⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat, 2001, n°1532 ; J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Montchrestien, coll. Cours, 12^{ème} éd., 2011, p.693 ; – M. PAILLET, *Recherches sur la faute du service public dans le droit administratif contemporain*, LGDJ, 1980, p.24-25.

¹⁸⁶⁹ A la condition que la faute de service ait atteint le seuil de gravité nécessaire pour engager la responsabilité administrative. Initialement, la faute lourde était exigée dans de nombreux domaines de l'activité administrative, bien que la faute simple constituât le principe. Depuis plusieurs décennies, la faute lourde est cependant en déclin : disparue du contentieux portant sur les opérations fiscales d'établissement et de recouvrement d'impôt (CE, 27 juillet 1990, *Bourgeois*, R. 242), sur un acte médical à l'hôpital public (CE, 10 avril 1992, *époux V.*, R. 171), sur les insuffisances du contrôle sur les établissements de transfusion sanguine (CE, 9 avril 1993, *Mme G.*, AJDA 1993, p. 381, MONGUE), sur le transport médical d'urgence (CE 21 juin 1997, *Theux*, R. 253), sur les opérations de sauvetage en mer (CE, 13 mars 1998, *Améon*, R. 82), sur la lutte contre l'incendie (CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, R. 185), sur l'hospitalisation d'office des personnes atteintes de troubles

L'arrêt *Anguet*¹⁸⁷⁰ admet ensuite un cumul de fautes, hypothèse dans laquelle une faute de service et une faute personnelle ont conjugué leurs effets. Dans l'arrêt cité, la fermeture prématurée d'un bureau de poste (faute de service) se cumulait avec l'expulsion violente d'un usager (faute personnelle).

En 1918, l'arrêt *Epoux Lemonnier*¹⁸⁷¹ va plus loin en décidant que la faute personnelle détachable des fonctions permet à la victime de poursuivre l'Administration conformément à l'avis du commissaire du gouvernement L. BLUM qui déclarait que « la notion de faute personnelle n'exclut pas la faute de service parce que, dans des cas très nombreux, une faute de l'agent ayant authentiquement le caractère d'une faute personnelle n'est rendue possible ou n'engendre des conséquences dommageables à un tiers qu'en raison des conditions défectueuses de l'exécution du service »¹⁸⁷².

Enfin, l'arrêt *Demoiselle Mimeur* parachève la construction en 1949¹⁸⁷³ en admettant que l'action contre l'Administration est possible lorsque la faute personnelle commise en dehors des fonctions n'est pas dépourvue de tout lien avec le service.

A propos de ces deux dernières évolutions, certains auteurs se prononcent explicitement en faveur d'une garantie¹⁸⁷⁴, le fait qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer une quelconque faute de service¹⁸⁷⁵ corroborant cette affirmation. Dans l'arrêt *Epoux Lemonnier* la même faute semble caractériser la faute personnelle et la faute de service, ce qui était une façon de présumer irréfragablement l'existence de la seconde¹⁸⁷⁶. Dans l'arrêt *Demoiselle Mimeur*, le Conseil d'Etat ne relève aucune faute de service à la charge de l'Administration et se contente de noter que l'accident ne pouvait être « regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ». Certains auteurs considèrent donc que cet arrêt a mis fin à une certaine hypocrisie¹⁸⁷⁷; les fautes de services jusqu'ici caractérisées étant des « fautes fictives »¹⁸⁷⁸. Il

mentaux (CE, 14 avril 1999, *Commune d'Anctonville*, n°194462). Il ne reste aujourd'hui que quelques « bastions » exigeant encore la démonstration d'une faute lourde.

¹⁸⁷⁰ CE, 3 février 1911, R.146 ; S. 1911, p.137, note M. HAURIOU.

¹⁸⁷¹ CE, 26 juillet 1918, D. 1918.3.9, concl. L. BLUM ; S. 1919, p.41, note M. HAURIOU.

¹⁸⁷² D. 1918 p.11.

¹⁸⁷³ CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur, Defaux, Bethelsemer*, R. 492 ; D. 1950, p.667, note J.G. ; JCP A 1950, n°5286, concl. F. GAZIER ; RDP 1950, p.183, note M. WALINE.

¹⁸⁷⁴ R. CHAPUS, *op. cit.*, n°1532. – A l'égard de ces fautes, P. WALINE appréciait que le Conseil d'Etat se montrât « généreux » (note sous *Delle Mimeur*, RDP 1950, p.183, spé. p.189).

¹⁸⁷⁵ Au côté des jurisprudences *Epoux Lemonnier* et *Demoiselle Mimeur*, persiste en effet la possibilité d'engager la responsabilité de l'administration à raison de la faute de service ayant conjugué ses effets avec ceux de la faute personnelle (V. motifs, CE, 12 mars 1975, *Pothier*, R. 190).

¹⁸⁷⁶ En ce sens, B. PACTEAU : « la jurisprudence a volontiers admis que la faute personnelle commise dans le cadre du service fasse presque présumer une faute d'organisation de ce service », note sous arrêt *Raszewski*, CE, 18 novembre 1988, JCP 1989, II, 21211.

Sans doute par faveur pour la victime, le juge administratif admettait très facilement l'existence d'une faute de service. Dans une espèce, le conducteur d'un camion militaire avait causé un accident en revenant d'une mission mais en faisant un détour « pour des fins personnelles ». Il n'y avait *a priori* pas de défaut de surveillance mais le Conseil d'Etat a caractérisé la faute de service dans le fait de n'avoir « pas craint de confier la conduite d'un camion automobile puissant à un militaire dont les habitudes d'intempérance sont notoires » (CE, 7 janvier 1948, *Manchon*, R. 10). – Pour d'autres exemples où la faute de service était opportunément « découverte » par le juge, V. M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.525.

¹⁸⁷⁷ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.526.

est donc finalement inexact de ne parler que de « coexistence de responsabilités »¹⁸⁷⁹ à leur égard.

A ce stade de la démonstration, les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service sont donc assurément des fautes garanties par l'Administration à raison de la seule persistance d'un lien fonctionnel même ténu.

369. La notion de garantie. – La notion de garantie apparaît de manière récurrente en droit administratif ainsi qu'en atteste la fameuse « garantie des fonctionnaires »¹⁸⁸⁰. Pourtant la terminologie ne renvoie pas toujours aux mêmes phénomènes. Ainsi, la responsabilité de l'Administration engagée à raison de la faute de service de l'un de ses agents est-elle parfois analysée comme une garantie¹⁸⁸¹. Cette analyse est expliquée par une partie de la doctrine administrativiste à partir d'une distinction entre un mécanisme d'obligation solidaire et celui d'une garantie. Cette distinction opère en considération des rapports qu'entretiennent les différents protagonistes. Qu'ils aient des rapports égalitaires et il s'agit d'obligation solidaire. Qu'ils s'épanouissent au sein d'une situation inégalitaire et il s'agit de garantie. Ainsi, l'Administration serait garante de toutes les fautes commises par ses agents, qu'elles soient des fautes de service ou des fautes personnelles¹⁸⁸², parce qu'un rapport inégalitaire existe entre elle et eux.

Pourtant il serait erroné d'amalgamer des fautes qui, ontologiquement, ne se ressemblent guère : les fautes personnelles ne sauraient en effet compter parmi les risques de l'entreprise administrative¹⁸⁸³. Au contraire, s'il est admis que certaines fautes sont seulement « garanties » par l'Administration, une dissociation pourra de nouveau être faite entre la faute réparée et la faute imputée.

La garantie désigne alors seulement le mécanisme juridique permettant de mettre à la charge d'une personne juridique la dette de réparation d'une autre, au stade de l'obligation à la dette. Or, l'existence de la faute garantie est devenue flagrante depuis que l'Etat a la possibilité d'exercer une « action récursoire » contre son agent.

370. Existence d'une « action récursoire »¹⁸⁸⁴ contre l'agent public. – Avant l'émergence de cette action récursoire, la protection des intérêts pécuniaires de

¹⁸⁷⁸ M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p.532.

¹⁸⁷⁹ F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n°1325.

¹⁸⁸⁰ Sur ce mécanisme, V. *supra* note de bas de page n°1819.

¹⁸⁸¹ V. *supra* n°363.

¹⁸⁸² F. ROQUES, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA 1991, p.75, spé. p.79 et s.

¹⁸⁸³ A. CASTAGNE, *Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration en cas de cumul des responsabilités*, RDP 1958, p.676 – V. *supra* n°360 et s.

¹⁸⁸⁴ Sur cette question, A. CASTAGNE, *op. cit.* ; F. ROQUES, *op. cit.* – Adde, M. WALINE, *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, RDP 1948, p.5 : l'auteur proposait qu'en cas de faute personnelle de l'agent, celui-ci serait d'abord poursuivi et la responsabilité de l'Administration n'interviendrait qu'à titre subsidiaire, « après discussion » du patrimoine de l'agent.

L'Administration était contrariée par la protection de l'ordre juridictionnel des compétences. Pour sauvegarder la compétence de l'ordre administratif, il était initialement argué d'une faute de service, laquelle conduisait à faire supporter à la collectivité la charge d'une réparation que la victime avait souhaité imposer à un patrimoine privé¹⁸⁸⁵. Or, jusqu'en 1951, l'Administration ayant indemnisé la victime, ne disposait d'aucun recours contre l'agent qui avait commis une faute personnelle à l'occasion de ses fonctions¹⁸⁸⁶ ou une faute non dépourvue de tout lien avec le service, sauf lorsqu'une loi spéciale en disposait ainsi¹⁸⁸⁷.

En 1951, la jurisprudence est modifiée par l'arrêt *Laruelle*¹⁸⁸⁸ qui admet l'« action récursoire »¹⁸⁸⁹ de l'Administration contre l'agent public. L'étude de son régime révèle un mécanisme de garantie : certaines décisions ont en effet admis que le recours s'exerce pour le tout¹⁸⁹⁰, ce qui doit être compris comme la reconnaissance de la faute personnelle, cause exclusive du dommage¹⁸⁹¹. Il ne peut dès lors être argué de la faute conjuguée de l'Administration. L'admission du recours pour le tout est, de surcroît, intervenue pour une faute détachable du service puisqu'il s'agissait d'un militaire qui, en dehors de tout exercice de tir standard, avait institué une pratique consistant à tirer sur ses subordonnés à balles réelles pour tester leurs réflexes. Sa faute était donc matériellement rattachée au service mais s'en émancipait en raison de son extrême gravité. Si le remboursement total de l'Administration pour ce type de faute atteste de son rôle de garant, il devrait en être de même à propos de la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, laquelle correspond au degré le plus bas de rattachement fonctionnel¹⁸⁹².

371. Confirmation de l'existence de fautes seulement garanties par l'Administration. – La jurisprudence semble admettre leur existence dans un attendu de principe synthétique : « La victime non fautive d'un préjudice causé par l'agent d'une administration peut, dès lors que le comportement de cet agent n'est pas dépourvu de tout lien

¹⁸⁸⁵ G. VEDEL, *L'obligation de l'Administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service* in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 921, spé. p.925.

¹⁸⁸⁶ Ex. CE, 28 mars 1924, *Poursines*, R. 357 ; D. 1924, p.49, note J. APPLETON ; RDP 1924, p.601, note G. JEZE ; S. 1926, p.17, note M. HAURIOU.

¹⁸⁸⁷ Loi du 5 avril 1937 relative aux dommages causés à l'occasion du service de l'enseignement.

¹⁸⁸⁸ Sur l'arrêt ayant admis la possibilité du recours de l'Administration contre l'agent (CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, R. 464 ; JCP 1951, II, 6532, note J. J. R.) – Avant l'introduction de la loi du 13 juillet 1983, l'arrêt *Delville* avait permis à l'agent responsable de se retourner contre l'administration (CE, 28 juillet 1951, R. 465 ; D. 1951, p.620, note NGUYEN DO ; RDP 1951, p.1087, note M. WALINE ; JCP 1952, II, 6734, note C. EISENMANN).

¹⁸⁸⁹ V. *supra* n°3 – V. sur ce point, J. CHEVALLIER, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, JCP 1970, I, 2323.

¹⁸⁹⁰ CE, 17 décembre 1999, *Moine*, D. 2000, IR, n°24 ; RFDA 2000, p.232 ; JCP 2001, II, 10508, note R. PIASTRA.

¹⁸⁹¹ Le commissaire du gouvernement avait cependant retenu une faute de l'Administration qui, informée des comportements déviants du militaire, l'avait néanmoins envoyé en mission là où tout contrôle hiérarchique devenait impossible. La gravité de la faute du militaire avait pourtant emporté la conviction des juges que seul ce militaire devait en supporter le poids. La solution est parfois critiquée sur ce point (R. PIASTRA, note sous l'arrêt *Moine*, JCP 2001, II, 10508).

¹⁸⁹² V. *supra* n°348.

avec le service, demander au juge administratif de condamner cette administration à réparer intégralement ce préjudice, quand bien même aucune faute ne pourrait-elle être imputée au service et le préjudice serait-il entièrement imputable à la faute personnelle commise par l'agent, laquelle, par sa gravité, devrait être regardée comme détachable du service ; cette dernière circonstance permet seulement à l'Administration, ainsi condamnée à assumer les conséquences de cette faute personnelle, d'engager une action récursoire à l'encontre de son agent »¹⁸⁹³.

372. Justification du critère déclenchant la garantie de l'Etat : le lien fonctionnel. –

Ce mécanisme de garantie fait l'objet de justifications embryonnaires en doctrine. Dans un premier temps est avancé le souci de garantir l'indemnisation des victimes. Cette garantie serait alors due à chaque fois que la victime a pu voir dans le fautif un agent public¹⁸⁹⁴ : « on concède dans son intérêt une force de présomption aux données extérieures – habit militaire, voiture de l'administration, circonstance administrative – et l'on accepte qu'il en induise le rattachement de la faute au service »¹⁸⁹⁵. Le lien fonctionnel n'est plus causal ici ; il est seulement objectif. Le caractère fonctionnel de la notion de « faute non dépourvue de tout lien avec le service » est alors plus saillant que jamais.

Une fois découverts, les fondements ontologiques des critères techniques doivent être questionnés quant à leur possible transposition en droit privé.

C. La possible transposition au droit privé

373. Constat d'une architecture globale identique. – L'examen des fondements ontologiques administratifs a permis de rationaliser le sentiment d'une structuration commune au droit administratif et au droit privé des critères de rattachement et de détachement techniques. Au-delà d'une terminologie parfois différente, le droit administratif consacre effectivement deux catégories de fautes de fonction : la faute de service (faute non détachable du service) et la faute fonctionnelle (faute personnelle à raison d'une détachabilité relative du service). Ces deux catégories se fondent sur deux logiques solides dont la transposition est tentante.

374. Transposition en droit privé de la « faute de l'Administration ». – Le fondement de risque-profit est connu du droit privé et l'entreprise a été considérée comme le cadre fonctionnel spécifique de la notion de faute de fonction. Dès lors, la définition ontologique de « risque de l'entreprise » pourrait être retenue. Le critère de détachement tenant à la gravité de

¹⁸⁹³ CE, 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale de l'océan indien*, n°283257.

¹⁸⁹⁴ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.701.

¹⁸⁹⁵ A. CASTAGNE, *op. cit.*, p.702.

la faute découle, en droit administratif, de l'idée de risque de l'entreprise, celle-ci permettant que soit porté un jugement de valeur sur l'acte commis. En outre, elle permettrait de systématiser les solutions issues des critères techniques communs au droit administratif et au droit privé. Enfin, cette idée de risque de l'entreprise semble compatible avec les autres critères consolidés par l'analyse conceptuelle de la faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles¹⁸⁹⁶.

375. Transposition en droit privé des « fautes fonctionnelles ». – Le fondement de la garantie n'est pas non plus étranger au droit privé et la considération pour l'indemnisation des victimes y est grande. Le critère du lien fonctionnel persistant pourrait ainsi être usité.

376. Limites de ces transpositions. – De telles transpositions semblent à même de justifier les critères retenus en droit privé positif. Cependant, ces critères seraient en partie fonctionnellement logiques et pas conceptuellement logiques.

377. Conclusion de la section 2. – Les enseignements de l'analyse comparatiste sont tout autant encourageants que ceux de l'analyse déductive. Le droit étranger a permis de rendre compte de l'élargissement général du lien fonctionnel dans la plupart des droits positifs étrangers, consolidant ainsi le caractère très restrictif des critères de détachement absolu élaborés par le juge judiciaire français et corrélativement le critère déductif de l'activité fonctionnelle. En revanche, la dualité de la faute de fonction n'apparaît pas en droit étranger. Au contraire, le droit administratif connaît de cette dualité, qui distingue les fautes de fonction proprement dites sous le vocable de « faute de service », des fautes fonctionnelles désignées comme des « fautes personnelles détachables du service » ou « non dépourvues de tout lien avec le service ». Bien plus, le droit administratif semble partager avec le droit privé le critère de détachement relatif tenant à la gravité de la faute commise et encourager la reconnaissance du critère de détachement relatif tenant à la poursuite d'une fin personnelle. Il y a là un apport supplémentaire du droit administratif.

Ce que le droit étranger et le droit administratif partagent, en revanche, c'est une démarche résolument fonctionnelle dans l'établissement des critères de qualification.

¹⁸⁹⁶ V. *supra* n°286 et s.

378. Conclusion du chapitre 2. – Globalement, la méthode déductive a atteint son objectif initial tendant à rationaliser et justifier la définition induite de la faute de fonction. Elle a ainsi rendu possible la justification de la dualité de la notion de faute de fonction.

La faute de fonction *lato sensu* est une catégorie juridique connue du droit étranger et du droit administratif français, ce dont il ressort une consolidation des solutions judiciaires françaises. Elle est en outre justifiée conceptuellement puisqu'elle s'appuie sur le critère de l'activité fonctionnelle, lequel permet d'appréhender la faute de fonction rattachée à la seule situation fonctionnelle – dimension statique de la fonction. L'activité fonctionnelle permet de démontrer le lien de la faute avec la fonction entendue comme un statut ou une qualité. Ce point de vue quasi-organique autorise alors que les dépassements ou les détournements de fonction soient qualifiés de fautes de fonction. Le droit étranger et le droit administratif s'accommodent également de cette vision élargie de la faute de fonction, laquelle offre au tiers victime la garantie d'une indemnisation de ses dommages.

La faute de fonction entendue de manière plus restrictive est également présente dans la définition déduite. Elle apparaît non seulement dans l'analyse déductive mais également en droit administratif. Ses contours ne sont cependant pas identiques selon qu'est envisagée l'analyse déductive ou l'analyse comparatiste. Si les deux analyses sont sensibles au dépassement et au détournement des attributions de l'agent, seul le droit administratif prend en compte la gravité de la faute commise pour disqualifier la faute de fonction.

CONCLUSION DU TITRE 2

379. A l'issue de la double démarche entreprise, inductive et déductive, la recherche d'une définition des fautes de fonction du préposé et du mandataire dirigeant s'est soldée par un certain succès. Les caractères de cette faute sont en effet analogues quel que soit le chargé de fonction considéré. La démarche inductive a d'abord permis de découvrir les contours de cette faute. Elle a également mis en exergue la dualité possible de la faute de fonction. Elle a enfin rendu possible le rapprochement des contours de la faute de fonction du préposé et de la faute de fonction du mandataire dirigeant. Quant à la démarche déductive, elle a rationalisé et consolidé les orientations du droit positif.

L'état du droit positif a d'abord et principalement mis en avant la dualité de la notion de faute de fonction. Cependant, contrairement aux craintes qui pouvaient être ressenties, cette dualité n'est pas basée sur la qualité de préposé ou de mandataire. Elle est au contraire commune aux deux catégories de chargé de fonction et découle de l'existence de critères de détachement relatif aux côtés des critères de détachement absolu de la faute par rapport aux fonctions. Dans un premier temps, la faute semble pouvoir être définie de manière très large, la qualification fonctionnelle paraissant insensible tant au dépassement qu'au détournement des fonctions, et ce alors que, dans le même temps, la jurisprudence utilise comme critère de rattachement l'exercice normal des attributions ou la poursuite de l'intérêt du commettant ou de la personne morale. Cependant, cette définition très permissive ne s'évince pas de l'ensemble du contentieux. Les critères de détachement relatif s'appuient en effet cumulativement sur la gravité de la faute commise et sur la distension du lien fonctionnel pouvant certainement s'opérer par le détournement ou le dépassement des fonctions. La seconde catégorie de faute de fonction apparaît alors, qui correspond à l'exercice des attributions. Chaque catégorie de faute a son domaine d'application : la faute fonctionnelle permet l'engagement de la responsabilité du commettant et de la personne morale et la faute de fonction *stricto sensu* renvoie à la faute immunisante. Cependant ce schéma restait sujet à caution, comme découlant d'une interprétation du droit positif qui pouvait ne pas être partagée, tant ce dernier est assez erratique.

La démarche déductive a permis de rationaliser la dualité de la faute de fonction. Les analyses conceptuelle et comparatiste ont ainsi permis de corroborer une définition large de la faute fonctionnelle. L'analyse conceptuelle et le droit administratif ont également consolidé l'existence d'une faute de fonction plus restreinte. Cependant, chacune de ces analyses prises isolément étaient incapables de justifier rationnellement de l'état du droit positif. Ainsi l'analyse conceptuelle restait insensible à la gravité de la faute commise, tandis que le droit étranger ignorait la faute de fonction restreinte. Seul le droit administratif retenait une

Partie 1. Titre 2. La définition de la faute de fonction

architecture globale identique, abstraction faite des terminologies parfois différentes. Il restait cependant inapte à justifier de manière conceptuellement logique les solutions, la matière privilégiant une approche fonctionnelle.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

380. L'analyse conceptuelle de la faute de fonction devait aboutir à dire ce qu'était la faute de fonction. Une telle ambition pouvait sembler téméraire à deux égards. D'abord, relative à deux agents très différents, le préposé et le dirigeant d'une personne morale, elle pouvait ne pas nécessairement correspondre à une notion unique susceptible d'endosser les deux cas de figure. Ensuite, cette ambition pouvait être freinée par le rejet de l'élaboration d'une définition de la faute de fonction à partir de la seule considération de son utilité. Le parti pris était donc en quelque sorte de découvrir une notion pouvant préexister à son régime. Or, ces deux handicaps ont été globalement surmontés.

D'abord, préposé et dirigeant de la personne morale agissent bien dans un contexte juridique unique puisque ces deux agents exercent une fonction pour le compte d'une entreprise. Loin de constituer un truisme, l'assertion repose d'une part, sur une analyse juridique de la notion de fonction et d'autre part, sur l'émergence d'un cadre fonctionnel particulier : l'entreprise.

Abordée de manière juridique la fonction apparaît, non comme une catégorie compréhensive, mais comme une catégorie juridique restrictive. Celle-ci correspond à deux réalités ou deux dimensions superposées.

Dans un premier temps, la fonction donne naissance à une situation juridique particulière – une situation fonctionnelle –. Celle-ci met en présence deux agents : le titulaire de la fonction (ou chargé de fonction) et le bénéficiaire de la fonction. Cette situation se caractérise prioritairement par le fait que le titulaire de la fonction doit l'exercer dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction. Parce que cette situation doit en outre être permanente, elle opère déjà une première discrimination parmi toutes les situations dans lesquelles un agent agit pour le compte d'un autre. Parce qu'elle doit également être légitime, c'est-à-dire fondée sur un titre légal, conventionnel ou judiciaire, elle exclut également les simples situations de fait.

Dans un second temps, l'exercice d'une fonction dans l'intérêt d'autrui implique que le titulaire soit doté de prérogatives juridiques. Celles-ci ont deux propriétés. En premier lieu, elles sont **finalisées**, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être exercées de manière égoïste par leur titulaire. Au contraire, elles doivent nécessairement être utilisées dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction, dans l'intérêt de celui pour le compte duquel la fonction est exercée. En second lieu, elles sont **bornées** par des règles de compétences.

Ainsi décrit, le contexte fonctionnel ne permet cependant pas d'isoler préposé et dirigeant de personne morale. Au contraire, ces derniers prennent place dans une catégorie qui inclut les parents ou les tuteurs par exemple. C'est donc à partir d'une classification de ces différentes fonctions que le dénominateur commun et propre aux préposé et dirigeant de personne morale apparaît. En effet, en opérant un classement entre les fonctions dont la finalité réside dans la

protection de celui pour laquelle elle est exercée et les fonctions dont la finalité tient à la volonté **d'accroître sa productivité**, il est permis d'isoler les préposé et dirigeant de personne morale dans un même contexte juridique d'activité. Ce contexte semble pouvoir être celui de l'entreprise, pour peu que soit retenue une définition assez permissive de celle-ci. Face aux incertitudes régnant à son sujet, sera ainsi admise une définition fonctionnelle selon laquelle l'entreprise est une activité à laquelle est dédiée un patrimoine emprunté à une personne juridique. Lorsque l'agent agit dans l'intérêt du titulaire de ce patrimoine, il exerce une fonction pour le compte d'une entreprise. C'est exactement le cas des préposé et dirigeant d'une personne morale.

Ce dénominateur commun est satisfaisant car il autorise que ce lien personnel fonctionnel établi entre l'auteur de la faute et le responsable de celle-ci recouvre deux réalités très différentes : respectivement celle du lien de subordination et celle du lien de représentation. L'admission d'un lien fonctionnel commun n'annihile donc pas l'analyse induite du seul droit positif. Le contexte fonctionnel serait ainsi une métacatégorie au sein de laquelle s'épanouiraient des liens personnels de différentes natures. Pour résumer, les auteurs de la faute de fonction sont unis à celui que le droit positif de la responsabilité civile désigne comme le responsable de cette faute, par un lien fonctionnel. Ce contexte découvert, il devait faciliter l'accessibilité à la définition de la faute de fonction.

A l'égard de la définition de la faute de fonction aussi, le handicap de l'analyse conceptuelle est globalement surmonté par l'apport cumulé du droit positif et d'une analyse déductive.

Détachée de toute velléité de trouver dans la fonction la cause de la faute, l'architecture de cette faute apparaît toujours identique. La faute de fonction est plurielle. Elle recouvre en effet deux réalités juridiques. En premier lieu, et au sens strict, elle est une faute commise lors de l'exercice des prérogatives fonctionnelles et qui ne dépasse pas un certain seuil de gravité. Que ce seuil de gravité soit dépassé, que l'agent ait dépassé ses attributions ou qu'il les ait détournés et la faute de fonction est disqualifiée. En second lieu, elle est une faute commise à l'occasion de la fonction alors que l'agent est censé se comporter comme un chargé de fonction. Cette faute qui sera appelée, pour ne pas la confondre avec la faute de fonction, faute fonctionnelle est parfaitement insensible au dépassement ou au détournement des prérogatives fonctionnelles et tout aussi indifférente à la gravité du comportement fautif. Pour reprendre des terminologies du droit administratif, la première serait une faute de fonction tandis que la seconde relèverait des catégories de faute personnelle détachable de la fonction et de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec la fonction. Comme en droit administratif chacune de ces fautes relève d'un régime différent. La faute de fonction n'engage que la responsabilité civile de celui pour le compte duquel la fonction est exercée tandis que la faute fonctionnelle conduit à la possibilité d'engager la responsabilité de l'agent fautif et de celui pour le compte duquel il agit. Le droit administratif nous enseigne que ceci s'explique par le fait que seules les

Partie 1. L'analyse conceptuelle de la faute de fonction

premières sont de véritables risques de l'entreprise. Pour le vérifier, il convient de voir la faute de fonction agir et donc d'aborder l'analyse fonctionnelle de la faute de fonction.

PARTIE 2.

L'ANALYSE FONCTIONNELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

381. Objectifs de l'analyse fonctionnelle. – Le principal enjeu de l'analyse fonctionnelle de la faute de fonction réside dans la vérification de son caractère opératoire. Il s'agira donc de s'assurer que la faute de fonction mérite d'être admise au sein des notions juridiques car elle a un véritable rôle juridique. Ainsi, tandis que l'analyse conceptuelle était étrangère non seulement aux effets juridiques concrets de la commission d'une faute de fonction, mais également à leur cause, ces derniers constituent le cœur de l'analyse fonctionnelle. Changer d'angle d'analyse n'implique cependant pas de repartir de zéro dans l'étude de la faute de fonction. Les conclusions auxquelles l'analyse conceptuelle est parvenue, tant en ce qui concerne le cadre que la définition de la faute de fonction, seront simplement interrogées sous l'angle de l'analyse fonctionnelle. Autrement dit, ces conclusions constitueront le postulat de l'analyse fonctionnelle.

382. Contexte de l'émergence de la faute de fonction : le droit de la responsabilité. – Si l'analyse conceptuelle entendait répondre à la question « qu'est-ce que la faute de fonction ? », l'analyse fonctionnelle doit au contraire dire à quoi elle sert. En tant que faute, son centre névralgique est certainement le droit de la responsabilité. Pour rendre compte de la place de la faute de fonction dans ce domaine du droit, il convient d'envisager la responsabilité comme une matière unique et riche des multiples fonctions¹⁸⁹⁷ qu'elle peut remplir. Si les fonctions assignées à la responsabilité ont évolué au fil du temps, elles conservent deux constantes : leur multiplicité et leur interpénétration. Au début du XIX^e siècle, la responsabilité semblait devoir servir cinq fonctions : le châtement d'un coupable, la vengeance et l'indemnisation des victimes, le rétablissement de l'ordre social et la prévention des comportements

¹⁸⁹⁷ Certains auteurs ne parlent pas de « fonction » mais de « traits caractéristiques » ou de « fondement de la responsabilité », civile en l'occurrence : R. BARUFFOLO, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131.

Le terme de fonction paraît cependant plus approprié puisqu'il exprime mieux l'idée de résultat escompté (L. BACH, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTD civ. 1977, p.17, et p. 221, spé. n°6).

antisociaux¹⁸⁹⁸. La faute était au cœur de ce système et l'obligation de réparation qui découlait de sa commission servait alors concomitamment chacune de ces fonctions. L'apparition de dommages accidentels dus au machinisme a cependant conduit à éprouver les limites d'un système fondé sur la faute prouvée tandis qu'elle rendait croissant le besoin d'indemnisation. Cette situation a notamment démontré que les impératifs de la punition n'étaient pas toujours compatibles avec ceux de la réparation. Elle a donc permis l'émergence de deux grandes fonctions au sein du droit de la responsabilité : une fonction réparatrice et une fonction punitive. Or, la reconnaissance de cette dualité de fonction autorise l'émergence de régimes distincts¹⁸⁹⁹ puisant leur légitimité dans des fondements politiques différents. C'est pourquoi la faute de fonction doit être confrontée à ces deux fonctions procédant de logiques différentes.

383. Respect de la dichotomie fonctionnelle de la responsabilité. – Si la confrontation de la faute de fonction avec les deux principales fonctions de la responsabilité permettra de savoir si la faute de fonction est une véritable notion juridique, elle donnera également le moyen de mesurer les limites du caractère opératoire de la faute de fonction en droit de la responsabilité.

Afin de permettre un champ d'étude plus vaste, le terme de sanction sera cependant préféré à celui de punition. Ce mot polysémique¹⁹⁰⁰ est alors usité dans un sens plus restreint¹⁹⁰¹ que celui auquel il pourrait prétendre¹⁹⁰², mais il permettra de ne pas cantonner le champ de la

¹⁸⁹⁸ L.-A. BARRIERE, *Propos introductifs* in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, p.7, spé. p.26 et s. ; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 2^{ème} éd., 1990, n°160.

¹⁸⁹⁹ Certains auteurs se prononcent même en faveur de procédures distinctes (C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005).

¹⁹⁰⁰ A propos de la polysémie de la sanction, P. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, p.197 – Adde, C.-A. MORAND, *La sanction* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Droit, 1990, Sirey, t.35, p.293.

¹⁹⁰¹ Certains auteurs estiment « impropre » une conception étroite de la sanction, ramenée à la seule punition (G. CARDASCIA, *op. cit.*, p.4 – Dans le même sens, A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 442, 2005, n°156).

¹⁹⁰² Dans son sens original sanctionner signifie « rendre inviolable au moyen d'un acte solennel de nature religieuse » (A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, V° Sanction, n°1). La sanction renvoie alors plus à une consécration qu'à une quelconque coercition. Dans ce sens, une règle est dite sanctionnée parce qu'elle est reconnue par l'ordre juridique – législateur, jurisprudence – (P. JESTAZ, *op. cit.*, p.198, 1°).

Assez rapidement, le terme « sanction » est toutefois venu désigner la punition prévue pour la transgression qui fait devenir « inviolable » un précepte (A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*). Cette acception a été ensuite élargie pour que la sanction devienne avant tout une réaction du corps social se traduisant par l'existence de conséquences attachées à une règle, ce qui a pu être dénommé comme un « tarif » (P. JESTAZ, *op. cit.*, spé. p.198, 2°). Or, ces conséquences peuvent être négatives ou positives (N. BOBBIO, *Les sanctions positives* in *Essai de théorie du droit*, LGDJ Bruylant, 1998 p.175). Cette lecture autorise ainsi à concevoir la sanction non pas seulement comme une punition mais aussi comme une récompense ou une attribution de droits ou de statut. Enfin, la sanction pourrait désigner la contrainte mise en œuvre pour le respect de la règle, pour l'exécution de l'ordre du juge ayant établi le tarif (P. JESTAZ, *op. cit.*, spé. p.199, 3°). Cette contrainte n'est donc pas détenue par le juge lui-même s'il en dispose (*ibidem*).

De ces trois acceptions, seule la seconde sera retenue comme étant la plus exhaustive. En effet, elle semble pouvoir absorber la définition de la sanction-consécration, partant du constat qu'il sera bien difficile de savoir si la règle est consacrée parce qu'une conséquence juridique lui est attribuée ou si une conséquence est attachée à

confrontation de la faute de fonction à la seule responsabilité pénale, étant entendu qu'il est alors utilisé pour décrire une logique différente de celle de la réparation.

Cette précision terminologique faite, les résultats de cette double confrontation peuvent désormais être exposés en faisant état de la faute de fonction réparatrice (**Titre 1.**) puis de la faute de fonction sanctionnatrice (**Titre 2.**).

la règle parce que celle-ci a été consacrée. Résumant la situation, un auteur note que « même sur un plan strictement intellectuel, la consécration d'une règle se distingue mal de sa mise en œuvre » (P. JESTAZ, *op. cit.*, spé. p.198, 1° *in fine*).

Cette acception est également la plus apurée car elle distingue la règle de droit de sa sanction. Une fois dépassée la première inclinaison ne voyant dans le droit que la contrainte, cette dernière doit être extériorisée de la règle de droit. La règle de droit existe et peut donc être mise en œuvre en dehors de tout moyen coercitif (P. JESTAZ, *op. cit.*, p.199-200), alors qu'elle peut n'être jamais effective en dépit d'un arsenal coercitif (J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit in Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 136 ; P. CONTE, "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 125).

Toutefois, il résulte logiquement de la confrontation de cette définition avec la notion de faute de fonction que la sanction ne pourra, en aucun cas, viser une récompense ou l'attribution d'un droit. C'est ainsi que la sanction de la faute de fonction ne pourra s'entendre que des *conséquences négatives attachées à sa commission*. Nonobstant, il n'y a pas là encore de quoi justifier d'un traitement distinct de la sanction de la faute de fonction puisqu'il est admis que l'obligation de réparation est une « sanction, au sens propre – et large – de conséquence juridique d'un acte » (G. CARDASCIA, *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain in La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, p.1 et, spé. p.4). C'est seulement en restreignant de manière autoritaire la notion de sanction à celle de châtement, que le traitement distinct de la réparation et de la sanction de la faute de fonction peut être compris.

TITRE 1.

LA FAUTE DE FONCTION REPARATRICE

384. Faute de fonction et logique réparatrice. – Confronter la faute de fonction, et ses effets juridiques, à la logique réparatrice conduit assez rationnellement à la confronter aux règles de la responsabilité civile, matière où l'attention portée à la réparation est la plus prégnante. A cet égard, l'évolution du régime de la faute de fonction voulue par la jurisprudence s'oppose radicalement à celle qui paraît s'opérer par ailleurs. Ainsi, tandis que le droit de la responsabilité civile s'oriente, à tort ou à raison, vers un droit de l'indemnisation¹⁹⁰³, le régime de responsabilité attaché à la commission d'une faute de fonction s'oriente vers une diminution du nombre de débiteurs de la dette de réparation. Les traits de ce régime sont connus : cette faute conduit d'une part à l'engagement de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction – commettant ou personne morale – et d'autre part à l'irresponsabilité du chargé de fonction – préposé ou mandataire dirigeant. Or, s'il est admis que la distinction entre indemnisation et responsabilité civile doit garder un sens, un régime qui ne consacre qu'un seul responsable n'est pas scandaleux, pourvu que le choix de ce responsable soit justifié.

385. Solidité du régime de la faute de fonction dicté par la logique réparatrice. – Peut-être parce qu'il est novateur, ce régime souffre de nombreuses carences ou imprécisions, au nombre desquelles l'absence d'un fondement n'est pas la moindre. Il faut donc combler cette lacune. Dépourvu de fondement fiable, le régime de la faute de fonction réparatrice a paru incertain tant dans ses conditions que dans ses effets¹⁹⁰⁴. Il est donc logique que la question du fondement du régime de la faute de fonction réparatrice (**Chapitre 1.**) précède l'étude de sa mise en œuvre (**Chapitre 2.**).

¹⁹⁰³ Certains auteurs le déplorent (L. CADIET, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offert à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.495), tandis que d'autres soulignent la nécessité de l'accroissement de l'indemnisation de certains dommages, en particulier les atteintes à l'intégrité physique et proposent une voie raisonnable (C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002).

¹⁹⁰⁴ La situation est souvent dénoncée à propos du régime de responsabilité du commettant (Not. N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation in Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p.495, spé. n°56 et s.).

CHAPITRE 1.

Le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice

386. Double sens possible du fondement. – Par ce terme, les dictionnaires juridiques, désignent la *base légale* c'est-à-dire le texte utilisé pour soutenir une prétention¹⁹⁰⁵. La notion de fondement ne saurait toutefois être réduite à cette seule acception. Elle doit également s'entendre de la *justification* d'un ensemble¹⁹⁰⁶ de règles. Dans le premier cas, il s'agit de faire état d'un fondement normatif. Dans le second cas, il est question d'un fondement politique. Pour être admis, le régime de la faute de fonction doit connaître de l'un et de l'autre. Est-ce le cas ? Il est permis d'en douter. Il faudrait donc remédier à ces insuffisances normatives et politiques.

La vérification d'un fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice (**Section 2.**) doit cependant être précédée de celle d'un fondement politique propre (**Section 1.**) à défaut duquel le législateur ne saurait être convaincu d'intervenir.

¹⁹⁰⁵ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, V° Fondement : « motif juridique, base légale, moyen de justification ».

¹⁹⁰⁶ R. BARUFFOLO, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131, spé. p.132.

Section 1.

Le fondement politique propre au régime de la faute de fonction réparatrice

387. Double mouvement. – La proposition d'un fondement peut résulter d'un double mouvement : soit il est évincé du régime de responsabilité étudié ; soit il est imposé contre le droit positif¹⁹⁰⁷. Le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice découle de ce double mouvement. En effet, l'orientation générale du droit positif doit guider le choix du fondement politique. Mais la justification de certaines solutions prétoriennes actuelles ne pourra se faire qu'au prix de modifications secondaires du régime, le fondement s'imposant alors contre le droit positif.

388. Orientations générales du droit positif. – Bien qu'il soit question de trouver un fondement au régime découlant de la faute commise par tout agent exerçant une fonction, la recherche s'appuiera exclusivement sur les deux régimes les plus connus en la matière : celui de la responsabilité de la personne morale par la faute de son mandataire dirigeant et celui de la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé.

De l'observation de ces deux régimes, deux orientations semblent pouvoir être retenues.

Le premier stigmate du régime de la faute de fonction réparatrice réside dans son double effet : l'engagement de la responsabilité du commettant ou de la personne morale (la responsabilité fonctionnelle) et la mise à l'écart de la responsabilité du préposé ou du dirigeant (l'irresponsabilité fonctionnelle). Or, ce seul constat n'implique pas un fondement politique propre à la faute de fonction réparatrice mais pourrait en apparence s'accommoder du primat de la faute. La réalité résistera-t-elle à cette apparence ?

Le second stigmate repose sur le lien existant entre l'agent responsable et l'agent irresponsable. Ce lien a été mis en exergue lors de l'analyse conceptuelle de la faute de fonction. Au-delà de l'apparente dualité des situations du préposé et du mandataire dirigeant, il est apparu que ces deux agents relevaient d'une catégorie unique d'agents entretenant des liens fonctionnels avec un autre. La richesse de ce lien, à la fois uniforme et complexe, n'autorise-t-elle pas que le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice puisse y être trouvé ?

La situation exige donc que soit d'abord questionné l'abandon du fondement fautif (§ 1.) qui pourrait conduire à admettre, ensuite, le fondement issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil (§ 2.).

¹⁹⁰⁷ A propos de cette double possibilité, L. BACH, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTD civ. 1977, p.17 et p. 221, spé. n°120 et s.

§ 1. L'abandon du fondement fautif

389. Motifs de l'abandon de ce fondement. – Rejeter le fondement fautif implique de parer à deux arguments. En premier lieu, il faut démontrer que le régime de la faute de fonction ne peut pas être sous-tendu par le fondement fautif. En second lieu, il convient également de répondre à l'argument selon lequel l'abandon du fondement fautif participe à la délitescence du droit de la responsabilité, bref que le fondement fautif peut être évincé sans porter atteinte à la logique réparatrice de la responsabilité civile. Somme toute, devront être avérés tant l'abandon nécessaire du fondement fautif (A.) que l'abandon possible de ce fondement (B.).

A. L'abandon nécessaire du fondement fautif

390. Fondement fautif et responsabilité pour faute personnelle. – Conformément au « primat de la faute »¹⁹⁰⁸ consacré par l'adoption du Code civil de 1804¹⁹⁰⁹, la justification de l'obligation de réparation pesant sur le bénéficiaire de la fonction est, par réflexe, interrogée sous l'angle d'une responsabilité pour faute personnelle. La règle contenue dans l'article 1382 du Code civil constituerait donc la source des principales justifications à l'engagement d'une responsabilité civile. De manière analogue, elle constituerait également une source pertinente de justification à l'irresponsabilité civile. Ancrer le régime de la faute de fonction sur le fondement fautif revient donc à exiger de lui qu'il puisse être rattaché directement ou indirectement à la responsabilité pour faute personnelle. Or, un tel rattachement ne se vérifie ni pour la responsabilité fonctionnelle (1.) ni pour l'irresponsabilité fonctionnelle (2.)

1. L'impossible rattachement de la responsabilité fonctionnelle à la responsabilité pour faute personnelle

391. Responsabilité pour faute personnelle et personne morale. – Le rattachement de la responsabilité civile de la personne morale à la responsabilité pour faute personnelle s'est imposée à la doctrine pour trois raisons majeures. La première tient à l'absence de texte prévoyant la responsabilité délictuelle de la personne morale¹⁹¹⁰. La deuxième, consécutive à la première, relève du choix de la jurisprudence d'admettre une telle responsabilité et de la rattacher à l'article 1382 du Code civil. Enfin, la troisième raison tient à la conception

¹⁹⁰⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°148.

¹⁹⁰⁹ O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 436, 2005.

¹⁹¹⁰ Comp. le texte spécial en droit pénal : article 121-2 du Code pénal.

anthropomorphique de la personne morale¹⁹¹¹. Il faudra donc éprouver cette solution et en vérifier la conformité avec la réalité juridique de la personne morale.

392. Responsabilité pour faute personnelle et commettant. – Le rattachement de la responsabilité civile du commettant à la responsabilité pour faute personnelle peut paraître, en revanche, plus incongru dès lors que le législateur a prévu un texte spécial pour engager sa responsabilité civile : l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Pourtant la scission entre cette responsabilité spéciale et le principe général de l'article 1382 du Code civil n'a pas toujours existé. Par conséquent, les éléments ayant conduit à son affirmation pourraient être utilement comparés au droit positif relatif aux personnes morales.

393. Double rattachement envisagé. – Pour exclure le fondement fautif de ces deux régimes, deux recherches différentes doivent donc être menées. Montrer que le régime de la responsabilité de la personne morale et du commettant ne répond pas aux conditions de la responsabilité pour faute personnelle est utile mais ne suffit pas. Il faut encore s'assurer que la faute ne se dissimule pas sous les oripeaux de conditions techniques apparemment étrangères à toute référence au comportement du responsable. Les investigations s'orienteront donc d'abord vers l'impossible rattachement direct de la responsabilité fonctionnelle à la responsabilité pour faute personnelle (**a.**) puis vers son impossible rattachement indirect à la responsabilité pour faute personnelle (**b.**).

a. L'impossible rattachement direct à la responsabilité pour faute personnelle

394. Conditions légales opératoires. – Trois conditions sont classiquement évincées de l'article 1382 du Code civil : un dommage, une faute et un lien causal entre ces deux éléments. Alors qu'il est question de rechercher la cause de l'engagement de la responsabilité délictuelle du commettant et de la personne morale, le dommage n'est pas opératoire puisque pris individuellement, il n'est pas à même de désigner le débiteur de l'obligation de réparation. A l'inverse, faute et lien causal sont susceptibles de justifier de la responsabilité d'un agent. L'impossible rattachement de la responsabilité fonctionnelle à la responsabilité pour faute personnelle ne peut donc découler que de l'impossible renvoi à la faute du responsable (**α.**) et de l'impossible référence à son comportement causal (**β.**).

¹⁹¹¹ V. *supra* n°58.

α. L'impossible renvoi à la faute du responsable

395. Engagement du commettant : abandon précoce de la faute. – Alors que l'article 1384 du Code civil peut aujourd'hui être présenté comme consacrant les exceptions légales au principe de responsabilité pour faute personnelle, il formulait naguère des cas particuliers de responsabilité pour faute personnelle¹⁹¹². Etaient alors évoquées la faute dans le choix du préposé (*culpa in eligendo*), la faute de surveillance (*culpa in vigilando*), voire le fait d'avoir donné de mauvais outils au préposé (*culpa in instruendo*)¹⁹¹³. Certains droits étrangers consacrent d'ailleurs toujours cette conception¹⁹¹⁴.

En droit français, elle avait au contraire tout lieu de rapidement décliner. En effet, l'article 1384 alinéa 7 du Code civil, prévoyant que le responsable peut s'exonérer par la démonstration qu'il n'avait « pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité », n'a jamais été invocable que par les père, mère et artisans, à l'exclusion des commettants. A supposer que la faute ait bien été à l'origine de la responsabilité de ces derniers, elle consistait en une faute virtuelle, irréfragablement présumée¹⁹¹⁵. Un tel régime condamnait de lui-même le rattachement de cette responsabilité à la faute du commettant. La jurisprudence postérieure imposa davantage encore l'abandon de cet argument technique en rendant les conditions de la responsabilité du commettant de plus en plus inconciliables avec l'idée de faute¹⁹¹⁶.

Il a également été avancé que la cause de la responsabilité du commettant résidait dans le lien de représentation l'unissant à son préposé. La proposition des partisans de cette théorie¹⁹¹⁷ est la suivante : « celui qui recourt aux services d'un préposé ne fait que prolonger son activité propre ; le préposé n'est qu'un instrument entre ses mains, de telle sorte que, quand le préposé agit, tout se passe exactement comme si le commettant agissait lui-même »¹⁹¹⁸. Ce faisant, il s'agit encore d'affirmer que la responsabilité du commettant est engagée à raison de sa

¹⁹¹² O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t.436, 2005, p.342 ; M. POUMAREDE, *L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui* in *Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.839, spé. p. 843.

¹⁹¹³ *Ibidem*.

¹⁹¹⁴ LEGEAIS, *L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand* in *Mélanges Jean SAVATIER*, p.303.

¹⁹¹⁵ Aujourd'hui encore, la responsabilité du commettant reste présentée comme une responsabilité fondée sur une présomption irréfragable de faute dans certains manuels, dont les auteurs sont pourtant convaincus par le fondement du risque (V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, coll. Université, 14^{ème} éd., 2011, n°255 et s.) – *Contra*, P. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993, p.63 et s., pour qui il ne saurait être question d'une quelconque présomption de faute pour expliquer la règle de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

¹⁹¹⁶ Ainsi a-t-il été démontré que l'exonération du commettant ne pouvait découler que de circonstances lui étant parfaitement extérieures (V. *supra* n°578).

¹⁹¹⁷ E. BERTRAND, *Le préposé moderne. L'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 du Code civil*, Aix-Marseille, 1935 ; H. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil : théorie générale, 1, Obligations*, Montchrestien, 1998, n°483-484 – V. déjà, H. CAPITANT, *Les effets des obligations*, RTD civ. 1932, p.721, spé. p.726.

¹⁹¹⁸ H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, n°935.

faute¹⁹¹⁹. La thèse a connu peu de succès, d'abord parce que l'analyse d'une situation de représentation ne se vérifie pas toujours¹⁹²⁰; ensuite parce qu'il n'est pas admis que l'on puisse commettre des fautes par procuration¹⁹²¹.

Cette théorie de la représentation pourtant contemporaine d'un droit positif farouchement hostile à la faute, montre que cette dernière, bien que techniquement écartée du régime de responsabilité du commettant, reste très prégnante au sein de ses fondements comme s'il était impossible de totalement déconnecter la responsabilité de la faute. Ceci explique sans doute que doctrine et jurisprudence aient voulu concevoir la responsabilité civile de la personne morale comme la sanction juridique d'une faute personnelle à celle-ci.

396. L'engagement de la personne morale : abandon nécessaire de la faute. – En la matière, droit positif et doctrine sont unanimes : si la personne morale engage sa responsabilité civile, c'est à raison de sa faute. La justification technique invoquée est donc clairement celle de la faute personnelle¹⁹²² ainsi qu'en atteste l'article 1382 du Code civil, fondement légal des décisions ayant reconnu sa responsabilité civile¹⁹²³.

La théorie de l'organe permettant à la personne morale, être immatériel, de « commettre » des fautes délictuelles doit, toutefois, être à nouveau critiquée ici. La théorie juridique, peu convaincante pour analyser le lien unissant la personne morale à son mandataire dirigeant, ne convient guère à la responsabilité extracontractuelle, laquelle a pour objet d'appréhender des réalités sociales et économiques. La théorie de l'organe convainc d'autant moins qu'elle peut apparaître comme un aménagement de la théorie de la représentation¹⁹²⁴. La première autoriserait à considérer que les actes de l'organe/représentant sont toujours ceux de la personne morale/représentée tandis que la seconde y serait réfractaire¹⁹²⁵. Tout se passe comme si la théorie avait été élaborée pour justifier d'un régime souhaité mais qu'elle était « déconnectée » de la réalité juridique de la personne morale. Cette réalité juridique autorise, au contraire, à penser le lien unissant le mandataire dirigeant à la personne morale comme un lien de représentation classique à la faveur d'une perméabilité relative des patrimoines de la

¹⁹¹⁹ H. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°483-484.

¹⁹²⁰ V. *supra* n°72 et s.

¹⁹²¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°206.

¹⁹²² Se prononçant pour l'existence d'une « responsabilité **personnelle** » de la personne morale (J. MOULY, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756, spé. n° 2) ou d'une responsabilité **du fait personnel** des personnes morales (J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés, A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, p.141, spé. n°4) (nous soulignons).

¹⁹²³ Civ., 28 novembre 1876, D. 1977, p.65 – Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 – Civ. 2, 2 mai 1990, B. n°131 – *Contra*, Civ. 2, 15 mai 2008, qui retient la responsabilité d'une société à raison de la faute de son gérant sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil (B. n°108 ; RTD civ. 2008, p.680, obs. P. JOURDAIN).

¹⁹²⁴ V. *supra* n°61 et s.

¹⁹²⁵ Une autre différence proviendrait de ce que la figure de la représentation serait impossible en raison de l'absence de volonté propre de la personne morale (LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 9^{ème} éd., 2012-2013, n°4993).

personne morale et de ses membres¹⁹²⁶. Au demeurant, la personne morale ne peut, pas plus que le commettant, commettre une faute par procuration.

Dès à présent, il convient donc d'admettre le peu de vraisemblance d'une faute personnelle de la personne morale. Les raisons de ce rejet annoncent déjà l'impossible référence au comportement causal de la personne morale. Reste à savoir s'il en est également de même pour le commettant.

β. L'impossible référence au comportement causal du responsable

397. Négation du rôle causal de la personne morale. – Si la personne morale ne peut commettre de faute c'est en raison d'une incapacité tant matérielle que morale. Sa capacité juridique est en effet inapte à lui conférer la possibilité de commettre des faits, même juridiques¹⁹²⁷. Dès lors, la personne morale ne peut évidemment pas, par son comportement, jouer un rôle causal dans la survenance du dommage¹⁹²⁸. La seule théorie permettant de prétendre le contraire a déjà été critiquée et il n'est pas nécessaire de répéter ici ce qui a été dit à propos de la faute de la personne morale¹⁹²⁹.

398. Négation du rôle causal du commettant. – La situation du commettant est quelque peu différente car ce dernier peut être une personne physique, capable de commettre un fait juridique. C'est ainsi qu'il a été rappelé que la responsabilité du commettant, en tant que responsabilité indirecte ou médiate, exigeait un double lien causal : l'un devant s'établir entre la faute d'autrui et le préjudice de la victime et l'autre reliant l'activité du responsable au comportement de l'agent fautif¹⁹³⁰ ; respectivement une causalité primaire et une causalité seconde¹⁹³¹. L'autorité et la causalité ne feraient alors plus qu'un pour justifier de l'obligation de réparation du commettant¹⁹³².

Cependant, le lien qui justifie l'imputation de la dette de responsabilité au commettant n'est pas un lien causal¹⁹³³. Deux arguments plaident en ce sens. D'abord, les règles d'engagement

¹⁹²⁶ Sur ce point, V. *supra* n°66.

¹⁹²⁷ Sur ces points, V. *supra* n°59.

¹⁹²⁸ O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LGDJ, coll. Varenne, 2008, n°403.

¹⁹²⁹ V. *supra* n°396.

¹⁹³⁰ R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile. Les nouvelles. Corpus Juris Belgici. Droit civil*, t. V, vol. II. *Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*, Larcier, 1962, n°2344.

¹⁹³¹ O. SABARD, *op. cit.*, n°448 et s. L'auteur, néanmoins, estime que dans certaines régimes de réparation, la causalité seconde correspond bien davantage à une « imputation impérative », ayant pour effet de transformer le régime de responsabilité en régime d'indemnisation (*op. cit.*, n°452). Tel serait le cas de la responsabilité civile du commettant ou de la personne morale (*op. cit.*, n°402-403). Une telle lecture ne sera pas retenue, V. *infra* n°410.

¹⁹³² B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.204.

¹⁹³³ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 99, 2010, n°598.

de la responsabilité du commettant sont les mêmes si ce dernier est une personne physique ou une personne morale, condamnant toute possibilité d'admettre la nécessité d'un rôle causal du commettant. Ensuite, le commettant n'est pas autorisé à démontrer qu'il n'a pas participé à la survenance du dommage puisqu'il lui est interdit de démontrer la force majeure à son endroit¹⁹³⁴. Une doctrine semble l'avoir bien compris en affirmant que la causalité ne peut fournir d'explication aux cas de responsabilité médiate puisque le lien qui unit le responsable au fait générateur n'est jamais de nature causale¹⁹³⁵.

Techniquement, la responsabilité fonctionnelle n'est donc aucunement dépendante de la faute ou du comportement causal du responsable. Corrélativement, il ne devrait donc plus être question d'un fondement fautif, le rattachement indirect à la responsabilité pour faute personnelle devant en être rendu impossible.

b. L'impossible rattachement indirect à la responsabilité pour faute personnelle

399. Situation paradoxale ? – Pour une partie de la doctrine, si le risque peut être admis comme fondement **technique** de responsabilité civile, la faute reste le seul fondement **rationnel**¹⁹³⁶. Cette opinion semble partagée puisque l'émergence de nouveaux fondements en droit de la responsabilité civile n'a paradoxalement pas mis fin à l'emprise de la faute. L'abandon du fondement fautif ne peut être tout à fait constaté tant à l'égard de la responsabilité de la personne morale qu'à l'égard de la responsabilité du commettant.

400. La responsabilité civile de la personne morale. – La persistance du fondement fautif de l'engagement de la personne morale est logique puisqu'elle provient de la volonté d'inscrire l'obligation de réparation de la personne morale dans le domaine de la responsabilité du fait personnel fautif de l'article 1382 du Code civil. Puisqu'il a été démontré que cette analyse était techniquement défailante lorsque la personne morale engageait sa responsabilité à raison de la faute de l'un de ses « organes »¹⁹³⁷, ce fondement doit être définitivement abandonné.

¹⁹³⁴ V. *infra* n°578.

¹⁹³⁵ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°587 et s.

¹⁹³⁶ La situation est parfaitement décrite par un auteur qui souligne le déclin de la faute comme condition de la responsabilité civile mais sa permanence comme fondement de la responsabilité civile (C. RADE, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p.301, spé. n°10 et 11).

D'aucuns préféreront dire qu'elle est le seul fondement **moral** indispensable à la responsabilité civile délictuelle (P. LE TOURNEAU, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, RTD civ. 1987, p.505), étant entendu pour certains qu'il s'agit d'une morale d'essence chrétienne (Comp. J.-L. GAZZANIGA, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées René SAVATIER, 1997, PUF, p.3, spé. p.11). Bien que très certainement légitime, cette assise par définition non universelle, ouvre la possibilité d'une responsabilité également morale mais non exclusivement centrée sur la faute.

¹⁹³⁷ V. *supra* n°396.

Cet abandon sera-t-il vraiment total toutefois puisque le droit positif s'oriente avec raison vers une responsabilité civile de la personne morale engagée au titre d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement¹⁹³⁸ ? Il peut être répondu de manière affirmative si ce défaut est analogue à l'anormalité d'une chose. Dans ce cas, encore, aucun jugement de valeur n'est porté sur un **comportement humain**.

Le chemin est sans doute encore long avant que cette responsabilité soit comprise de manière totalement objective, ainsi que l'y invite pourtant la réalité juridique de la personne morale.

401. La responsabilité du commettant : abandon du fondement fautif à achever. – Si la disparition de la faute dans le régime de la responsabilité du commettant a été explicitement actée par les juges à partir de 1930¹⁹³⁹, son empreinte est restée fort prégnante dans les propositions doctrinales.

Evidemment, le fondement tenant à la représentation du commettant par le préposé offre l'illustration la plus flagrante de phénomène puisque cette théorie vise, de manière non dissimulée, à faire survivre le fondement fautif¹⁹⁴⁰.

Or, étonnamment, les théories du risque ne sont pas épargnées par la persistance de la faute. Ainsi, le fondement alternatif du risque-autorité porte le stigmate de la faute lorsqu'il justifie laconiquement la fonction de garantie¹⁹⁴¹ de l'engagement du commettant par la circonstance que disposant de pouvoirs sur le préposé, le commettant était en mesure de prévenir le dommage¹⁹⁴². En effet, cette considération conduit à admettre que la responsabilité du commettant est engagée parce que son autorité n'a pas été exercée de manière appropriée¹⁹⁴³, ce qui a permis la survenance du dommage. Autrement dit, le comportement fautif du commettant – le mauvais exercice de l'autorité – est présumé être (là encore de manière irréfragable) à l'origine de la production du dommage¹⁹⁴⁴.

¹⁹³⁸ V. *infra* n°553.

¹⁹³⁹ CA Paris, 14 mars 1930, DH 1930, p.115, note A. BESSON. La Cour y rappelle que « considérant que la responsabilité civile du commettant, au sens de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, ne dérive pas nécessairement du choix qu'il a fait de son préposé ; qu'elle procède surtout d'un rapport de subordination... ».

¹⁹⁴⁰ Pour l'exposé du mécanisme invoqué, V. *supra* n°395.

¹⁹⁴¹ Le fondement du risque-autorité a inspiré une autre théorie centrée sur l'analyse des liens unissant le préposé au commettant et qui ne peut encourir les mêmes remarques, V. *infra* n°425.

¹⁹⁴² Pour l'exposé de cette conception, V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°207.

¹⁹⁴³ Certains auteurs ont même fait état de l'obligation préalable du commettant « d'empêcher qu'un dommage ne soit causé à autrui » (L. BACH, *op. cit.*, n°139) ; l'obligation de réparation de celui-ci se substituerait ainsi à cette obligation principale si celle-ci était inexécutée (*op. cit.*, n°140).

¹⁹⁴⁴ Pour une remarque similaire, N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation en Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p.495, spé. n° 61.

A propos des raisons qui ont présidé à l'existence de la loi du 9 avril 1898, un auteur s'exprime ainsi : « Il ne sera plus pensé dans l'abstraction d'un risque relevant du sort, de la fatalité, de la chance ou de la malchance : il faudra maintenant en déterminer la cause et la chercher dans la volonté patronale. L'accident [...] va devenir une faute. » (F. EWALD, *Histoire de l'Etat providence. Les origines de la solidarité*, Grasset, 1996, p.69-70) – Dans le même sens, les explications de F. MILLET : « La perception a progressivement glissé depuis les « manifestations divines » vers des dysfonctionnements mis en relation avec l'organisation sociale. » (F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, n°12).

Ces développements montrent également que le fondement de la garantie n'est pas davantage épargné par ce phénomène de persistance. En effet, la théorie de la « responsabilité garantie »¹⁹⁴⁵ ne saurait constituer un fondement autonome à la responsabilité du commettant. Si elle explique bien que la **fonction** de cette responsabilité est de fournir une garantie de solvabilité¹⁹⁴⁶, elle ne peut justifier que cette fonction incombe au commettant sans avoir recours à d'autres théories¹⁹⁴⁷, généralement celles du risque (risque-profit ou risque-autorité). Ceci confirme que la responsabilité-garantie propose donc moins un fondement politique à la responsabilité du commettant qu'une analyse technique de la nature de cette responsabilité¹⁹⁴⁸. Elle se distingue en cela de la théorie de la garantie élaborée par le professeur STARCK dont l'analyse s'appuie tout autant sur la nature du lien unissant le préposé au commettant que sur l'inexécution de l'obligation de garantie de sécurité d'autrui – manquement propre au commettant – et qui en tout état de cause propose une justification autonome à la responsabilité du commettant¹⁹⁴⁹.

Il résulte de ces développements consacrés à la responsabilité fonctionnelle que la faute tient une place encore considérable dans le droit de la responsabilité, que celle-ci soit consciemment ou inconsciemment admise par la doctrine. Le lien indéfectible entre faute et responsabilité est encore plus vrai alors qu'il est question d'admettre sa mise à l'écart. Celle-ci ne saurait découler que de l'absence des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute personnelle. Or, la jurisprudence consacre cette mise à l'écart dans des hypothèses dans lesquelles le rattachement de l'irresponsabilité fonctionnelle à l'absence des conditions de la responsabilité pour faute, bref à l'irresponsabilité pour faute personnelle, est impossible.

2. L'impossible rattachement de l'irresponsabilité fonctionnelle à l'irresponsabilité pour faute personnelle

402. Conditions légales concernées. – Puisqu'il est ici question du sort réservé aux préposé et mandataire dirigeant fautifs, les conditions légales visées sont celles que la loi prévoit pour l'engagement de leur responsabilité civile personnelle. S'agissant des préposés, les conditions sont celles du droit commun, c'est-à-dire celles des articles 1382 ou 1383 du Code civil. S'agissant des mandataires dirigeants, la situation est en apparence plus complexe, découlant des articles 1850 du Code civil et L. 223-22 et L. 225-251 du Code de

¹⁹⁴⁵ L'expression est empruntée à J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX (*op. cit.*, n°207).

¹⁹⁴⁶ V. *infra* n°572.

¹⁹⁴⁷ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°158.

¹⁹⁴⁸ D'autres auteurs se font plus acerbes en considérant que cette théorie de la garantie « ne permet que de tourner en rond » et « n'a de théorie que le nom » (J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n° 147).

¹⁹⁴⁹ V. *infra* n°425.

commerce¹⁹⁵⁰. Cependant, cette apparence est trompeuse puisqu'il découle de ces textes la nécessité de caractériser le même triptyque que précédemment¹⁹⁵¹, la particularité tenant uniquement à la nature de la faute, laquelle devra nécessairement être soit une infraction aux dispositions légales ou réglementaires applicables à la société concernée soit une violation des statuts, soit une faute de gestion.

403. Condition légale acquise. – Les solutions du droit positif permettent d'affirmer immédiatement que l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant n'est pas due à l'absence de préjudice réparable¹⁹⁵². Seule l'absence de faute en tant que fait générateur de responsabilité (**a.**) ou l'absence de lien causal (**b.**) restent donc à vérifier.

a. L'impossible absence de fait générateur de responsabilité

404. Absence de comportement illicite. – L'irresponsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant pourrait d'abord découler logiquement de l'absence de caractérisation du comportement générateur de responsabilité. L'argument a pu être logiquement avancé pour le mandataire dirigeant, conformément à l'évolution apparente de la jurisprudence à son égard. En effet, dans un premier temps la jurisprudence avait rejeté la recherche de sa responsabilité personnelle lorsqu'il n'était pas démontré une « faute extérieure à l'exécution du contrat conclu entre la société et la victime »¹⁹⁵³ puis une « faute extérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat »¹⁹⁵⁴. Le rejet était alors potentiellement légitime puisque l'inexécution contractuelle ne saurait être reprochée qu'à l'agent engagé contractuellement, en l'occurrence la personne morale. La solution était alors cohérente¹⁹⁵⁵ avec le droit positif de l'époque, pour lequel, conformément à l'effet relatif des conventions¹⁹⁵⁶, l'inexécution contractuelle ne pouvait être assimilée à la faute délictuelle¹⁹⁵⁷.

Malgré la disparition de toute référence au contrat en 1991¹⁹⁵⁸, au profit de la seule « faute séparable des fonctions », l'argument tenant à l'absence de fait générateur de responsabilité ne

¹⁹⁵⁰ Pour être exhaustif, il conviendrait de citer les articles 1382 et 1383 du Code civil, le législateur n'ayant pas prévu de texte spécifique pour l'engagement de la responsabilité des gérants de sociétés en nom collectif (V. *supra* n°18).

¹⁹⁵¹ V. *supra* n°394.

¹⁹⁵² L'examen des préjudices invoqués en atteste. La possibilité d'engager la responsabilité civile des commettants ou des personnes morales lorsque celle des préposés et mandataires dirigeants est impossible, plaide également en faveur de cette analyse.

¹⁹⁵³ Civ. 1, 31 mai 1978, B. n°213.

¹⁹⁵⁴ Com. 8 mars 1982, Rev. sociétés 1983, p.573, note Y. GUYON – Com. 4 octobre 1988, Rev. sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN.

¹⁹⁵⁵ Il ne peut être fait état ici que de cohérence, car il est peu probable que la chambre commerciale ait suivi ce raisonnement. Elle semblait plus vraisemblablement s'orienter vers la jurisprudence à venir.

¹⁹⁵⁶ Article 1165 du Code civil.

¹⁹⁵⁷ Cette règle semble avoir subi des modifications depuis la décision de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 (D. 2006, p.2825, note G. VINEY ; JCP 2006, II, 10181, concl. GARIAZZO, note M. BILLIAU).

¹⁹⁵⁸ Com. 22 janvier 1991, RFC 1991, p.62 note P.REIGNE

serait pas totalement remis en cause, certains auteurs considérant alors que la faute séparable des fonctions correspondait à la faute de gestion, décrite par les textes spéciaux et non équipollente à une faute délictuelle de droit commun. Cette idée ne survit cependant pas à sa confrontation avec les comportements des mandataires dirigeants auxquels la Cour de cassation a pu refuser la qualification de faute séparable. En effet, certains de ces comportements étaient constitutifs d'une violation des dispositions légales applicables aux sociétés¹⁹⁵⁹. Sauf à admettre une erreur de qualification de la faute séparable, la jurisprudence semble plutôt entendre la condition de la faute séparable comme une condition supplémentaire à l'engagement de la responsabilité des mandataires dirigeants¹⁹⁶⁰.

Bref, il semble acquis que l'irresponsabilité civile du mandataire dirigeant n'est pas causée par l'absence du fait générateur de responsabilité. Un auteur¹⁹⁶¹ remarque d'ailleurs que les juges raisonnent toujours à propos de « fautes » qu'ils jugent « séparables » ou « inséparables » ; il n'est donc nullement question d'écarter l'illicéité de l'acte.

L'absence de fait générateur de responsabilité civile a également pu être invoquée suite à l'arrêt *Costedoat*. Ainsi, un auteur exprimait sa préférence pour cette voie qui aurait permis aux juges de faire une application adéquate de l'article 1382 du Code civil¹⁹⁶². Compte tenu de l'« aliénation » du préposé, le caractère fautif de son comportement imprudent pourrait être rejeté¹⁹⁶³. Le même auteur note cependant que ce n'est pas la voie choisie par la jurisprudence. Il n'est pas aisé d'en rapporter la preuve à partir du droit positif en l'absence de tout motif explicite en ce sens. Néanmoins, peu après l'arrêt *Costedoat*, la doctrine avait pu se demander si la solution n'avait pas rendu inutile la démonstration d'une faute du préposé pour engager la responsabilité du commettant¹⁹⁶⁴. Sur ce point, la Cour de cassation semble avoir apporté une réponse dans un arrêt du 8 avril 2004¹⁹⁶⁵. Elle y affirme la nécessité de démontrer la faute du préposé joueur pour engager la responsabilité de son employeur¹⁹⁶⁶. L'admission postérieure de la coexistence de l'irresponsabilité civile et de la responsabilité civile du commettant¹⁹⁶⁷

¹⁹⁵⁹ V. par exemple, Com. 20 octobre 1998, JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI ; D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER : consentement à un cautionnement plus d'un an après l'autorisation donnée par le Conseil d'administration.

¹⁹⁶⁰ A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 493, n°52.

¹⁹⁶¹ J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 477, n°103.

¹⁹⁶² C. RADE, *Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat)*, RCA 2000, chron. 22.

¹⁹⁶³ Dans le sens d'une appréciation plus indulgente de l'imprudence du préposé (manipulé) et d'une appréciation plus compréhensive de l'erreur de droit du préposé obéissant, V. également V. MALABAT, *La responsabilité pénale du subordonné* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.681, spé., p.685 et p.687.

¹⁹⁶⁴ M. BILLIAU note sous l'arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé. n°17.

¹⁹⁶⁵ Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131, note M. IMBERT ; D. 2004, p.2601, note Y.-M. SERINET.

¹⁹⁶⁶ C. RADE, *La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui*, RCA 2004, étude 15.

¹⁹⁶⁷ V. par exemple, Civ. 1, 12 juillet 2007, RCA 2007, comm. 334, obs. H. GROUDEL, où il était question du recours de l'assureur du commettant contre l'assureur du préposé mais où il apparaît très nettement que la faute

semble dès lors démontrer la persistance de la faute du préposé. La doctrine la plus farouchement opposée à la nécessité d'une faute du préposé pour engager la responsabilité du commettant¹⁹⁶⁸ pourrait arguer du domaine singulier de l'arrêt de 2004, à savoir le domaine sportif, dans lequel les règles de la responsabilité civile prennent des atours particuliers¹⁹⁶⁹. Quoi qu'il en soit, nombreux sont les auteurs qui affirment la persistance de la faute¹⁹⁷⁰, ce qu'aucune décision de la Cour de cassation ne vient contredire¹⁹⁷¹.

405. Présence d'un fait justificatif. – Un autre auteur a pu dire que la mission avait été « érigée en fait justificatif »¹⁹⁷². Bien que cet instrument n'ait été invoqué qu'à l'égard du préposé, il ne doit pas être ignoré. Il convient toutefois de lui opposer trois arguments. Le premier tient à l'impossibilité pour le juge de créer des faits justificatifs sous peine d'outrepasser son pouvoir. Le pas ayant déjà été franchi par le passé¹⁹⁷³, l'argument ne suffit pas. Le deuxième argument tient à l'effet traditionnellement *in rem* donné aux faits justificatifs : en leur présence l'illicéité disparaîtrait¹⁹⁷⁴, de sorte que la responsabilité du commettant deviendrait impossible. Or, si la faute de fonction entraîne l'irresponsabilité civile du préposé, elle autorise néanmoins la mise en cause du commettant. Le troisième et dernier argument est à mettre en relation avec le premier : si la poursuite de la mission ne peut être judiciairement érigée en fait justificatif, peut-elle s'inscrire dans un fait justificatif existant ? La réponse est encore une fois négative. La Cour de cassation s'est en effet déjà prononcée à plusieurs reprises pour rejeter l'application du commandement de l'autorité légitime¹⁹⁷⁵ au motif que l'autorité dont il s'agit doit être une autorité publique¹⁹⁷⁶. Le recours à l'état de

du médecin avait permis l'engagement de la responsabilité du commettant sans faire obstacle à l'irresponsabilité du médecin préposé.

¹⁹⁶⁸ V. *infra* n°558.

¹⁹⁶⁹ En matière sportive, il est admis que le seuil de la faute est « décalé » ; la faute doit alors constituer une violation des règles du jeu, ce qui a été rappelé dans l'arrêt de 2004 (Y.-M. SERINET, réf. préc., n°8).

¹⁹⁷⁰ V. notamment, B. DE BERTIER-LESTRADE, *Des fautes sans responsabilité*, LPA 25 janvier 2005, p.5.

¹⁹⁷¹ Nombreuses sont les décisions statuant sur l'action civile de la victime d'une infraction, reprochée pénalement au préposé mais dont les conséquences civiles semblent ne pas devoir lui être imputées. Ainsi, il est difficile d'admettre l'absence de faute là où la juridiction pénale a qualifié un homicide involontaire (par ex., Crim. 19 octobre 2010, n°09-87983, RCA 2011, comm. 46, obs. H. GROUDEL – Crim. 10 mai 2011, n°10-87653).

¹⁹⁷² N. MOLFESSIS, *op.cit.*, n°24. – Le terme semble approuvé par d'autres (J.-B. LAYDU, *Responsabilité civile du salarié : la voie étroite*, RRJ 2005-4(1), p.1936, spé. note de bas de page n°59 sous n°20).

¹⁹⁷³ L'état de nécessité est une création prétorienne consacrée par la loi en 1992 (B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°426 et s.).

¹⁹⁷⁴ Les faits justificatifs sont conçus comme des causes d'irresponsabilité objectives (P. JOURDAIN, *Droit à réparation. Responsabilité fondée sur la faute. Faits justificatifs*, Fasc. 121-20, J.-Cl. civil code, 2012, n°1). Ils sont réputés effacer l'illicéité de l'acte et supprimer tout caractère fautif au comportement de l'agent (*op.cit.*, n°2). – En droit pénal, il est parfois avancé que l'effacement de l'illicéité procède de la destruction de l'élément légal (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, coll., n°241) ou de l'élément injuste (X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2012, n°201 et s., spé. n°212.) – Sur les faits justificatifs et le maintien de la faute civile, V. également J. PELISSIER, *Faits justificatifs et action civile*, D. 1963, p. 121.

¹⁹⁷⁵ Article 122-4 alinéa 2 du Code pénal.

¹⁹⁷⁶ Crim. 27 janvier 1859, S. 1859, p.364 – Crim. 28 avril 1866, DP 1866, p.356 – Crim. 31 mars 1933, Gaz. Pal. 1933, 1, p.973 – Crim. 12 janvier 1977, B. n°18 – Civ. 2, 22 novembre 1978, D. 1979, p. 347 – Crim. 4 octobre 1989, B. n°328 – Crim. 13 mars 1997, B. n°107 – Crim. 26 juin 2002, Dr. pén. 2002, comm. 133, obs.

nécessité¹⁹⁷⁷ ne convainc pas davantage¹⁹⁷⁸ et n'a d'ailleurs jamais été invoqué par un préposé pour se défendre. La présence d'un fait justificatif existant est donc exclue, qui n'avait de toute façon été invoquée que pour la situation du subordonné. A ce titre, le parallèle peut être fait avec la situation de contrainte déjà invoquée par un salarié pour s'exonérer de sa responsabilité pénale, mais toujours rejetée par la chambre criminelle¹⁹⁷⁹.

En conclusion, l'illicéité du comportement des agents irresponsables reste manifeste. Dès lors, la coexistence de l'illicite et de l'irresponsabilité peut peut-être s'expliquer par l'absence de lien causal entre ladite illicéité et le dommage invoqué.

b. L'impossible absence de lien causal

406. Nécessité d'un lien causal. – Cette nécessité est d'une remarquable constante en droit de la responsabilité civile. Imposée textuellement tant pour la responsabilité du fait personnel que pour la responsabilité du fait d'autrui, cette condition signifie que le comportement de l'agent doit avoir **causé** le dommage que la responsabilité civile doit réparer. L'irresponsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant pourrait donc parfaitement avoir pour origine une absence de lien causal.

Ce n'est pourtant pas le cas puisque le commettant et la personne morale engagent leur responsabilité civile là où préposé et mandataire dirigeant voient leur irresponsabilité civile garantie. L'absence de lien causal n'est donc pas la cause de l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant.

407. Synthèse. – Bien que la disparition du fondement de la faute semble actée en droit positif de la responsabilité fonctionnelle, son influence persistante dans les propositions doctrinales, ne peut manquer d'interroger. Il est à l'évidence bien difficile de se défaire de cette référence tant elle a paru éthiquement irréprochable pendant de nombreuses années. Pourtant, le droit positif actuel exige que soit abandonnée toute velléité de rétablir ou de conserver la faute comme fondement unique de la responsabilité civile¹⁹⁸⁰. Avant de condamner cet état du droit, il faut donc se prononcer sur la possibilité d'un tel abandon.

M. VERON ; D. 2003, p.172, obs. M. SEGONDS ; RSC 2003, p.93, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2003, p.177, obs. B. BOULOC.

¹⁹⁷⁷ Article 122-7 du Code pénal.

¹⁹⁷⁸ V. MALABAT, *op. cit.*, p.689.

¹⁹⁷⁹ Crim. 20 septembre 1894, DP 1899, p.350 – Crim. 28 février 1962, B. n°111 – Crim. 14 janvier 1980, B. n°21.

La jurisprudence accepte cependant que le préposé démontre une situation de contrainte, à la condition que celle-ci ne se réduise pas à sa situation subordonnée : Civ. 2, 11 février 1971, B. n°53.

¹⁹⁸⁰ Pourvu que des fondements concurrents sont admis, il reste tout à fait exact que la faute continue et continuera à jouer un rôle salvateur en droit de la responsabilité civile (P. LE TOURNEAU, *Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème}

B. L'abandon possible du fondement fautif

408. Abandon possible dans une logique de réparation. – La reconnaissance de la dualité de fonctions de la responsabilité civile doit impliquer une plus grande ouverture quant aux fondements possibles de la responsabilité. Si la place prépondérante de la faute dans la fonction sanctionnatrice est incontestée et sans doute incontestable¹⁹⁸¹, elle peut en revanche être interrogée dans une logique de réparation. Il faut montrer que suivant cette logique, le fondement fautif n'est pas indispensable à la responsabilité fonctionnelle (1.) et que cette logique réparatrice n'est pas incompatible avec l'irresponsabilité fonctionnelle (2.).

1. La compatibilité entre la logique réparatrice et l'abandon du fondement fautif

409. Place grandissante de la logique réparatrice. – Qu'elle soit reconnue comme source d'un véritable progrès social ou d'une forme de régression juridique¹⁹⁸², la mutation de la responsabilité civile en mécanisme de réparation est une réalité à laquelle les plus grandes instances semblent agréer¹⁹⁸³. L'attention est désormais davantage portée sur la *créance* de responsabilité que sur la *dette* de responsabilité¹⁹⁸⁴ au nom de l'« impératif civil de réparation »¹⁹⁸⁵. Pourtant, même dans une logique réparatrice, le fondement fautif semblait pertinent car il permettait de distinguer la réparation de l'indemnisation.

410. Faute et distinction entre réparation et indemnisation. – Il serait erroné de penser que la faute ne saurait jouer aucun rôle dans la fonction réparatrice de la responsabilité civile. En effet, la faute permettait de moraliser la répartition de la charge des dommages : la victime devait supporter le poids de la fatalité tandis que le responsable supportait celui de sa faute¹⁹⁸⁶. C'est ainsi que le départ entre un régime d'indemnisation et un régime de réparation s'ordonnait harmonieusement, respectueux de la dimension morale de la responsabilité civile. Plusieurs études semblent pourtant attester l'inutilité de la faute pour distinguer réparation et indemnisation. Les premières propositions reposent plus ou moins sur un critère de participation au dommage. Ainsi, tandis que les débiteurs de l'obligation d'indemniser la

journees René SAVATIER, 1997, PUF, p.19, dont quelques propositions semblent aujourd'hui avoir acquis valeur prédictive, spé. p.33).

¹⁹⁸¹ V. *infra* n°604.

¹⁹⁸² L. CADIET, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.495.

¹⁹⁸³ V. *infra* n°456.

¹⁹⁸⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation*, RTD civ. 1987, p.1 ; R. SAVATIER, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, in *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel LABORDE-LACOSTE*, éd. Bière, 1963, p. 321, spé. p.323.

¹⁹⁸⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, RTD civ. 1998, p.1.

¹⁹⁸⁶ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, n°12.

victime ne seraient pour rien dans la production du dommage, ceux de l'obligation de réparer n'y seraient pas étrangers¹⁹⁸⁷. Le critère de distinction avancé réside alors dans la causalité¹⁹⁸⁸. La démonstration du caractère fallacieux de ce critère a déjà été faite¹⁹⁸⁹, de sorte qu'il n'est point besoin d'y revenir. Des travaux plus récents considèrent en revanche que le véritable critère de distinction tiendrait à l'exigence d'une sphère d'autorité présente en matière de responsabilité mais absente du domaine de l'indemnisation¹⁹⁹⁰. Cette proposition est intéressante, même si elle n'emporte pas totalement la conviction¹⁹⁹¹.

Un autre critère de distinction peut être suggéré, reposant sur la cause de l'obligation du débiteur : si cette cause est étrangère à toute logique d'imputation, il s'agira d'un mécanisme d'indemnisation. Si, en revanche, l'obligation fait suite à l'imputation du dommage à son débiteur, il s'agira d'un régime de responsabilité¹⁹⁹². Suivant cette distinction, la prise en charge des dommages par l'assurance maladie, par un fonds de garantie ou par l'assurance relève d'un mécanisme d'indemnisation car elle correspond à la contrepartie du versement de cotisations sociales ou à l'engagement contractuel de la compagnie d'assurance. A l'inverse, relèvent de mécanismes de responsabilité, les responsabilités du fait d'autrui mais aussi, et cela peut surprendre, l'obligation de réparation prévue par la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accidents de la circulation puisque celle-ci découle de la conduite ou de la garde d'un véhicule « impliqué » dans l'accident.

Partant, le fondement fautif n'est effectivement pas utile pour distinguer les régimes de responsabilité des régimes d'indemnisation.

411. Dimension morale de la responsabilité civile. – En outre, la dimension morale de la responsabilité civile n'est pas nécessairement mise à mal par l'abandon du fondement fautif. Ce dernier a en effet longtemps correspondu à une lecture religieuse de la responsabilité, les règles légales se contentant de donner une formulation juridique à un principe d'ordre supérieur¹⁹⁹³. Cette lecture religieuse céda ensuite le pas à une lecture morale et laïcisée par l'École du droit naturel, en réalité fortement inspirée par la morale chrétienne¹⁹⁹⁴. Partant, d'autres logiques doivent être à même de répondre aux limites du fondement fautif¹⁹⁹⁵ dont la

¹⁹⁸⁷ C'est ainsi que doit être comprise la définition de la responsabilité civile comme l'« obligation qui peut incomber à une personne de réparer un dommage subi par autrui et à la réalisation duquel le droit considère qu'elle n'a pas été étrangère » (L. BACH, *op. cit.*, spé. n°12-13).

¹⁹⁸⁸ O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LGDJ, coll. Varenne, 2008, n°377.

¹⁹⁸⁹ V. *supra* n°397.

¹⁹⁹⁰ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 99, 2010, n°530.

¹⁹⁹¹ V. à propos de la notion d'autorité, *infra* n°418.

¹⁹⁹² V. *infra* n°534 à propos de la notion d'imputation. – *Contra*, O. SABARD pour qui la présence d'une « imputation impérative » du fait dommageable au « responsable » est le signe d'un régime d'indemnisation (*op. cit.*, n°402-403).

¹⁹⁹³ Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?* in *Fin de la faute ? Droits* n°5, 1987, p.29, spé. n°3.

¹⁹⁹⁴ G. VINEY, *La responsabilité* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Droit, 1990, t.35, Sirey.

¹⁹⁹⁵ Y. FLOUR, *op. cit.*, n°11.

rémanence est vertement critiquée comme correspondant à une « conception étriquée de la morale et de la responsabilité »¹⁹⁹⁶. Elle constitue en effet un frein, souvent injuste, à une réparation efficace.

412. Le fondement fautif, frein à une réparation efficace. – Dès la rédaction du Code civil le fondement fautif a dû être concilié avec les exigences d'une juste réparation. Ainsi, la faute, en tant que fondement éthique de la responsabilité aurait dû impliquer un traitement différent des fautifs en fonction de la gravité de leur faute¹⁹⁹⁷. Pourtant, imprudence et intention conduisent identiquement à l'octroi des mêmes dommages et intérêts dont l'évaluation est contingente à la seule gravité du préjudice¹⁹⁹⁸. C'est qu'en effet la fonction normative a été ici abandonnée¹⁹⁹⁹ au seul profit de la fonction réparatrice. D'un certain point de vue, ce choix procède d'une atténuation du fondement fautif de la responsabilité civile²⁰⁰⁰. C'est encore le besoin d'indemnisation des victimes qui sous-tend la profonde et durable transformation du droit de la responsabilité civile par l'apparition de la responsabilité objective ou « dépersonnalisée »²⁰⁰¹ c'est-à-dire indifférente à la faute voire au comportement du responsable. D'abord la responsabilité générale du fait des choses fut évincée de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil²⁰⁰² et rapidement objectivée par les juges²⁰⁰³ avant que l'objectivisation se poursuive dans le domaine de la responsabilité du fait d'autrui²⁰⁰⁴.

¹⁹⁹⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, réf. préc., p.2.

¹⁹⁹⁷ La jurisprudence procède ainsi au stade de la contribution à la dette entre codébiteurs, chacun ne supportant finalement la charge qui lui incombe à proportion de la gravité de sa faute (Civ. 1, 17 décembre 1996, B. n°450). Cette règle procède incontestablement d'une logique sanctionnatrice (R. BARUFFOLO, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131, spé. p.139). Or, d'après cette logique, il n'est plus certain que cette règle fasse figure de survivance archaïque de la supériorité de la faute, bref d'anachronisme (V. les explications et les références citées par C. RADE, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, I. *L'impasse*, D. 1999, p. 313, spé. n°5).

¹⁹⁹⁸ Ce système révèle toutes ses faiblesses en présence de fautes lucratives dont le profit subsistant pour l'auteur de la faute est supérieur au préjudice indemnisé de la victime (sur ce point, V. D. FASQUELLE, *L'existence de fautes lucratives en droit français en droit français* in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?*, LPA 2002, p.27).

¹⁹⁹⁹ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°2.

²⁰⁰⁰ R. BARUFFOLO, *op. cit.*, p.135.

²⁰⁰¹ R. SAVATIER, *op. cit.*, p.332.

²⁰⁰² Civ. 16 juin 1896, arrêt *Teffaine*, S. 1897, p.17, ESMEIN ; DP 1897, p.433, concl. SARRUT et note R. SALEILLES.

²⁰⁰³ Ch. Réunion 13 février 1930, arrêt *Jand'heur*, D. 1930. 1. 57, concl. MATTER et note G. RIPERT ; S. 1930. 1. 121, note P. ESMEIN.

²⁰⁰⁴ V. *supra* n°395.

S'agissant des père et mère, leur responsabilité pour faute s'est d'abord transformée en responsabilité de plein droit (Civ. 2, 19 février 1997, *Bertrand*, D. 1997, p.265, note P. JOURDAIN ; JCP 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY) avant la transformation de son fait générateur en simple fait causal de l'enfant (Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, RCA 2001, chron. 18, H. GROUDEL ; JCP 2001, II, 10163, note J. MOULY – AP 13 décembre 2002, D. 2003, p.231, note P. JOURDAIN).

Enfin, certains auteurs ont soulevé une réalité sociologique certaine : sous l'influence de la mécanisation amplifiant l'efficacité du geste humain mais aussi l'ampleur des dommages, la réparation n'est plus à la mesure soit de la faute, soit de la fortune du fautif²⁰⁰⁵.

Bref, tandis qu'il existe des raisons solides de souhaiter l'abandon du fondement fautif, il est apparu illégitimement sous-estimé pour justifier de la responsabilité fonctionnelle. Ce n'est pourtant pas en la matière que l'abandon de la faute est le plus problématique car il ne heurte pas la fonction réparatrice de la responsabilité civile. Le même constat ne relève pas autant de l'évidence s'agissant de l'irresponsabilité fonctionnelle.

2. La compatibilité entre la logique réparatrice et l'irresponsabilité fonctionnelle

413. Logique réparatrice et possibilité de l'irresponsabilité de l'agent fautif. – Lorsque la responsabilité civile est envisagée comme une institution permettant la réparation du préjudice d'une victime, l'accent est mis sur cette dernière en priorité²⁰⁰⁶.

Autrement dit, envisagée du point de vue de la seule réparation de la victime, l'effectivité de l'indemnisation importe davantage que l'affectation du poids de la réparation à l'agent fautif²⁰⁰⁷. Cette préoccupation fut ainsi à l'origine de nombreux mécanismes d'indemnisation déconnectés de toute considération morale portée sur le débiteur²⁰⁰⁸. Ainsi l'assureur est-il tenu d'indemniser la victime de son assuré sur le fondement du seul contrat d'assurance. La logique de l'action directe est évidemment celle d'une indemnisation facilitée de la victime. En raison de ce mécanisme, le véritable « responsable » du dommage n'est plus le débiteur de la victime. La situation, qui a pu être critiquée, est aujourd'hui admise.

Si le mécanisme de l'assurance illustre parfaitement la possibilité de l'immunité d'un agent fautif²⁰⁰⁹, il n'est pas équipollent à la situation visée. En effet, la victime qui exerce une action directe contre l'assurance de l'agent fautif a la garantie d'être effectivement indemnisée. C'est également le cas de la victime d'un agent public qui aura demandé la réparation de son préjudice à l'Etat. Puisque commettant et personne morale n'offrent pas les mêmes gages de solvabilité que l'Etat et les compagnies d'assurance²⁰¹⁰, l'immunité du chargé de fonction doit être solidement argumentée.

²⁰⁰⁵ R. SAVATIER, *op. cit.*, p.335.

²⁰⁰⁶ V. *supra* n°409.

²⁰⁰⁷ *Contra*, au Moyen-Age où l'attention était prioritairement portée sur la personne du responsable. Ainsi, GROTIUS ou DOMAT ne pouvait imaginer que la faute ne conduise pas à l'existence d'une obligation de réparation à la charge du fautif (V. sur ce point, G. VINEY, *La responsabilité*, réf. préc., p.281).

²⁰⁰⁸ V. *supra* n°410.

²⁰⁰⁹ Cette immunité a une portée différente de celle dont bénéficient préposés et mandataires dirigeants, car son bénéficiaire l'aura préalablement financée en payant ses primes d'assurance.

²⁰¹⁰ Dans l'affaire *Costedoat*, le commettant avait été mis en liquidation judiciaire alors que la victime n'avait pas déclaré sa créance de réparation en temps utile.

414. Responsabilité du fait d'autrui et garantie de réparation. – L'admission de l'irresponsabilité fonctionnelle exige principalement que soit combattue l'idée selon laquelle elle consacrerait la ruine des règles de responsabilité élaborées par le législateur. Ainsi, selon certains auteurs, l'irresponsabilité du préposé va à l'encontre de la « raison d'être » de la responsabilité du commettant, à savoir « offrir à la victime une opportunité **supplémentaire** de réparation »²⁰¹¹. Cette explication semble signifier que le législateur avait la volonté d'**avantager** les victimes de préposés. Or, pourquoi les victimes de préposés exerçant leurs fonctions devraient-elles être mieux traitées que les autres victimes ?

Il est sans doute plus juste de dire, comme d'autres auteurs, que le législateur a institué cette responsabilité du fait d'autrui pour rétablir une égalité entre toutes les victimes, celles des préposés ayant statistiquement plus de risques d'être en présence d'un débiteur incapable d'assurer personnellement la réparation de son dommage²⁰¹². Dès lors, tout était fait comme si l'irresponsabilité civile **de fait** du préposé avait été intégrée par le législateur. Une fois admise la possibilité du seul engagement du commettant, le risque d'insolvabilité du débiteur de l'obligation de réparation de la victime d'un préposé n'est ni plus élevé ni plus bas que celui de la victime d'une autre situation, ce qui est équitable dans un régime de réparation et non d'indemnisation²⁰¹³.

La conclusion doit être identique s'agissant de la victime du mandataire dirigeant : pourquoi lui serait-il possible de disposer de deux débiteurs, là où une victime *lambda* doit se contenter d'un seul ?

Ne pas proposer deux débiteurs de réparation à la victime d'un chargé de fonction est donc justifiable, même sous l'égide d'une logique de réparation.

Si le fondement fautif peut être abandonné sans que la logique réparatrice de la responsabilité en soit heurtée, il reste indispensable de trouver un autre fondement. Ce dernier doit être interrogé avec soin, notamment pour respecter l'essence du droit de la responsabilité. De précédentes études ont ainsi guidé la recherche vers un fondement issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil. Sera-t-il ici aussi admis ?

²⁰¹¹ J.-F. BARBIERI, *op. cit.*, n° 18. – Egalement, J. JULIEN pour qui la principale finalité de cette figure juridique, résidant dans la considération de la victime, impose que cette dernière puisse engager la responsabilité du « responsable primaire ». Il s'agit pour l'auteur d'une « évidence » autant que d'une « exigence » (*op. cit.*, n°265 et s.).

²⁰¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 207 – Cette explication, sans doute la plus exacte, est surtout pertinente dans le cadre d'un lien de préposition contractuel (ce cadre étant plus propice au déséquilibre financier entre commettant et préposé) et devrait remettre en question certaines jurisprudences ayant admis l'existence d'un lien de préposition entre amis ou entre membres de la famille (V. *supra* n°80). Il n'en est pourtant pas question pour cette doctrine (*op. cit.*, n°211) qui se prononce par ailleurs sur le fondement de la garantie-autorité (V. *supra* n°401).

²⁰¹³ Selon certains auteurs, la responsabilité civile fait toujours peser le risque d'insolvabilité sur cette victime (C. GRARE, *op. cit.*, n°45), quel que soit le fondement retenu.

§ 2. L'admission du fondement issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil

415. Unanimité relative de la doctrine. – De nombreux auteurs s'accordent aujourd'hui pour dire que le fondement des responsabilités du fait d'autrui réside dans la nature du lien unissant l'auteur de la faute et le civilement responsable²⁰¹⁴. Cette proposition pourrait être transposée à la responsabilité issue de la commission d'une faute de fonction. Les développements précédemment consacrés à la nature des liens entre agent fautif et responsable civil²⁰¹⁵ devraient donc faciliter la consolidation d'un fondement politique propre au régime de la faute de fonction réparatrice. Pourtant les propositions de la doctrine ne conduisent pas là où l'émergence d'une situation fonctionnelle commune au préposé et au mandataire dirigeant pourrait mener. C'est pourquoi, il faudra là encore traiter distinctement des fondements s'enracinant dans les liens personnels unissant distinctement le préposé à son commettant et le mandataire dirigeant à la personne morale. La première proposition conduit à reconnaître l'existence de fondements distincts mais potentiellement convergents (**A.**), la seconde à préférer un fondement unifié issu du lien unissant l'agent fautif au responsable civil (**B.**).

A. Les fondements convergents issus des liens unissant l'agent fautif et le responsable civil

416. Convergence et coïncidence. – Les fondements habituellement retenus pour justifier du régime de la faute de fonction sont généralement propres à chacune des situations fonctionnelles concernées. L'analogie de ce régime ne serait que coïncidence tant en ce qui concerne ses conditions que ses effets. La démonstration d'une situation fonctionnelle ne fait pas disparaître totalement le bien-fondé de ces fondements puisque le dénominateur commun de toutes les situations fonctionnelles s'accommode de l'existence de sous-catégories. Seront donc évoqués le fondement issu du lien unissant le préposé et le commettant (**1.**) puis le fondement issu du lien unissant le mandataire dirigeant et la personne morale (**2.**).

1. Le fondement issu du lien unissant le préposé et le commettant

417. Problématique récurrente. – Nombreux sont les commentateurs qui semblent avoir abandonné l'espoir de découvrir un fondement solide, ne serait-ce qu'à l'engagement de la

²⁰¹⁴ En ce sens, J. JULIEN, *op. cit.*, n°60 ; QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°599; – V. également en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE qui affirme que l'essence de la responsabilité civile est le « lien juridique et moral fondamental entre l'auteur et la victime des dommages » (*op. cit.*, p.14), mais met également l'accent sur le lien unissant l'auteur et le civilement responsable (*op. cit.*, p.11).

²⁰¹⁵ V. *supra* n°32 et s.

responsabilité du commettant. Tandis qu'un auteur affirme sans ambages que la jurisprudence n'a pas choisi de fondement²⁰¹⁶, d'autres vont plus loin en considérant qu'il est vain de trouver un fondement unique en raison de la diversité des sources du lien de préposition²⁰¹⁷. Il a alors été proposé de rompre avec la méthode inductive afin d'assigner de manière autoritaire un fondement à cette responsabilité, quitte à ce que cela implique une modification du droit positif²⁰¹⁸.

La récurrence de ce problème était cependant inévitable puisque la diversité de fondements possibles apparaissait déjà dans le discours prononcé par BERTRAND DE GREUILLE devant le Tribunal pour justifier l'édiction de l'article 1384 du Code civil : y étaient invoqués le risque-profit et la confiance autant que la faute²⁰¹⁹.

418. Fondement du risque-autorité. Fondement de la maîtrise. – Au sein d'un courant général favorable à la théorie du risque, le fondement du risque-autorité connaît un certain succès dans la doctrine qui considère que la responsabilité du commettant est la contrepartie de son « pouvoir de contrôle et de direction »²⁰²⁰. S'il est acquis dans la doctrine moderne que le seul lien d'autorité suffit à justifier l'imputation des dommages du préposé au commettant, sans qu'il soit nécessaire d'y percevoir la possible participation du commettant²⁰²¹, certains auteurs manifestent la volonté d'apporter quelques raffinements à ce courant. Ainsi, a-t-il pu être précisé que le commettant était responsable en raison de sa **volonté** d'exercer une autorité sur son préposé²⁰²².

Une autre théorie peut être rapprochée du risque-autorité : la théorie de la maîtrise²⁰²³. La particularité de cette proposition tient à ce que le commettant n'y est plus appréhendé comme un individu mais comme un représentant de l'unité économique qu'il dirige²⁰²⁴,

²⁰¹⁶ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 59.

²⁰¹⁷ M. BILLIAU, note sous arrêt *Costedoat*, AP, 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé. n° 16.

²⁰¹⁸ M. PLANIOL : « cette responsabilité a reçu une extension et un caractère tels qu'il est devenu nécessaire de lui trouver une autre base, et si on n'en peut découvrir une, de l'abandonner ou de la restreindre » (*Etudes sur la responsabilité*, Rev. crit. lég. et juris. 1909, p.282, spé. p.298).

²⁰¹⁹ « N'est-ce pas en effet le service dont le maître **profite** qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? N'a-t-il pas à se **reprocher** d'avoir donné sa **confiance** à des hommes méchants, maladroits ou imprudents ? Et serait-il juste que des tiers demeurent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent ? » (P.A. FENET, F. EWALD, *Naissance du code civil : la raison du législateur : travaux préparatoires du code civil*, Flammarion, 1989, chapitre 7, p.345, spé. p.347).

²⁰²⁰ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français. 2. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Sirey, 1939, n°511.

Egalement en ce sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations. T.1. Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n°490 et plus récemment : C. GRARE (*op. cit.*, n°102), qui consent à l'adéquation du risque-profit à la situation du commettant (*op. cit.*, n°35 et 101-102) mais qui achoppe sur les règles de responsabilité de la gestion d'affaires (*op. cit.*, n°102) ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, p.11.

²⁰²¹ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°599 ; pour le caractère objectif de l'imputation, *op. cit.*, n°603.

²⁰²² J. JULIEN, *op. cit.*, n°153 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2012-2013, n°7497.

²⁰²³ G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé* in *Mélanges LAPOYADE-DESCHAMPS*, p.83 – Adde, C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, spé. p.269.

²⁰²⁴ G. VINEY ET P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Tome 1, Conditions de la responsabilité*, 3 éd. 2006, n°791-1.

l'entreprise²⁰²⁵. La notion de maîtrise entend alors englober tout à la fois le profit et l'autorité du commettant. Si ce dernier engage sa responsabilité c'est parce qu'il conserve la maîtrise de l'activité dont il a confié l'exécution à son préposé.

Ce fondement semble avoir été repris par l'avant-projet Catala qui distingue le lien de préposition du lien d'encadrement et d'organisation²⁰²⁶ afin d'en déduire des régimes distincts, le régime de la faute de fonction réparatrice ne pouvant concerner que la faute commise dans le cadre du premier lien. Or, la distinction repose entièrement sur la présence ou l'absence d'un lien de subordination, ou plus précisément sur l'intensité de l'autorité exercée par le responsable.

Ce fondement étant exposé, il convient d'en apprécier les avantages avancés et les critiques qui lui sont adressées.

419. Appréciation des avantages de ce fondement. – Le premier avantage de ce fondement résiderait dans sa possible transposition aux autres responsabilités du fait d'autrui de l'article 1384 du Code civil²⁰²⁷, rétablissant ainsi l'unité dans un domaine apparemment hétérogène.

Pourtant si le fondement de toutes ces responsabilités est commun, comment expliquer les disparités de régime. Ainsi comment expliquer que l'irresponsabilité fonctionnelle ne soit connue que du régime de la faute de fonction réparatrice ? Pour certains auteurs cette situation s'explique par l'inachèvement du régime de responsabilité du fait d'autrui. C'est pourquoi, l'irresponsabilité fonctionnelle de l'auteur matériel devrait être étendue à l'enfant²⁰²⁸ ou à celui dont le mode de vie est organisé²⁰²⁹. Pour d'autres en revanche, le fondement du risque-autorité est insuffisant à justifier de l'irresponsabilité de l'auteur matériel²⁰³⁰.

Au contraire, la distinction au sein des responsabilités du fait d'autrui de l'article 1384 du Code civil est justifiée car si ces responsabilités prennent toutes naissance dans une situation fonctionnelle, toutes n'appartiennent pas à la même catégorie de situation fonctionnelle. Au moment de déterminer la nature des liens unissant le responsable civil et l'auteur de la faute, une distinction était en effet apparue, fondée sur la finalité de la fonction, entre les fonctions de

²⁰²⁵ D'autres auteurs semblent se prononcer en faveur du « risque de l'entreprise » : M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants*, JCP 1970, I, 2309, spé. n°24. – C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n°338 – V. *infra* n°605.

²⁰²⁶ Article 1360 du Code civil proposé par l'avant-projet.

²⁰²⁷ M. POUmarede, *L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui d'autrui* in *Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.840, spé. p.861 ; C. RADE, *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* in *Responsabilité civile et assurances, Mélanges en l'honneur d'Hubert GROUDEL*, Litec, 2006, p.375, spé. n°19.

²⁰²⁸ M.-S. PAYET, *Vers la reconnaissance d'un principe d'irresponsabilité du mineur en matière délictuelle et quasi-délictuelle*, LPA, 20 et 21 août 2002, n°166, p.4 et 167, p.3.

²⁰²⁹ C. RADE, *op. cit.*, n°22 et s.

²⁰³⁰ J. JULIEN, *op. cit.*, n°59, 65, 67 et 149.

protection et les fonctions d'expansion²⁰³¹. Partant, tandis que la responsabilité générale du fait d'autrui et la responsabilité parentale interviennent dans le cadre d'une situation fonctionnelle de protection, la responsabilité du commettant a pour cadre une situation fonctionnelle d'expansion.

Qu'elles donnent lieu à des régimes distincts se justifie donc. En outre, l'existence d'un fondement commun s'en trouve hypothéquée, sans que cela doive nécessairement être déploré²⁰³².

Le fondement du risque-autorité présente le second avantage de coïncider parfaitement avec la préoccupation de protéger le préposé²⁰³³, à l'égard duquel les règles antérieures à la jurisprudence *Costedoat* étaient d'une sévérité excessive²⁰³⁴ compte tenu de son absence de liberté d'agir²⁰³⁵ consécutive à l'autorité qui s'exerce sur lui. Pourtant cette autorité n'aliène pas totalement le préposé puisque n'en découle pas nécessairement une situation de contrainte²⁰³⁶. Sa liberté individuelle n'a donc pas disparu, même partiellement²⁰³⁷.

Les avantages avancés par les théoriciens du risque-profit n'emportent toutefois pas totalement l'adhésion puisque des critiques sont relevées à l'encontre de ce fondement.

420. Appréciation des critiques relevées à l'encontre de ce fondement. – Trois principales critiques sont portées à la théorie du risque-autorité.

Il lui est d'abord reproché de ne pas pouvoir justifier l'engagement du commettant en cas d'abus de fonction²⁰³⁸. Le préposé s'étant alors volontairement émancipé de l'autorité de son commettant, ce dernier ne devrait plus engager sa responsabilité. Ainsi, alors que pour la chambre sociale cette situation fait disparaître la subordination, laissant la place à la vie

²⁰³¹ Les fonctions de protection ont pour finalité de protéger celui pour lequel les fonctions sont exercées tandis que les fonctions d'expansion ont pour finalité d'accroître l'activité de celui pour lequel les fonctions sont exercées (V. *supra* n°163 et s.).

²⁰³² L'uniformité des régimes de responsabilité du fait d'autrui n'est peut-être pas nécessaire. Pour certains auteurs l'uniformité du fondement de la responsabilité civile délictuelle n'est pas un impératif essentiel (R. BARUFFOLO, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131, spé. p.153). Il pourrait en être de même à l'intérieur de la catégorie « responsabilité du fait d'autrui ».

²⁰³³ Un auteur fait ainsi référence au respect de l'opposabilité *erga omnes* du contrat de travail (C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n°339).

²⁰³⁴ M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants*, JCP 1970, I, 2309.

²⁰³⁵ G. VINEY, note sous l'arrêt *Rochas*, D. 1994, p.125, spé. p.126 : il est reproché au droit positif antérieur de « lui faire supporter indirectement les conséquences d'éventuels défauts d'organisation de l'entreprise qui ne lui sont pourtant pas imputables » – Dans le même sens, J. MOULY, note sous Crim. 28 mars 2006, JCP 2006, II, 10188 ; JCP G 2009, note 95.

²⁰³⁶ P. BRUN, note sous arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°16. – Sur la caractérisation de la contrainte, V. *supra* n°405.

²⁰³⁷ L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 521, 2010, n°762.

²⁰³⁸ En ce sens, L. BACH, *op. cit.*, spé. n°8 ; C. LARROUMET, note sous Crim. 2 novembre 1971, D. 1973, p.21 ; N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°60.

personnelle du salarié, la jurisprudence civile continue à admettre le lien de préposition en refusant d' « exonérer » le commettant²⁰³⁹.

Cette critique n'est cependant plus recevable dès lors qu'ont été dénoncés tant le lien causal entre le dommage et le commettant²⁰⁴⁰ que le spectre de la faute dissimulé derrière l'autorité du commettant²⁰⁴¹. L'étude de la jurisprudence sur ce point a montré que l'abus de fonction ne détruit pas entièrement le lien fonctionnel²⁰⁴², de sorte que l'engagement du commettant reste légitime. Du moins pourrait-il être admis que dans cette circonstance l'autorité du commettant justifie que ce dernier joue un simple rôle de garant²⁰⁴³, lui ouvrant le droit à une action récursoire²⁰⁴⁴.

La deuxième critique lui reproche de s'appuyer sur « une singulière approche de l'organigramme de l'entreprise »²⁰⁴⁵. Il est vrai que la qualité de préposé ne suppose pas nécessairement l'exercice de fonctions subalternes²⁰⁴⁶.

La troisième critique est une conséquence de la deuxième puisqu'il est également reproché à la théorie du risque-autorité de ne pas correspondre à la réalité du lien unissant le commettant au préposé. En effet, l'élargissement du lien de préposition fait perdre au critère de l'autorité beaucoup de sa valeur²⁰⁴⁷. Est alors dénoncée l'incompatibilité de ce fondement avec le domaine d'application de la responsabilité du commettant²⁰⁴⁸ puisque certains salariés dont la pratique échappe en fait et en droit au contrôle de leur commettant²⁰⁴⁹ sont admis dans la catégorie des préposés, tandis que de nombreux autres préposés jouissant d'une autonomie

²⁰³⁹ Selon certains auteurs et pour rétablir une certaine « cohérence », la jurisprudence civile devrait transposer les solutions de la jurisprudence sociale relative à la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle (N. MOLFESSIS, *Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, Dr. soc. 2004, p.31, spé., n° 21).

²⁰⁴⁰ V. *supra* n°398.

²⁰⁴¹ V. *supra* n°401.

²⁰⁴² V. *supra* n°239.

²⁰⁴³ En droit public, la doctrine explique que si pour l'Administration, l'agent public s'est écarté de ses fonctions, pour les tiers, il reste un agent public, ce qui justifie que l'Administration réponde de ses actes.

²⁰⁴⁴ V. *infra* n°580.

²⁰⁴⁵ P. BRUN, note sous arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°16.

²⁰⁴⁶ N. FERRIER, *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°259. – Ex. dans la jurisprudence à propos de fautes commises par des directeurs : Civ. 2, 12 juillet 1989, B. n°150 – Crim. 25 mars 1992, n°91-804507 – Civ. 1, 19 mars 2002, B. n°190.

²⁰⁴⁷ P. JOURDAIN, *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements*, in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, p.67, spé. p.73.

²⁰⁴⁸ En ce sens, M. ASSELAIN, *Responsabilité des professionnels de santé salariés : changement de solutions*, RCA 2005, étude n°6, spé. n°11 : cet auteur exprime sa préférence pour les fondements du risque-activité ou du risque-profit – N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation*, réf. préc., n°59.

²⁰⁴⁹ Sont ici visés les médecins, les avocats, etc.

Lorsque la jurisprudence maintenait leur responsabilité personnelle à raison de leur indépendance après la jurisprudence *Costedoat* (V. *infra* n°495), il semblait que l'autorité constituait bien le fondement de l'immunité du préposé et de la responsabilité du commettant. Le revirement de jurisprudence opéré prive le risque-autorité d'un argument de poids.

certaine dans l'exécution de leur mission²⁰⁵⁰. La réalité du pouvoir exercé par le commettant sur son préposé est donc remise en cause²⁰⁵¹. A cette critique peut cependant être objecté que pour justifier de la responsabilité du commettant, il n'est pas nécessaire de constater une autorité effectivement exercée, conformément au rejet de tout lien causal entre le dommage et le commettant et de tout fondement fautif²⁰⁵². En effet, alors que cette autorité doit être effective pour pouvoir présumer que le commettant a commis une faute de surveillance, ce n'est plus le cas si l'autorité justifie à elle seule l'imputation de la faute du commettant.

Pour conclure, si les avantages prétendus de ce fondement ne sont guère enthousiasmants, les critiques qui lui sont adressées procèdent souvent d'une interprétation obsolète du risque-autorité. Cette théorie ne sera donc rejetée que si une autre théorie est plus à même de convaincre. En attendant, il faut poursuivre la recherche des fondements convergents par l'examen du fondement issu du lien unissant le mandataire dirigeant à la personne morale.

2. Le fondement issu du lien unissant le mandataire dirigeant et la personne morale

421. Théorie du lien organique. – Le cadre personnel de la faute de fonction a longtemps été réduit au lien unissant une personne physique à une personne morale. Le fondement de son régime semblait dès lors résider dans le mécanisme de la personnalité morale²⁰⁵³, et plus particulièrement dans l'analyse organique²⁰⁵⁴ du lien unissant le mandataire dirigeant à son groupement personnifié. Les défauts de la théorie ont cependant été dénoncés, condamnant qu'elle puisse constituer un fondement admissible à la responsabilité de la personne morale et à l'irresponsabilité du mandataire dirigeant.

422. Limites et apports du lien de représentation. – Puisque le lien unissant le mandataire dirigeant à la personne morale est finalement un lien de représentation, il est inutile d'invoquer la personnalité juridique²⁰⁵⁵ ou la faute comme fondement du régime d'imputation

²⁰⁵⁰ En ce sens, N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°9-19 ; L. PERDRIX, *op. cit.*, n°762 – Déjà, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, p.233.

²⁰⁵¹ Par ex. C. GRARE qui dénonce le caractère fictif de ce lien d'autorité (*Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°102).

²⁰⁵² C. GRARE, *op. cit.*, n°102.

²⁰⁵³ En ce sens, V. notamment, G. AUZERO (notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 31 mars 2004, Bull. Joly 2004, § 197, spé. p.985) ; P. MERLE (notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, spé. n°5 et notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, spé. n°8) – Sur le mécanisme de la personnalité morale, V. *supra* n°58 et s.

²⁰⁵⁴ V. *supra* n°61 et s.

²⁰⁵⁵ Indirectement mais certainement, l'immunité du mandataire dirigeant entendu comme un organe se justifierait ainsi par les nécessités de la personnalité morale (en ce sens, l'étude de M. le Conseiller J.-P. METIVET, VI. *Les articles 52 alinéa 1^{er} et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers*, Rapport de la Cour de cassation 1998, p.111).

déroatoire²⁰⁵⁶. Il ne reste alors que la possibilité de s'appuyer sur la spécificité de ce lien pour évincer un fondement possible. Cette spécificité tient à ce que le représentant se doit d'agir pour le compte du représenté, dans son intérêt. C'est alors le risque-profit²⁰⁵⁷ qui se profile à l'horizon, sans qu'il soit véritablement admis en ce domaine par la doctrine.

423. Synthèse. – Malgré ses insuffisances, le risque-autorité semble devoir justifier du régime de la faute de fonction du préposé tandis que l'extension de ce régime déroatoire à la faute du mandataire dirigeant reste non fondée, sinon peut-être par le risque-profit. Or, ce fondement est apparu en raison de l'obligation du mandataire dirigeant d'agir dans l'intérêt de la personne morale. Puisque cette caractéristique n'est pas l'apanage du seul lien de représentation mais propre à toutes les situations fonctionnelles auxquelles appartient également la relation commettant-préposé, n'est-il pas possible de retenir cet unique fondement ? C'est notamment à cette question que les développements relatifs au fondement unifié issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil seront consacrés.

B. Les fondements unifiés issus du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil

424. Réticences doctrinales. – Le rapprochement entre le préposé et le mandataire dirigeant, étant jugé « pernicieux »²⁰⁵⁸, l'analogie entre leurs deux régimes est dénoncée comme « fallacieuse »²⁰⁵⁹. Cette possibilité de rapprochement a cependant été déjà démontrée tant en ce qui concerne le cadre que la définition de la faute de fonction. La découverte d'un fondement unifié à ces deux régimes devra donc également combattre ces réticences. Elle est aidée en cela par une autre partie de la doctrine qui n'hésite pas à les « regrouper » au sein d'un même développement²⁰⁶⁰ ou qui semble séduite par l'application du régime de responsabilité fonctionnelle tant à la faute du préposé qu'à la faute du mandataire dirigeant²⁰⁶¹. Plusieurs propositions doctrinales de fondement unifié ont d'ailleurs été avancées. Certaines sont très originales mais peuvent sembler insatisfaisantes (1.). Une autre est plus classique par son appartenance à la théorie du risque-profit et paraît la plus adaptée (2.).

²⁰⁵⁶ V. cependant, S. MESSAÏ-BAHRI qui retient, pour fondement la représentation sociale (*La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1139 et s.).

²⁰⁵⁷ A propos de cette théorie, V. *infra* n°430 et s.

²⁰⁵⁸ J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés, A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, n° 3.

²⁰⁵⁹ J. MOULY, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756, n°2.

²⁰⁶⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, n°826 et s. sous l'intitulé « Les responsabilités par autrui » ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°790 et s. sous l'intitulé « Les responsabilités pour autrui fondées sur l'idée d'association à l'activité d'autrui ».

²⁰⁶¹ B. PUILL, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif ?*, JCP 1996, I, 3939, spé. n°15 et n°18 : « on s'aperçoit alors que retenir la « faute de service » en droit privé permettrait d'unifier les régimes de responsabilité s'appliquant d'une part aux cadres de l'entreprise agissant en qualité d'organes et, d'autre part, aux préposés agissant en qualités d'exécutants de la politique de l'ensemble économique de l'entreprise ».

1. Les fondements unifiés insatisfaisants

425. La théorie de la garantie. – En recherchant le fondement de la responsabilité civile non pas uniquement dans la personne du responsable mais également, voire d’abord, dans celle de la victime, le professeur STARCK adopte une position atypique²⁰⁶². Cet auteur pense que tout individu possède un droit à la sécurité, dont l’atteinte est sanctionnée par la responsabilité. Son système se base alors sur la résolution d’un conflit de droits : le droit à la sécurité et le droit d’agir de chacun. Pour résoudre ce conflit, il distingue les dommages économiques et moraux des dommages corporels et matériels. Lorsque les dommages sont corporels et matériels, le droit à la sécurité prime – ce qui n’est pas le cas pour le second type de dommages. Cette primauté se traduit concrètement par le fait que celui qui par son action ou son activité cause un dommage corporel ou matériel en doit réparation à la victime sans qu’il soit nécessaire d’établir une quelconque faute à sa charge²⁰⁶³. Pour ce type de dommages, le débiteur de l’obligation de réparation est le titulaire des droits subjectifs dont l’exercice a conduit à la survenance du dommage. Or, selon cet auteur, le préposé exercerait les droits subjectifs du commettant²⁰⁶⁴. Conformément à cette conception de la responsabilité, le commettant est seul débiteur de l’obligation de réparation, corollaire de la titularité des droits exercés par autrui²⁰⁶⁵.

Cette théorie explique ainsi non seulement la responsabilité du commettant mais également celle de la personne morale²⁰⁶⁶ puisque, suivant la même logique, les droits subjectifs de celle-ci sont exercés par le mandataire dirigeant.

Enfin, puisque l’obligation de réparation est le corollaire de la titularité des droits dont l’exercice fut dommageable, elle ne peut incomber ni au préposé ni au mandataire dirigeant qui n’exercent pas leurs propres droits. La théorie explique donc leur irresponsabilité au stade de la réparation²⁰⁶⁷.

²⁰⁶² Pour un résumé de ces propositions, V. L. BACH, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTD civ. 1977, p.17 et p.221, spé. n°111-119.

²⁰⁶³ A l’inverse, la démonstration d’une faute devra être faite pour les dommages économiques.

²⁰⁶⁴ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.217 : « Il est indéniable que le préposé met en action les droits de son commettant et non les siens propres. »

²⁰⁶⁵ « C’est au commettant qu’incombent **personnellement** toutes les obligations qui forment la limite et la contrepartie des prérogatives dont il bénéficie grâce aux services de son préposé » (B. STARCK, *op. cit.*, p.217).

²⁰⁶⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p. 258-259.

²⁰⁶⁷ Pour cet auteur, cela ne signifie pas que la responsabilité du préposé ne sera jamais engagée : elle le sera conformément à la convention qui le lie au commettant (B. STARCK, *op. cit.*, p.228). C’est parce que le préposé aura mal exécuté ses obligations que sa responsabilité pourra être recherchée soit par le commettant soit par le tiers, pourvu que la faute contractuelle se soit traduit par un préjudice à son égard (*op. cit.*, p.229). Cette proposition relève incontestablement d’une logique sanctionnatrice et montre déjà comment cette logique sera développée cumulativement avec celle de la réparation (V. *infra* n°587 et s.).

426. Critique de la théorie de la garantie. – Cette théorie achoppe sur plusieurs points²⁰⁶⁸ : d’abord, comment explique-t-elle la responsabilité des commettants lorsque le préjudice subi n’est que moral ou économique²⁰⁶⁹ ? Ensuite, il n’est pas démontré que préposé et mandataire dirigeant se contentent d’exercer les droits subjectifs d’autrui. Ainsi, la conduite automobile (exemple proposé par l’auteur) correspond-elle vraiment à l’exercice d’un droit subjectif plus qu’à l’exercice d’une liberté ?²⁰⁷⁰ Quelle que soit la réponse apportée à cette question, qui dépend de la conception qui est faite des droits subjectifs²⁰⁷¹, la proposition de Boris STARCK ne peut être retenue alors qu’a précédemment été démentie l’affirmation selon laquelle le préposé exercerait toujours les droits subjectifs de son commettant²⁰⁷². Un autre « fondement » doit donc être étudié : celui de l’assurance.

427. Le rôle de l’assurance. – A l’instar de l’ensemble du droit de la responsabilité civile, l’évolution de la responsabilité du fait d’autrui aurait été influencée par la généralisation de l’assurance. Cette dernière jouerait un rôle capital dans la collectivisation de la responsabilité²⁰⁷³. Elle aurait ainsi permis à l’obligation de réparation de devenir indolore dès lors que le responsable ne s’était pas rendu coupable de malveillance²⁰⁷⁴. L’assurance jouerait même le rôle de déterminant du responsable puisque les juges seraient enclins à désigner le responsable dans la personne de l’assuré²⁰⁷⁵. La désignation du responsable se ferait ainsi « en fonction de son aptitude à l’assurance » plutôt que selon des « considérations tirées de sa culpabilité ou même de son rôle effectif dans la production du dommage »²⁰⁷⁶

L’idée semble d’ailleurs avoir été parfaitement intégrée par la pratique. Ainsi, le rapport Hurel²⁰⁷⁷ en faveur d’une meilleure reconnaissance du travail indépendant préconisait-il que les parties au contrat d’entreprise attribuent la responsabilité civile « à celle [d’entre elles] qui bénéficie d’un contrat d’assurance »²⁰⁷⁸.

Selon cette logique, le commettant, en tant que chef d’entreprise et la personne morale serait ainsi seuls débiteurs de l’obligation de réparation parce qu’ils seraient assurés à cette fin.

²⁰⁶⁸ Pour l’exposé de l’ensemble des critiques pouvant être adressées à cette théorie, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L’influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°28-29.

²⁰⁶⁹ Pour ces préjudices, le responsable doit, en effet, se voir reprocher une faute. Pourtant, la responsabilité du commettant est engagée, en droit positif, sans faute, sans qu’il soit fait des distinction selon les préjudices invoqués.

²⁰⁷⁰ C. GRARE, *op. cit.*, n°29.

²⁰⁷¹ Pour deux conceptions différentes, V. *supra* n°142.

²⁰⁷² V. *supra* n°77.

²⁰⁷³ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 53, 1965.

²⁰⁷⁴ La couverture par l’assureur cesse en cas de malveillance.

²⁰⁷⁵ G. VINEY, *La responsabilité* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Dr. 1990, t.35, Sirey, p. 275, spé. p.287.

²⁰⁷⁶ G. VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Dr. 1977, t.22, p. 5, spé. p.11.

²⁰⁷⁷ http://www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/rap_hurel080110.pdf

²⁰⁷⁸ Dans l’hypothèse où ce serait le donneur d’ordre qui contracterait cette assurance, sa responsabilité serait assimilée à celle du commettant du fait du préposé (proposition n°3, p.44 du rapport).

428. Critique du rôle de l'assurance. – Si une telle analyse est certainement proche des solutions pratiques, elle n'a jamais fait l'objet d'une réelle proposition doctrinale, les théoriciens s'en rapprochant le plus ayant opté pour la théorie de la maîtrise.

Cela n'est pas contestable car l'existence de l'assurance ne saurait suffire à justifier éthiquement²⁰⁷⁹ que le poids du dommage soit transféré de la victime au responsable et encore moins d'un agent fautif à un agent non fautif. Tout juste parvient-elle à rendre « raisonnable » l'existence d'une responsabilité sans faute.

L'existence de l'assurance n'explique même pas pourquoi le coût des primes d'assurance pèse sur le responsable plus que sur la victime (qui peut elle-même s'assurer pour les accidents de la vie)²⁰⁸⁰.

Il est enfin plus normal que la décision de s'assurer résulte de la possibilité de voir sa responsabilité engagée, et pas l'inverse. La doctrine ne dit pas autre chose lorsqu'elle considère que l'objet de la responsabilité du commettant est moins de sanctionner un comportement personnel que d'inciter le chef d'entreprise à prendre une assurance pour protéger les tiers et à adopter des mesures de prévention²⁰⁸¹.

Le détour par une telle proposition, dont le rejet est assez évident, est cependant riche d'enseignements en ce qu'il souligne l'ineptie qu'il y a à déterminer les règles de responsabilité en fonction de celles du droit des assurances²⁰⁸² : l'assurance doit rester un « parasite du droit de la responsabilité »²⁰⁸³.

429. Proposition du risque professionnel. – Certains auteurs sont davantage sensibilisés par le caractère professionnel de la responsabilité du fait d'autrui²⁰⁸⁴. Outre que ce caractère professionnel est totalement inconnu des critères légaux et prétoriens du régime de la faute de fonction réparatrice, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'une discrimination au titre de la qualité professionnelle²⁰⁸⁵.

²⁰⁷⁹ En ce sens, L. BACH, *op. cit.*, n°134.

²⁰⁸⁰ C. GRARE, *op. cit.*, n°48.

²⁰⁸¹ L. BACH, *op. cit.*, n°139 – Certains auteurs soulignent les possibles excès d'une telle conception, notamment l'émergence d'une obligation générale de s'assurer (C. GRARE, *op. cit.*, n°51).

²⁰⁸² *Contra*, C. GRARE, qui affirme la nécessité de construire la responsabilité sans faute en considération de cette donnée (*op. cit.*, n°52).

²⁰⁸³ L'expression ne doit pas être comprise de manière péjorative. Elle est empruntée à un auteur qui semble vouloir décrire son caractère accessoire et facultatif : « L'assurance, qui s'est originellement développée comme un parasite du droit de la responsabilité, en devient l'auxiliaire nécessaire, puis la condition de possibilité » (F. EWALD, *La société assurantielle*, Risques, n°1, juin 1990).

²⁰⁸⁴ L. PERDRIX oppose ainsi la responsabilité du fait professionnel d'autrui à celle du fait non professionnel d'autrui pour justifier d'un régime différencié (*La garde d'autrui*, LDGJ, Bib. de droit privé, t. 521, 2010, n°761).

²⁰⁸⁵ A propos des raisons qui peuvent conduire à élaborer un droit propre aux professionnels et des raisons qui poussent la doctrine à ne pas approfondir la question du « pourquoi » au profit de la question du « comment », V. par ex. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°9 et 10.

Enfin, il est permis de se demander ce que les auteurs entendent découvrir sous les atours du professionnel²⁰⁸⁶ : son aspect rémunérateur ou la plus grande maîtrise de l'activité ? Certains auteurs se positionnent explicitement en faveur de la première option²⁰⁸⁷. Dès lors, n'est-il pas possible de les assimiler aux théoriciens du risque-profit ?

2. Le fondement unifié adapté du risque-profit

430. Un fondement controversé. – Issu de l'analyse du lien fonctionnel, le fondement le plus à même de justifier la responsabilité fonctionnelle²⁰⁸⁸ et l'irresponsabilité fonctionnelle²⁰⁸⁹ est certainement le risque-profit. En dépit de son ancienneté, cette théorie ne fait pas l'unanimité. En outre, elle n'épuise pas toutes les ressources éthiques contenues dans le lien fonctionnel d'expansion commun au préposé et mandataire dirigeant. Aussi sera-t-il indispensable après avoir exposé la théorie du risque-profit (a.) de dépasser les critiques qui lui sont adressées (b.) et de rapporter l'enrichissement de cette théorie par la nature du lien fonctionnel d'expansion (c.).

a. Exposé de la théorie du risque-profit

431. Exposé de la théorie classique du risque-profit. – Loin d'être novatrice, la théorie du risque-profit est au contraire la mère de toutes les autres théories du risque²⁰⁹⁰. Initialement imaginée pour expliquer et justifier économiquement la responsabilité du « patron » en cas d'accident du travail²⁰⁹¹, elle s'épanouira en dehors de ce domaine, d'abord dans celui de la

²⁰⁸⁶ Pour une définition, V. M. BENEJAT, *op. cit.*, n°4.

²⁰⁸⁷ L. PERDRIX, *op. cit.*, n°762.

²⁰⁸⁸ Du commettant et de la personne morale.

²⁰⁸⁹ Du préposé et du mandataire dirigeant.

²⁰⁹⁰ C. GRARE, *op. cit.*, n°36 et s., qui présente la théorie du risque-crée comme un « avatar » de la théorie du risque-profit.

²⁰⁹¹ M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1883 ; C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles : Bruylan-Christophe, 1884 ; R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897 ; *La responsabilité civile du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, RTD civ. 1911, p.23-59 – A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 10^{ème} éd., 1948, p.207, n°291 : « le risque de l'entreprise doit être mis à la charge de celui qui en perçoit les principaux bénéfices, ou plutôt à la charge de l'entreprise elle-même, dans les frais généraux de laquelle il doit désormais entrer ». Ce fondement perdure en ce domaine : J. BIGOT *et alii*, *Traité de droit des assurances. 1. Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1996 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures), p.19, n°20 : « L'accident est la conséquence de la réalisation d'un risque inhérent au travail, dont l'indemnisation obligatoire et automatique, incombe à l'employeur, qui perçoit le profit généré par ce risque » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, tome II, *Quadrige Manuels.*, PUF, 2004, n°1116 : « A plus forte raison, si cette activité est, pour lui, une source de profit : la réparation des dommages qu'elle cause sera la contrepartie des profits qu'elle procure ». Mais il est aujourd'hui désigné sous le terme de « risque

responsabilité du fait des choses²⁰⁹², puis dans la responsabilité du fait d'autrui pour expliquer l'engagement du commettant à raison des fautes commises par ses préposés. Le principe de ce fondement est simple : le commettant tirant profit de l'activité des préposés, il doit répondre de leurs fautes. Il s'agit de l'application de l'adage « *Ubi emolumentum, ibi onus* » (là où est l'émolument, là doit être la charge)²⁰⁹³. Autrement dit, la responsabilité du commettant est « la contrepartie des profits qu'il retire de l'entreprise »²⁰⁹⁴ dont il est le support juridique²⁰⁹⁵.

432. Racines de cette théorie. – Des travaux récents permettent d'ancrer ce fondement et partant, la responsabilité qui s'y réfère, dans le principe de l'imputation des risques en droit des obligations. Selon une étude relative à l'imputation des risques entre contractants²⁰⁹⁶, les règles légales proposent que ces risques soient supportés par celui qui recueille le profit²⁰⁹⁷. La théorie peut cependant sembler fort éloignée de notre sujet. En effet, la notion de risque en droit des contrats désigne la probabilité de la réalisation d'un événement déviant du projet initial²⁰⁹⁸ ; mais cet événement ne correspond pas en principe à l'inexécution du contrat consécutive au fait d'une des parties, mais plutôt à la force majeure, la chance ou la malchance²⁰⁹⁹.

La règle du risque-profit se traduit alors par l'imputation de la charge économique de la fatalité sur une personne non fautive et extérieure à l'événement²¹⁰⁰. Cette règle, évincée des principes et exceptions légalement prévus en la matière, impose ou propose²¹⁰¹ de créer une relation d'interdépendance entre les notions de profit et de perte²¹⁰². En somme, l'imputation des risques entre contractants est guidée par la titularité du profit.

Toutefois pour que la théorie du risque-profit puisse être transposée à la responsabilité civile délictuelle, il faudrait pouvoir assimiler la faute à un risque.

433. La faute : un risque comme les autres ? – Conformément à la définition stricte qui est retenue en jurisprudence de la force majeure, la faute ne saurait être absolument équipollente à un risque, c'est-à-dire à un événement fortuit.

professionnel » (L. MILET, *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, coll. Bib. de droit social, t. 35, 2002, p.12-13).

²⁰⁹² L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, éd. A. ROUSSEAU, 1897 ; D. 1904. 2. 257 ; D. 1909. 2. 245.

²⁰⁹³ Sur cet adage, V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n°452, p.915.

²⁰⁹⁴ H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, p.78. – Adde, en faveur de ce fondement pour justifier la responsabilité du commettant : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010, p.322.

²⁰⁹⁵ V. *supra* n°193.

²⁰⁹⁶ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009.

²⁰⁹⁷ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°16.

²⁰⁹⁸ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°10.

²⁰⁹⁹ *Ibidem*.

²¹⁰⁰ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°14.

²¹⁰¹ La règle légale d'imputation des risques est tantôt impérative, tantôt supplétive.

²¹⁰² A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°112.

Pourtant, la faute est parfois juridiquement traitée comme un risque notamment dans le domaine contractuel. Selon la théorie des risques de l'exploitation consacrée en droit du travail, la mauvaise exécution de son contrat de travail par le salarié doit être considérée non comme une faute mais comme un risque inhérent à son activité. En tant que risque incertain mais probabilisable, le poids économique de cette faute doit rester à la charge de l'employeur²¹⁰³. Selon cette logique, seul le caractère intentionnel de la faute du salarié fera obstacle à la qualification de « risque »²¹⁰⁴.

Que le salarié « ne répond[e] pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation »²¹⁰⁵ est une chose qui peut se comprendre ; mais comment expliquer que la faute de celui-là soit comptée comme relevant du risque ?

Pour une partie de la doctrine, l'assimilation du risque à certaines fautes est parfaitement normale car « si le salarié avait à répondre de toutes ses fautes, il supporterait ainsi certains **risques de l'exploitation** (la maladresse ou l'inadvertance des exécutants en font partie) alors que ces risques sont à la charge de l'employeur »²¹⁰⁶. Il faut pourtant bien expliquer le régime dérogatoire de la responsabilité contractuelle ainsi mis en place²¹⁰⁷. Plusieurs idées sont alors avancées²¹⁰⁸.

D'abord, la règle s'expliquerait en raison de la nature de la prestation du salarié.

D'un côté, il est rappelé l'état de subordination du salarié qui abandonne ainsi une part de sa liberté individuelle. La cause de son aliénation provenant de sa volonté de ne pas supporter les risques liés à l'entreprise, il serait ainsi conforme au contrat de travail que l'employeur réponde des défaillances contractuelles du salarié²¹⁰⁹. Cette explication achoppe cependant sur les nombreuses autres possibilités de l'employeur de sanctionner les manquements de son salarié²¹¹⁰. L'état de subordination de celui-ci ne le met donc à l'abri que des conséquences directement patrimoniales de la commission de sa faute. La raison de cette exclusivité ne serait-elle donc pas plutôt d'ordre patrimonial ?

D'un autre côté, d'autres auteurs notent que la prestation du salarié s'exécutant sur le long terme, celle-ci serait « sujette aux erreurs, aux baisses d'attention ou aux défaillances

²¹⁰³ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°70.

²¹⁰⁴ *Ibidem.*

²¹⁰⁵ Soc. 31 mai 1990, B. n°260.

²¹⁰⁶ G. COUTURIER, *Droit du travail, 1/ les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 1996, p.334.

²¹⁰⁷ Sur le caractère dérogatoire de l'attribution des risques de l'exploitation par la modification des règles de responsabilité, F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, n°143 et s.

²¹⁰⁸ L'idée d'une faute présumée de l'employeur (J. CARBONNIER, RTD civ. 1959, p.753 sous Soc. 27 novembre 1958) est ici aussi rejetée (F. MILLET, *op. cit.*, n°153 et s.).

²¹⁰⁹ M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. Fac. de droit et sc. sociales de Poitiers, vol. 2, 2003, n°346-347 ; C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, réf. préc., n°339.

²¹¹⁰ V. *infra* n°594 et 639.

inhérentes à l'activité humaine »²¹¹¹. Le contrat de travail impliquerait-il donc la possibilité pour le salarié de commettre certaines fautes ? Encore une fois cet argument est contrecarré par le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Les idées avancées s'écartent ensuite de la seule fonction économique du contrat de travail. Il est rappelé que l'activité du salarié s'intègre à l'entreprise. Elle n'en est qu'un rouage. C'est une composante faillible de l'organisation, à l'image de l'organisation elle-même²¹¹². L'employeur se voit donc logiquement attribuer les défaillances de la composante humaine de son entreprise au même titre que celles de la composante capitalistique. Cette explication n'est pas si éloignée de la théorie du risque-profit ; l'une vient même à l'appui de l'autre²¹¹³. En effet, si le salarié ne doit pas supporter les risques de l'exploitation, c'est aussi²¹¹⁴ et surtout parce qu'il n'en retire pas de profit²¹¹⁵, à l'inverse de l'employeur²¹¹⁶. Cet argument d'ordre patrimonial semble expliquer que les mêmes fautes puissent être disciplinairement sanctionnées mais ne puissent rendre le salarié débiteur d'une obligation de réparation au profit de son employeur²¹¹⁷.

Bref, les règles légales supplétives ou impératives de répartition des risques entre contractants semblent légitimer tant la théorie du risque-profit que l'intégration de certaines fautes dans la catégorie des risques. Si les fautes dommageables à l'employeur peuvent relever de cette catégorie pourquoi ne pourrait-il en être de même pour les fautes dommageables à un tiers au contrat de travail ?

434. Application dans la sphère délictuelle. – Selon un auteur la responsabilité civile est un « mécanisme voisin de l'imputation des risques »²¹¹⁸ lorsqu'elle est fondée sur le risque-profit²¹¹⁹. Cela pourrait être le cas de la responsabilité du commettant du fait du préposé si le raisonnement précédent pouvait être élargi à la sphère délictuelle.

Pour le vérifier, il faut s'interroger sur l'équipollence des fautes précédemment décrites. La faute dommageable à l'employeur correspond généralement à une mauvaise exécution du contrat de travail tandis que la faute dommageable à un tiers est une faute délictuelle. Deux cas de figure peuvent dès lors se produire : soit la faute délictuelle du salarié correspond à un manquement au contrat de travail qui, s'il avait été dommageable à l'employeur, serait resté à

²¹¹¹ F. MILLET, *op. cit.*, n°157.

²¹¹² *Ibidem.*

²¹¹³ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°133.

²¹¹⁴ Il est cependant remarquable qu'aucun des auteurs précités ne parvient à justifier cette imputation particulière sans faire jamais référence à l'état de subordination (A.-C. MARTIN, *op. cit.*) ou à la maîtrise de l'employeur (F. MILLET, *op. cit.*, n°159). A l'heure d'expliquer la responsabilité délictuelle du commettant, ils font même disparaître la titularité du profit à la faveur de la détention de l'autorité (F. MILLET, *op. cit.*, n°337).

²¹¹⁵ A propos de la distinction entre rémunération et profit, V. *supra* n°110.

²¹¹⁶ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°133 ; F. MILLET, *op. cit.*, n°158.

²¹¹⁷ V. cependant à l'égard des tiers, *infra* n°638 et 648.

²¹¹⁸ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°135.

²¹¹⁹ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°144 et s.

la charge de ce dernier ; il semble alors assez légitime que le poids de ce comportement reste imputé à l'employeur lorsqu'il est dommageable à un tiers. Soit, dans un second cas de figure, cette faute délictuelle ne correspond à la violation d'aucune de ses obligations contractuelles ; mais devra cependant être imputée à l'employeur comme étant la conséquence possible de l'exécution « normale » du contrat de travail.

Enfin, lorsque la faute est dommageable à un tiers, le risque entendu au sens large change de nature : il devient une « source d'obligation »²¹²⁰. En effet, seul le mécanisme de responsabilité permettra d'attribuer le poids de la faute du salarié sur le patrimoine du commettant, la charge de ce risque prévisible pour l'employeur pesant en premier lieu sur le patrimoine de la victime²¹²¹.

435. Application à toutes les situations fonctionnelles. – Alors que la théorie du risque-profit est proposée comme fondement unique, la démonstration n'a, jusqu'ici, permis de ne justifier que l'engagement du commettant-employeur en cas de faute de son préposé-salarié. Pour être élevé au rang de fondement unique, il faut cependant pouvoir constater que toutes les situations fonctionnelles se traduisent par l'attribution du profit au seul bénéficiaire de la fonction.

Cela semble pouvoir se vérifier, tout spécialement pour toutes les situations fonctionnelles d'expansion. Contrairement aux situations fonctionnelles de protection créées pour protéger les intérêts tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux du bénéficiaire de la fonction, les situations fonctionnelles d'expansion ont en effet pour objectif d'accroître la rentabilité de l'activité du bénéficiaire de la fonction²¹²². Peu ou prou, cela revient à dire qu'il sera celui qui récoltera le profit de l'activité du chargé de fonction. Les caractéristiques de la situation fonctionnelle d'expansion semblent donc plutôt en adéquation avec la théorie du risque-profit. Avant de procéder à une vérification plus fine de cette idée, il convient d'abord de dépasser les critiques classiquement adressées à la théorie du risque-profit.

b. Le dépassement des critiques adressées à la théorie du risque-profit

436. Première critique : le caractère flou de la notion de profit. – Rapidement, la dimension économique de la théorie du risque-profit est apparue trop restrictive pour la doctrine. A travers la théorie du risque-créé, d'éminents auteurs ont souhaité étendre la théorie

²¹²⁰ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, 10^{ème} éd., Dalloz, 1948, n°289.

²¹²¹ *Contra*, lorsque la faute est dommageable au commettant. Dans ce cas, les conséquences de cette faute n'ont pas besoin d'être juridiquement imputées au commettant qui supporte logiquement et immédiatement le poids de cette faute sur son patrimoine.

²¹²² V. *supra* n°163 et s.

du risque en dehors de la réalité économique de l'entreprise²¹²³. Le profit, initialement perçu dans un sens restrictif de profit pécuniaire²¹²⁴, ne disparaît pas de la théorie devenue théorie du risque-créé, mais il reçoit une définition beaucoup plus large, au point de se confondre avec un intérêt quelconque²¹²⁵. Certains auteurs notent alors que la notion d'intérêt se confond dans celle de cause²¹²⁶, ce qui devrait interdire toute imputation exclusive des risques à l'un des contractants ou des participants à la situation fonctionnelle puisque leurs engagements sont nécessairement causés. L'argument conduit au partage des risques entre commettant et préposé puisque chacun d'entre eux tire profit de l'activité du préposé, ce dernier par le biais de sa rémunération.

Il est au contraire possible et préférable de ne retenir que la définition restrictive du profit économique²¹²⁷ qui s'identifie comme une « richesse »²¹²⁸ possible. La théorie ne tendrait alors à s'appliquer que dans la sphère économique.

Cette définition restrictive de la notion de profit apporte sans aucun doute une plus-value à la théorie du risque-profit, celle-ci apparaissant alors comme le moyen de parvenir, grâce aux règles de responsabilité à un « système d'équilibre patrimonial »²¹²⁹. La responsabilité intervient finalement pour rétablir une « interdépendance naturelle » entre le risque de profit et le risque de perte²¹³⁰.

Cette redéfinition du profit n'épuise toutefois pas l'ensemble des critiques adressées à cette théorie.

437. Deuxième critique : incompatibilité entre fondement et fait générateur de responsabilité. – Selon certains auteurs, la théorie du risque-profit s'accorderait mal avec l'exigence d'une faute du préposé par exemple²¹³¹. Pire, il y aurait contradiction à fonder la responsabilité d'un agent sur le profit qu'il retire de l'activité d'un autre et n'engager sa responsabilité que pour des actes illicites. La doctrine souligne ainsi que seuls les actes licites

²¹²³ R. SALEILLES, note sous Civ. 16 juin 1896, D. 1897, p.433.

²¹²⁴ C. GRARE, *op. cit.*, n°33.

²¹²⁵ R. SAVATIER, *Règles générales de la responsabilité civile*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1934, n°29, p.442 : « La responsabilité fondée sur le risque créé consiste dans l'obligation de réparer des faits dommageables produits par une **activité** qui s'exerçait dans **votre intérêt**. [...] Et cette obligation ne peut trouver de contrepartie, en l'absence d'assurance proprement dite, que dans le **profit** tiré par la personne responsable de l'activité dommageable. C'est donc seulement sur l'intérêt que présenterait pour elle cette activité que la responsabilité peut se fonder. Ce profit **n'est pas d'ailleurs nécessairement un bénéfice pécuniaire**. On est responsable également des forces que l'on utilise dans un **intérêt moral** ». (nous soulignons)

²¹²⁶ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°109.

²¹²⁷ C. GRARE, *op. cit.*, n°39.

²¹²⁸ H. ET L. MAZEAUD, CAPITANT H., A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, p.437, n°439 et s.

²¹²⁹ E. GAUDEMET, *Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile*, RTD civ. 1927, p.893, spé.p.908.

²¹³⁰ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°109.

²¹³¹ J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°145.

sont profitables au commettant et qu'au contraire les actes illicites ne génèrent aucun intérêt pécuniaire pour lui²¹³².

Là encore, la critique n'est pas dirimante. Outre le fait que des actes illicites peuvent parfaitement être profitables au commettant ou à la personne morale²¹³³, l'exigence d'un fait générateur fautif est dictée par la nature de l'engagement de ces deux agents²¹³⁴. Celui-ci étant soit une véritable responsabilité, soit la garantie de la responsabilité d'autrui, elle implique la caractérisation d'au moins d'une anormalité²¹³⁵. Il faut enfin se garder de confondre totalement fondement de la responsabilité et condition de mise en œuvre : cette dernière peut conserver une relative autonomie par rapport à la première afin de préserver le caractère normatif de la responsabilité civile. Il n'est donc pas encore question de faire du risque une condition de mise en œuvre d'une responsabilité civile délictuelle objective²¹³⁶ du bénéficiaire de la fonction. Ce n'est en effet que d'un point de vue éthique que la faute du préposé ou du mandataire dirigeant est assimilée au risque de l'activité du commettant ou de la personne morale.

En pratique, cependant, de nombreux actes non fautifs du préposé ou du mandataire dirigeant engageront la responsabilité du commettant ou de la personne morale sur le fondement de la responsabilité du fait des choses²¹³⁷.

438. Troisième critique : le caractère descriptif et amoral²¹³⁸ de la théorie du risque-profit. – Pour certains auteurs, le risque ne fournirait « aucun critère acceptable de responsabilité »²¹³⁹ et puisque la responsabilité du bénéficiaire de la fonction n'est engagée qu'à raison de la faute du chargé de fonction, « le terme « risque » n'ajoute rien d'utile »²¹⁴⁰.

²¹³² H. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, n°933.

²¹³³ Cf. l'existence de fautes dites lucratives, V. *supra* note de bas de page n°1998.

²¹³⁴ D'ailleurs, à son origine, la théorie du risque ne devait s'appliquer qu'« aux seuls risques qui présentent un caractère *exceptionnel ou anormal* » (L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité*, PUF, 1947, p.148) avant de connaître une notable extension à partir des années trente.

²¹³⁵ V. *supra* n°559.

²¹³⁶ N. VOIDEY, qui distingue à juste titre le risque en tant que fondement de la responsabilité et en tant qu'instrument technique (*Le risque en droit civil*, PUAM, 2005, p.235 et s.).

²¹³⁷ La jurisprudence juge en effet que le commettant reste le gardien de la chose utilisée par le préposé dans l'exercice de ses fonctions, V. *supra* n°138. – *Adde*, sur la propension de la jurisprudence à retenir la responsabilité du fait des choses là où la responsabilité pour faute serait envisageable, V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°248. Il est possible que l'objectif soit de faciliter le travail probatoire de la victime ; il est certain que la situation conduit plutôt à rendre la jurisprudence illisible quant aux critères de la garde.

²¹³⁸ A propos du lien entre responsabilité et morale et de la possibilité tant juridique que philosophique de dissocier les deux, V. not. M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable in La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t. 22, 1977, Sirey, p.45.

²¹³⁹ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Droit civil français, 6. Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, Litec, 7^{ème} éd. 1975, n°328, 498 et 499.

²¹⁴⁰ *Ibidem*.

Pour d'autres encore, les théories du risque font d'un « prétexte » le fondement d'une responsabilité²¹⁴¹, le profit retiré d'une activité ne pouvant justifier de l'imputation d'un dommage²¹⁴².

Pourtant, il est possible d'admettre que le risque-profit puisse jouer le rôle de fondement²¹⁴³ c'est-à-dire de « principe philosophique tendant à légitimer l'imputation »²¹⁴⁴.

D'abord, la doctrine classique affirme que « le jumelage du profit et de la charge est ressenti et vécu comme la règle, parce qu'il procède d'une équité instinctive, comme c'est le cas du droit et du devoir, de l'autorité et de la responsabilité, du travail et du salaire... »²¹⁴⁵.

Ensuite, certains développements relatifs à la cause de l'obligation de réparation semblent l'autoriser. Selon un auteur, si la cause de l'obligation de réparation réside dans un mouvement de valeur²¹⁴⁶ consécutif au fait défectueux²¹⁴⁷, le caractère « moral » ou éthique de la responsabilité découle de l'effet qu'elle entend produire dans sa fonction réparatrice, à savoir le maintien de l'équilibre des patrimoines. A cet égard, cette responsabilité objective serait tout aussi morale que la responsabilité pour faute²¹⁴⁸. La valeur normative de la responsabilité tiendrait même toute entière dans ce maintien d'équilibre²¹⁴⁹. Partant de cette conception, la théorie du risque-profit rendrait ainsi parfaitement éthique non seulement l'imputation positive de la faute de celui qui exerce la fonction à celui qui en tire profit mais également l'imputation négative de cette faute à celui qui exerce la fonction. En effet, le déséquilibre patrimonial se produit alors non pas entre le patrimoine du fautif et celui de la victime mais entre le patrimoine du commettant ou de la personne morale et celui de la victime.

Selon une autre analyse, le risque-profit renvoie à une « conception de la justice »²¹⁵⁰ possible : celle d'une « justice fondée sur l'égalité des personnes dans les rapports privés »²¹⁵¹. La situation fonctionnelle rompt l'égalité entre deux individus puisque l'activité de l'un sera profitable à l'autre, puisque l'un doit agir pour les intérêts de l'autre. Le régime de la faute de fonction réparatrice permet ainsi de tenir compte de cette inégalité. Dès lors, la titularité du profit peut être perçue comme un bon fondement pour désigner le débiteur de l'obligation de réparation dans la sphère délictuelle²¹⁵².

²¹⁴¹ A propos du risque-profit, J. JULIEN, *op. cit.*, n°145.

²¹⁴² J. JULIEN, *op. cit.*, n°319.

²¹⁴³ L. BACH, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTD civ. 1977, p.17 et p.221, spé. n°153.

²¹⁴⁴ G. J. MARTIN, *Le risque, concept méconnu du droit économique*, Rev. Intern. Droit économique 1990, 2, p.174, spé. n°1.

²¹⁴⁵ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, p. 915, spé. p.920.

²¹⁴⁶ Sur le contenu exact du mouvement de valeur, V. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 99, 2010, n° 387 et s.

²¹⁴⁷ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n° 383.

²¹⁴⁸ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°517.

²¹⁴⁹ *Ibidem*.

²¹⁵⁰ P. KAYSER, *Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France*, RRJ 2000-2, p.445, spé. n°2.

²¹⁵¹ P. KAYSER, *op. cit.*, n°3.

²¹⁵² P. KAYSER, *op. cit.*, n°51.

La théorie du risque-profit peut ainsi être rattachée à la Justice commutative²¹⁵³, qui innerve déjà le droit de la responsabilité civile lorsqu'il décide que les dommages de la victime seront intégralement réparés sans égard pour la nature ou la gravité de la faute commise par le responsable.

439. Quatrième critique : la dépersonnalisation de la responsabilité²¹⁵⁴. – L'extrême objectivité du fondement du risque-profit²¹⁵⁵ ainsi entendu conduit corrélativement à une dépersonnalisation extrême de la responsabilité : le débiteur n'est plus une personne, c'est un patrimoine²¹⁵⁶. En outre, ce fondement²¹⁵⁷ ne s'attache qu'à l'effet réel du lien unissant le bénéficiaire de la fonction et le chargé de fonction, à savoir la destination du profit au bénéficiaire de la fonction²¹⁵⁸. Enfin, cette justification devrait conduire à ce que le régime de la faute de fonction réparatrice s'applique aussi dans le cadre de la gestion d'affaires²¹⁵⁹, ce qui n'est pas le cas.

La résolution de cette difficulté procède encore une fois de la nature du lien unissant le bénéficiaire de la fonction (commettant-personne morale) au chargé de fonction (préposé-mandataire dirigeant). Seulement au lieu de ne tenir compte que de l'effet de celui-ci, il faut s'intéresser à sa source. Celle-ci est variable selon les situations fonctionnelles considérées. Cependant, l'une des particularités des situations fonctionnelles d'expansion (*a priori* seules

²¹⁵³ La distinction entre Justice distributive et Justice commutative revient aux philosophes grecs. La Justice distributive « consiste à attribuer à chacun ce qu'il mérite en tenant compte de la place qu'il occupe dans la société et des mérites de ceux avec qui il est en relation ». La Justice commutative « a un rôle subsidiaire et concerne surtout les échanges ; [...] elle est fondée sur l'idée d'une égalité simple entre les biens et non plus sur celle d'un rapport entre personnes » (J. GUESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., 1990, n°10, p.8, note 6). Le terme d'« échanges » doit être bien compris qui vise non seulement les rapports qui s'établissent de plein gré mais également au détriment de l'un d'eux. C'est pourquoi, il s'agit des contrats mais aussi des délits (P. KAYSER, *La justice selon Aristote*, RRJ 1996-2, p.313, spé., n°9).

Certaines règles de responsabilité civile se rattachent déjà à la Justice commutative, parfois nommée Justice corrective : c'est le cas du principe de réparation intégrale (C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, n°82 et s.). – A propos de la conception essentiellement commutative de la responsabilité en droit romain, M. VILLEY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹⁵⁴ Cette critique émane surtout de ceux qui considèrent, comme E. KANT, que la responsabilité juridique est le corollaire de la liberté. Suivant cette logique, et parce que la liberté serait consubstantielle aux seules personnes (physiques), la responsabilité serait nécessairement personnalisée (G. VINEY, *La responsabilité*, *op. cit.*, *loc. cit.*, p.284).

²¹⁵⁵ Cette conception objective est conforme à l'interprétation qui est faite de l'adage sur lequel s'appuie la théorie du risque-profit : cet adage jouant « dans des situations réelles où le profit (*emolumentum*) et la charge (*onus*) procèdent directement de la *res*, entendue *lato sensus* » (H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p.915). La *res* serait ici l'activité exécutée par le chargé de fonction.

²¹⁵⁶ R. SAVATIER, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, in *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel LABORDE-LACOSTE*, éd. Bière, 1963, p. 321, spé. p.324.

²¹⁵⁷ La remarque est également valable pour la théorie de la maîtrise (V. *supra* n°418).

²¹⁵⁸ Certains auteurs vont jusqu'à dire que la nature des liens unissant le responsable et autrui est ignorée par la théorie du risque (J. JULIEN, *op. cit.*, n°152). Cela n'est donc pas tout à fait exact puisqu'il est tenu compte de ses aspects réels.

²¹⁵⁹ C. GRARE, *op. cit.*, n°102.

concernées par le régime de la faute de fonction réparatrice et le fondement du risque-profit²¹⁶⁰), est qu'elles trouvent leur source dans la volonté du bénéficiaire de la fonction.

Le bénéficiaire de la fonction serait l'unique responsable des fautes de son chargé de fonction parce qu'il serait à l'origine de la situation fonctionnelle²¹⁶¹. Cette « initiative »²¹⁶² justifierait qu'il soit l'unique débiteur de l'obligation de réparation née de la commission d'une faute qui n'est pas la sienne. Autrement dit, la responsabilité fonctionnelle serait la contrepartie de la volonté d'un agent de confier à autrui l'exécution d'une activité dont il entend tirer profit²¹⁶³. Tout se passe alors comme si, en décidant de tirer profit de l'activité, l'agent acceptait implicitement d'en supporter les charges.

Cette conception présente de nombreux avantages. D'abord, elle suggère une conception plus subjective²¹⁶⁴ de la théorie du risque-profit et de la responsabilité qui en découle. Ensuite, elle réintroduit un élément subjectif propre au responsable, sans que cet élément ait pour effet de rétablir la causalité de son comportement. De plus, elle est à même de justifier de la non-application du régime de la faute de fonction réparatrice à la gestion d'affaires puisque dans cette hypothèse, le propriétaire n'est pas à l'initiative de la gestion²¹⁶⁵. Enfin, la solution recourt à un autre primat du droit civil : la volonté. Celle-ci deviendrait alors non seulement la source des obligations conventionnelles ou quasi-contractuelles²¹⁶⁶ mais également, en quelque sorte, la source des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles.

La prise en compte de l'initiative du bénéficiaire de la fonction n'est cependant pas l'unique enrichissement découlant de l'analyse conceptuelle du lien fonctionnel.

c. L'enrichissement de la théorie du risque-profit par le lien fonctionnel d'expansion

440. Apport du cadre fonctionnel d'expansion. – Le principal apport du cadre fonctionnel réside dans sa capacité à abaisser les fautes de fonction au rang de risques, donc de charges imputables au commettant ou à la personne morale. Plus précisément c'est

²¹⁶⁰ V. *supra* n°169 et *infra* n°506 et s.

²¹⁶¹ J. JULIEN considère également que la volonté est le fondement de la responsabilité du fait d'autrui (*op. cit.*, n°153). Il rattache cependant cette volonté à un lien d'autorité (*op. cit.*, n°152).

²¹⁶² P. JOURDAIN, *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.67, p.73.

²¹⁶³ Un auteur avait proposé un fondement proche pour la responsabilité du commettant : celui de la confiance. D'après ce fondement, le commettant était responsable des fautes de son préposé parce qu'il devait répondre de la confiance qu'il avait placée dans son préposé (C. LARROUMET, note sous Crim. 2 novembre 1971, D. 1973, p.23).

²¹⁶⁴ Sur la nécessité de rétablir une conception subjective de la responsabilité du fait d'autrui, V. not. J. JULIEN, *op. cit.*, n°152.

²¹⁶⁵ L'initiative doit être distinguée de la seule connaissance de la gestion possible, selon l'article 1372 du Code civil.

²¹⁶⁶ Cette interprétation du primat de la volonté dans la formation des conventions a subi de nombreuses atteintes. – Pour un exposé des limites de la place de la volonté dans la formation des actes juridiques, V. not. G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 253, 1997, n°93 et s.

l'association du caractère altruiste et du caractère permanent²¹⁶⁷ de la fonction qui semble l'autoriser. Parce que le préposé et le mandataire dirigeant font partie intégrante de l'entreprise pour le compte de laquelle ils agissent, les conséquences juridiques et financières de leurs comportements doivent être assimilées aux charges pécuniaires inhérentes à tout moyen de production²¹⁶⁸.

En outre, si le caractère durable de l'activité du chargé de fonction ne peut signifier que celui-ci soit autorisé à commettre des fautes, il permet à celui pour lequel la fonction est exercée d'anticiper leur commission. En effet, il est tout à fait exact qu'une exécution sur le long terme implique nécessairement des « erreurs, [...] baisses d'attention ou [...] défaillances inhérentes à l'activité humaine »²¹⁶⁹ susceptibles d'être dommageables pour autrui. L'engagement volontaire du bénéficiaire de la fonction dans une relation fonctionnelle de longue durée le rend nécessairement conscient de cette possibilité, bien plus que si cette relation était ponctuelle²¹⁷⁰. Le caractère permanent de la fonction rend possible l'anticipation de ses erreurs. Il rend également envisageable la mise en place des moyens de faire face à leur survenance.

Puisque le bénéficiaire des fonctions d'expansion est toujours à l'origine de celles-ci, il est logique qu'il soit celui qui anticipe ces erreurs et assume les conséquences de leur survenance. Ces développements ne sont pas sans faire penser à la théorie de la maîtrise de l'activité mise au point par la doctrine pour justifier de la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Le fondement proposé diffère cependant de la théorie de la maîtrise en ce qu'il prend en compte le fait que le bénéficiaire de la fonction ne se maintient pas nécessairement dans un lien de maîtrise de l'activité exercée pour son compte. Ainsi, la maîtrise de l'activité d'une société par ses associés (bénéficiaires finaux de la fonction²¹⁷¹) n'est qu'épisodique, tandis qu'elle est confiée, au quotidien, au mandataire dirigeant (chargé de fonction). Cette maîtrise du bénéficiaire de la fonction existe cependant nécessairement lors de la mise en place de l'organisation fonctionnelle. Lors de cette phase, le bénéficiaire de la fonction est en effet maître du contenu du lien fonctionnel qu'il entend établir entre lui et le chargé de fonction. Il décide de l'étendue de l'activité de celui-ci dans son entreprise, et corrélativement de l'étendue des prérogatives fonctionnelles qui lui seront attribuées afin de remplir sa fonction.

La présente proposition s'analyse alors comme une continuation de la théorie du risque-profit²¹⁷² ayant intégré une partie de la théorie de la maîtrise de l'activité²¹⁷³.

²¹⁶⁷ V. *supra* n° 125.

²¹⁶⁸ V. *supra* n° 433.

²¹⁶⁹ F. MILLET, *op. cit.*, n° 157.

²¹⁷⁰ *Contra*, B. DONDERO, *L'immunité des dirigeants d'entreprise* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques CEPRISCA, 2009, p. 37, spé. n° 21.

²¹⁷¹ Sur ce point, V. *supra*, l'analyse de la personne morale, n° 58.

²¹⁷² *Comp.* la proposition de J. JULIEN, continuation de la théorie du risque-autorité (*op. cit.*, n° 153).

²¹⁷³ Le mouvement opéré ici est ainsi inverse à celui des théoriciens de la maîtrise ont pratiqué ; ces derniers ont en effet intégré la théorie du risque-profit dans leur théorie de la maîtrise. Les deux propositions ne diffèrent alors qu'en tant qu'elles accordent un caractère prédominant tantôt à la théorie du risque-profit, tantôt à la théorie de la maîtrise.

441. Synthèse. – Il est rassurant de constater qu'à l'apparition spontanée d'un régime propre aux situations fonctionnelles d'expansion correspond un fondement politique éprouvé. La chose n'était pas évidente dès lors que ce régime naissant semblait en parfaite contradiction avec le fondement historique de la faute. La théorie du risque-profit explique en effet parfaitement que la réparation de la faute des préposé et mandataire dirigeant, chargés de fonction, incombe intégralement au commettant et à la personne morale, bénéficiaires de la fonction. Selon une conception plus subjective de cette construction doctrinale, dictée par l'analyse conceptuelle du lien fonctionnel, la responsabilité de ce dernier est en effet la contrepartie de sa volonté de confier à autrui l'exécution d'une activité dont il retirera le profit. Souhaitant récolter le profit de cette activité, il est juste qu'il doive en supporter les charges. Les règles de responsabilité civile permettent alors non seulement de tenir compte de l'inégalité volontairement créée entre le bénéficiaire de la fonction et le chargé de fonction, mais également de rétablir l'équilibre patrimonial entre la victime et le bénéficiaire de la fonction.

Le principe d'un régime propre à la faute de fonction est ainsi justifié par la théorie subjective du risque-profit. L'apport de cette découverte ne se limite toutefois pas aux effets de la faute de fonction. Elle doit au contraire permettre d'en préciser le contenu. La nature cumulativement dérogoire et prétorienne de ce régime impose toutefois, avant de procéder à cette vérification, de s'assurer que cette règle pourrait être légalisée. C'est alors à l'émergence possible du fondement normatif qu'il convient de procéder.

Section 2.

Le fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice

442. Justification d'un mouvement émergent. – Tandis que le régime général de la faute de fonction apparaît comme novateur, les deux principaux régimes qu'il entend fusionner ou chapeauter ne sont pas récents. Pourtant leur existence légale est loin d'être uniforme. Au contraire, ces régimes se sont principalement développés *de lege feranda*. Cette carence légaliste – qui pourrait être jugée excessivement formelle – est notamment à la source d'incertitudes quant à la détermination du contenu même du régime de la faute de fonction. Ceci justifie donc l'édiction d'un ensemble de règles visant à surmonter ces difficultés.

443. Encadrement des normes. – Le législateur n'est cependant pas totalement libre quand il fixe de nouvelles règles. Des normes supérieures s'imposent en effet directement ou indirectement à lui. Le régime de la faute de fonction réparatrice devra donc être conforme à ces normes supérieures pour être légalisé.

L'émergence d'un fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice ne pourra donc être encouragée qu'autant que sera démontrée d'une part la nécessité d'un fondement légal propre au régime de la faute de fonction réparatrice (§ 1.) et d'autre part la conformité du régime aux normes supérieures (§ 2.).

§ 1. La nécessité d'un fondement légal propre au régime de la faute de fonction réparatrice

444. Fondement normatif actuel du régime de la faute de fonction réparatrice. – Logiquement le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice devrait résider dans la loi. En effet, si le régime de responsabilité de droit commun est inscrit dans la loi, les règles qui y dérogent devraient également s'y trouver. S'il est apparu politiquement indispensable au législateur que l'obligation de réparation pèse sur l'auteur de la faute dommageable, seule cette même autorité doit pouvoir y apporter des dérogations.

Or, si l'article 1384 alinéa 5 du Code civil prévoit effectivement la responsabilité civile du commettant pour les faits dommageables de ses préposés, aucun texte n'envisage la responsabilité civile de la personne morale ou ne prévoit l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant. Le visa des articles 1382 et 1384 alinéa 5 du Code civil dans les

décisions affirmant l'irresponsabilité des préposés²¹⁷⁴, celui de l'article 1382 du Code civil dans les décisions consacrant la responsabilité des personnes morales²¹⁷⁵, celui enfin des articles 1850 alinéa 2 du Code civil²¹⁷⁶, L. 223-22²¹⁷⁷ et L. 225-251 du Code de commerce²¹⁷⁸ dans les décisions admettant l'irresponsabilité des mandataires dirigeants, semblant dire le contraire, incitent à démontrer l'illégalité des solutions sus-évoquées.

445. Absence de cause matérielle et responsabilité fonctionnelle. – Dans un premier temps, la possibilité pour les personnes morales d'engager leur responsabilité n'a pas fait l'unanimité. La responsabilité civile délictuelle tout comme la responsabilité pénale était en effet conçue comme une responsabilité attachée au réalisme du comportement fautif décrit par l'article 1382 du Code civil, et la personne morale comme une fiction juridique. Dès lors, une certaine partie de la doctrine avait pu mettre en doute la pertinence de l'engagement de sa responsabilité civile délictuelle²¹⁷⁹. Ainsi, aussitôt affirmée la réalité de la personne morale, la responsabilité délictuelle de celle-ci sera admise, sur le seul fondement existant et soit-disant compatible avec la reconnaissance de la personnalité morale : celui de la responsabilité pour faute personnelle. Pourtant, doit être réaffirmée avec vigueur l'incongruité d'une telle conception. La capacité de la personne morale n'est, à l'instar de celle des personnes physiques²¹⁸⁰, que celle dont a bien voulu la doter la loi ; de sorte que si la loi ne prévoit pas la possibilité d'engager sa responsabilité civile délictuelle, celle-ci n'a pas de cause matérielle. La solution ne semble pourtant guère soulever d'objections dans la mesure où elle correspond à une préoccupation indemnitaire devenue outrancière²¹⁸¹. Logiquement, l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant, contrariant apparemment l'indemnisation des victimes, se voit réserver un autre sort.

446. Absence de cause matérielle et irresponsabilité fonctionnelle du préposé. – Loin d'être passé aussi inaperçue que la responsabilité fonctionnelle de la personne morale,

²¹⁷⁴ AP, 25 février 2000, arrêt *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN – Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL – L'article 1384 alinéa 5 du Code civil est également associé aux articles 1 et 2 de la loi du 5 juillet 1985 : Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN.

²¹⁷⁵ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261, RTD civ. 1968, p.149, obs. G. DURRY – Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108.

²¹⁷⁶ Par ex., Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO.

²¹⁷⁷ Par ex. Com. 27 septembre 2005, n°04-11183 – Plus récemment, Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; JCP 2010, note 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET – Com. 31 janvier 2012, n°11-14154, Rev. sociétés 2012, p.418, note B. DONDERO.

²¹⁷⁸ Par ex. Com. 10 février 2009, D. 2009, AJ, p.559, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.293, note J.-C. H.

²¹⁷⁹ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. T. 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011, n°1154.

²¹⁸⁰ V. *supra* n°58.

²¹⁸¹ L. CADIET, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.495.

L'irresponsabilité fonctionnelle dont bénéficie actuellement le préposé a été dès l'origine vilipendée par une partie de la doctrine qui a qualifié l'arrêt Costedoat de « coup d'état judiciaire »²¹⁸². Plus nuancés, d'autres auteurs affirment quant à eux que cette solution est incontestablement une « entorse à l'article 1382 du Code civil »²¹⁸³. Quelle que soit l'appréciation portée sur cette règle de droit émergente, nul ne conteste son actuelle contradiction avec les règles de droit écrit²¹⁸⁴. Non seulement, l'irresponsabilité fonctionnelle déroge à la règle de droit commun pouvant être extraite de l'article 1382 du Code civil²¹⁸⁵, mais heurte-t-elle encore la règle spéciale prévue par la loi du 5 juillet 1985 portant sur l'indemnisation des accidents de circulation. Bien que ce texte ne désigne pas explicitement le débiteur de l'obligation de réparation propre à ce régime, il s'évince de l'article 2 que les qualités de gardien ou de conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de circulation²¹⁸⁶ suffisent à emporter leur engagement à indemnisation. L'imputation spéciale prévue par ce texte tient donc à ces seules qualités. Pourtant, la deuxième chambre civile, dans un arrêt du 28 mai 2009²¹⁸⁷ s'est expressément prononcée en faveur de la transposition de l'arrêt *Costedoat* au préposé conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation. La règle spéciale d'imputation est ici battue en brèche par l'irresponsabilité fonctionnelle applicable au préposé, ce qui a pu être interprété comme l'immixtion du « droit commun »²¹⁸⁸. Si la solution peut être jugée satisfaisante²¹⁸⁹ ou cohérente²¹⁹⁰ pour le préposé, elle est obtenue grâce au sacrifice de l'exclusivité de la loi de 1985²¹⁹¹, habituellement d'ordre public²¹⁹². D'aucuns jugeront néanmoins que c'est un moindre mal, l'objectif de la loi de 1985, à savoir l'indemnisation des victimes, n'étant pas menacée par cette solution, grâce à l'existence de l'assurance obligatoire et du Fonds de garantie automobile²¹⁹³.

Dans ce domaine, la contrariété avec les dispositions de la loi de 1985 est d'autant mieux admise qu'elle n'est pas nouvelle. Le refus de faire du préposé conducteur un débiteur de l'obligation de réparation est apparu peu de temps après la jurisprudence *Costedoat*. La Cour

²¹⁸² M. BILLIAU, note sous l'arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295.

²¹⁸³ M. BACACHE, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15, spé. p.20.

²¹⁸⁴ P. BRUN, *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?)* in *Mélanges Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.105, spé. n°22 ; C. RADE, *La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui*, RCA 2004, étude 15, spé. n°14.

²¹⁸⁵ En ce sens, M. BILLIAU, note sous AP, 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé. n°1 et 2 : l'auteur rappelle la solution retenue par le législateur de 1804 qui maintenait la responsabilité du « véritable auteur du dommage » (note de bas de page n°7) ; P. BRUN, note sous ce même arrêt, D. 2000, p.673, spé. n°9 ; C. RADE, RCA 2000, chron. n°22 ; F. RINALDI, note sous Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA, 15 mars 2000, p.11, spé. p.14.

²¹⁸⁶ Pour plus de précision, V. article 1 de la loi du 5 juillet 1985.

²¹⁸⁷ D. 2009, p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, note 95, J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN.

²¹⁸⁸ H. GROUDEL, *L'exclusivité de la loi du 5 juillet 1985, entre hauts et bas*, RCA 2009, étude 11, spé. n°23-24.

²¹⁸⁹ H. GROUDEL, *op. cit.*

²¹⁹⁰ N. PIERRE, réf. préc., n°4 et s.

²¹⁹¹ H. GROUDEL, *op. cit., in fine* ; D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER ; P. JOURDAIN, réf. préc.

²¹⁹² Civ. 2, 2 mai 1987, B. n°87.

²¹⁹³ J. MOULY, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, JCP 2009, 95 ; P. JOURDAIN, réf. préc.

de cassation fondait alors sa décision²¹⁹⁴ sur l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé. Cependant, cette motivation n'était pas davantage justifiée²¹⁹⁵ au regard de l'article 2 de la loi du 5 juillet 1985 qui vise tant le gardien du véhicule que son conducteur. A supposer que le préposé n'ait pu être le gardien du véhicule²¹⁹⁶, il en était incontestablement le conducteur, ce qui suffisait en principe à en faire un « responsable civil » à disposition de la victime. L'arrêt semblait donc affirmer que pour être condamné sur ce fondement il fallait avoir la double qualité de gardien et de conducteur²¹⁹⁷. La règle spéciale n'était donc déjà plus respectée.

Finalement, l'irresponsabilité du préposé dans le contexte d'un accident de la circulation n'a jamais pu être juridiquement fondée et ne peut sans doute pas l'être compte tenu du droit positif écrit actuel²¹⁹⁸. Néanmoins, loin d'être vraiment critiquée pour avoir rendu une solution non conforme au droit, la Cour de cassation se voit alors reconnaître le courage du pragmatisme²¹⁹⁹ lorsqu'elle fait ici application de l'arrêt *Costedoat*²²⁰⁰.

447. Absence de cause matérielle et irresponsabilité fonctionnelle du mandataire dirigeant. – Alors que la jurisprudence avait depuis longtemps admis une sorte de coexistence entre le droit commun et le droit spécial des sociétés²²⁰¹ qui découlait des règles de responsabilité applicables avant la réforme de 1966²²⁰², plusieurs auteurs ont noté que pour engager la responsabilité du dirigeant social, la Cour de cassation ne visait plus l'article 1382 du Code civil mais les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 codifiés aux articles L. 223-22 (SA) et L. 225-251(SARL) du Code de commerce. Ce fondement légal serait non seulement plus approprié car spécial, mais en outre justifierait qu'il soit dérogé à l'article 1382 du Code civil²²⁰³.

Plus précisément, sans soumettre explicitement l'action du tiers à la démonstration d'une faute détachable, ces articles s'inscriraient dans le droit institutionnel de la loi 1966, lequel

²¹⁹⁴ Civ. 2, 11 avril 2002, RCA 2002, chron. 9, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.519, note P. JOURDAIN.

²¹⁹⁵ Une doctrine la jugea « molle » (H. GROUDEL, obs. sous Civ. 2, 11 avril 2002, réf. préc.) avant de la qualifier de « farfelue » (H. GROUDEL, *L'exclusivité de la loi du 5 juillet 1985, entre hauts et bas*, réf. préc., spé. n°19).

²¹⁹⁶ Pour une critique de cette incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien, V. *supra* n°139.

²¹⁹⁷ En ce sens, H. GROUDEL, *op. cit.*, n°20.

²¹⁹⁸ H. GROUDEL, *op. cit.*, *in fine*.

²¹⁹⁹ Certains auteurs jugent que, ce faisant, la Cour de cassation fait preuve d'un « pragmatisme nuancé » (N. PIERRE, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, 95, spé, n°7) ou d'un « louable pragmatisme » (P. JOURDAIN, note sous l'arrêt, RTD civ. 2009, p.541).

²²⁰⁰ Il lui fut en revanche reproché d'avoir rejeté l'engagement du préposé en raison de l'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien (P. JOURDAIN, note sous Civ. 2, 11 avril 2002, RTD civ. 2002, p.519).

²²⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile en droit des affaires*, RTD com. 1997, p.349. – V. Civ. 1, 31 mai 1978, B. n°213 : l'arrêt est rendu au visa de l'article 1382 du Code civil.

²²⁰² Sur celles-ci V. J. TRAUDE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 477, n°102 : l'auteur explique que la loi de 1966 a fait disparaître de la disposition relative à l'engagement de la responsabilité des dirigeants la référence auparavant explicite au « droit commun » dans la loi du 4 juillet 1867.

²²⁰³ F. RINALDI, note sous Civ. 2, 19 novembre 1998 (relatif à la responsabilité du préposé), LPA, 15 mars 2000, p.11, spé. p.14, note n°21 ; J. TRAUDE, *op. cit.*, spé. n°101 et s.

impliquerait une telle condition²²⁰⁴. Dans cette optique la théorie de la faute séparable ne pourrait cependant pas s'étendre aux sociétés civiles²²⁰⁵, opinion qui n'est partagée ni par l'ensemble de la doctrine²²⁰⁶, ni vérifiée par la jurisprudence²²⁰⁷.

En outre, l'éviction du droit commun dans le régime de responsabilité civile des mandataires dirigeants n'est pas évidente pour toute la doctrine²²⁰⁸. A leur crédit, il est vrai que les fautes décrites par ces textes spéciaux semblent très proches de celles issues de l'article 1382 du Code civil²²⁰⁹, à ceci près qu'ils visent exclusivement des contraventions aux « règles » de la fonction envisagée. Ils n'imposent pas, en tous cas, une distinction entre faute de fonction et faute séparable des fonctions²²¹⁰ à fin d'imputation au mandataire dirigeant.

448. Irresponsabilité fonctionnelle et droit prospectif. – La contradiction générale avec le droit écrit a été parfaitement actée par la plupart des travaux de réflexion préparant la réforme du droit des obligations. En général, la règle prétorienne a été plus ou moins intégrée au futur droit des obligations. Ainsi, le projet CATALA proposait-il que le commettant soit responsable des dommages causés par son préposé (article 1359 du Code civil réformé) tandis que ce dernier ne pourrait voir sa responsabilité engagée que subsidiairement (article 1359-1 du Code civil réformé). Dans un souci de protection des victimes, le projet n'a pas consacré l'irresponsabilité du préposé et a souhaité le rendre subsidiairement responsable²²¹¹ dans le cas où la victime ne pourrait obtenir réparation ni du commettant ni de son assureur. Ce choix, favorable à la victime, n'est pas partagé par l'ensemble de la doctrine, laquelle n'y trouve aucun fondement²²¹². Il est clair, en tous cas, qu'il ne correspond pas à la logique qui peut être évincée du droit positif actuel, fut-elle illégale. De manière plus conforme à ce point de vue, le rapport d'information fait au nom de la commission des lois et déposé le 15 juillet 2009 au

²²⁰⁴ C. DUCOULOUX-FAVARD, *La règle de la faute séparable des fonctions de gestion des sociétés de capitaux est dans la loi*, Dr. sociétés 2007, étude 11, spé. n°5 et 9.

²²⁰⁵ C. DUCOULOUX-FAVARD, *op. cit.*, n°6.

²²⁰⁶ Par exemple, P. LE CANNU, obs. sous Com. 28 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 263.

²²⁰⁷ Civ. 3, 17 mars 1999, RTD com. 1999, p.690, obs. M.-H. MONSIERE-BON – Com. 6 novembre 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 27, obs. R. MORTIER – Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO.

²²⁰⁸ V. par ex. A. MARTIN-SERF, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil* in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p.385.

²²⁰⁹ En ce sens, F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil*, LPA 6 juillet 2005, p.3 ; S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, p.43 et s. – *Contra*, J. TRAUILLÉ qui prend acte de la volonté de la jurisprudence de s'écarter des conditions d'application de la *clausula generalis* (*op. cit.*, n°102 *in fine*).

²²¹⁰ A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 493, 2008, n°52 ; B. DONDERO, *L'immunité des dirigeants d'entreprise in Les immunités de responsabilité civile*, PUF coll. Colloques CEPRISCA, 2009, p.37, spé. n°6 ; M. LAUGIER, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ?*, Bull. Joly 2003, § 261, spé. n°11 ; A. MARTIN-SERF, *op. cit.*, p.390 ; V. WESTER-OUISSE, *Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*, D. aff. 1999, p.782, spé. p.784.

²²¹¹ Ce mécanisme est parfois décrit comme celui d'une « immunité relative » (P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, *La responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil in Etudes offertes à Geneviève VINEY*, Liber amicorum, LGDJ 2008, p.579, spé. n°11).

²²¹² G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé in Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83, p.94.

Sénat, rejetait le caractère subsidiaire de la responsabilité du préposé et indiquait sa volonté de « maintenir la règle prétorienne »²²¹³ de l'irresponsabilité. Identiquement, la proposition du groupe de travail placé sous la direction du professeur TERRE, envisageait d'une part de confirmer la responsabilité du commettant-employeur (article 17 alinéa 2) et d'autre part de consacrer l'irresponsabilité du préposé-salarié (article 17 alinéa 3). Si cette proposition est parfaitement compatible avec le régime d'imputation actuel²²¹⁴, elle ne retient qu'un régime de responsabilités exclusives²²¹⁵, à l'exclusion de responsabilités cumulatives²²¹⁶.

Seule la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par M. Laurent BÉTEILLE ignore totalement la jurisprudence *Costedoat* et se contente de reprendre le principe de la responsabilité civile du commettant et la définition prétorienne de la faute de fonction (article 1386-10 du Code civil réformé).

A l'inverse, l'irresponsabilité du mandataire dirigeant n'est absolument pas évoquée par l'ensemble de ces travaux. Au contraire, une proposition de loi avait été déposée le 17 décembre 2003 pour favoriser l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants et mandataires sociaux²²¹⁷ envers les tiers. Les motifs de la proposition de loi spécifiaient cependant qu'il n'était pas question d'ouvrir l'action en responsabilité pour une « simple erreur de gestion » mais de permettre celle-ci en cas de « faute caractérisée ». L'article 1^{er} de cette proposition de loi est cependant moins clair qui ne vise d'une part que les salariés et les actionnaires parmi les demandeurs possibles à l'action en responsabilité civile²²¹⁸ et ne désigne d'autre part que la « faute commise dans l'exercice de leurs fonctions », ce qui est trop imprécis pour ne pas pouvoir viser une erreur.

L'absence de cause matérielle des irresponsabilités fonctionnelles étant admise, il convient d'y remédier par l'édiction d'un ensemble de règles reprenant les éléments de régime justifiés par la théorie du risque-profit. Préalablement, il faut cependant connaître l'étendue du champ d'action du législateur à qui s'imposent des normes supérieures.

²²¹³ <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html>, spé. recommandation n°18.

²²¹⁴ A. OUTIN-ADAM, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.157, spé. p.160.

V. également, la justification du plan proposé qui dissocie la responsabilité du fait personnel des responsabilités du fait d'autrui et qui placent ces dernières dans une subdivision intitulée « De l'imputation du dommage causé par autrui » (D. MAZEAUD, J.-S. BORGHETTI, *Imputation du dommage causé à autrui* in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.149).

²²¹⁵ La faute intentionnelle ou la faute commise sans autorisation et à des fins étrangères à la fonction mettent fin à l'imputation exclusive (article 17).

²²¹⁶ Sur ce point, V. *infra* n°568.

²²¹⁷ Proposition de loi relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées, déposée le 17 décembre 2003, rejetée le 11 mai 2004.

²²¹⁸ L'impression est renforcée par l'article 3 qui entend supprimer de l'article L. 225-251 du Code de commerce les termes « envers les tiers ».

§ 2. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec les normes supérieures

449. Enjeu. – La conformité du fondement légal du régime de la faute de fonction réparatrice dépend bien évidemment de la conformité des règles qui le composent avec des normes supérieures à la loi. L'édiction d'un tel régime ne peut d'abord se faire sans égard pour la norme constitutionnelle, laquelle semble depuis quelques décisions s'intéresser de près à la responsabilité civile.

La loi nouvelle encourt désormais deux fois plus le péril d'une mise au rebut par le Conseil constitutionnel. En effet, si elle peut être soumise à un classique contrôle préalable de sa constitutionnalité suite à une saisine prévue par l'article 61 de la Constitution, elle peut également, depuis la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité²²¹⁹ dont l'objet est le contrôle postérieur de la constitutionnalité d'une loi. Dans cette hypothèse, par application de l'article 61-1 de la Constitution, un justiciable peut soutenir l'inconstitutionnalité d'une loi. Le Conseil peut alors « être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Le contrôle préalable pourra donner lieu à l'émission par le Conseil de réserves interprétatives conformes à sa jurisprudence. Le contrôle postérieur peut également conduire le Conseil à invalider la loi²²²⁰. Dans ce dernier cas, la loi devient inapplicable.

La norme constitutionnelle n'est pas la seule « menace » que peut connaître la loi. Cette dernière peut également être passée sous le crible du droit européen et plus précisément ici de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Une ratification tardive²²²¹ le 30 décembre 1973²²²² a fait entrer ce traité dans notre ordre juridique interne : ses dispositions, d'« effet direct », peuvent désormais être appliquées par les juges français. Concrètement, cela se traduit par la possibilité pour n'importe quel juge français d'écarter une loi pourvu qu'il la juge non conforme à la Convention et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²²²³. L'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales permet également aux individus de soumettre directement à la Cour européenne les violations dont ils s'estiment victimes, après épuisement des voies de recours internes. Si la disposition invoquée est effectivement non conventionnelle, l'Etat peut alors être condamné à verser une indemnité (une satisfaction équitable). Au-delà, la décision s'imposera à la France qui devra

²²¹⁹ La mesure est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 (loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 et décret n°2010-148 du 16 février 2010).

²²²⁰ La décision du Conseil constitutionnel a un effet *erga omnes*.

²²²¹ D'aucuns la jugeant scandaleusement tardive (O. LUCAS, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP 2002, I, 111, n°2).

²²²² Loi n°73-1227 : JO 3 janvier 1974.

²²²³ Cette convention doit être lue à la lumière de la jurisprudence de la Cour assurant son contrôle, le tout formant le droit européen des Droits de l'Homme.

mettre sa législation en conformité. Plus encore, l'autorité « interprétative » des arrêts rendus à l'encontre des autres Etats a été implicitement reconnue par la Cour de cassation²²²⁴.

450. Double consolidation du fondement normatif. – L'efficience des procédures de contrôle de la conformité de la loi avec la norme constitutionnelle et la norme européenne impose donc que soit vérifiée la conformité du régime de la faute de fonction avec la norme constitutionnelle (A.) et avec la norme européenne (B.).

A. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec la norme constitutionnelle

451. Limitation de la problématique. – Tous les effets du régime de la faute de fonction réparatrice sont concernés : la possibilité de retenir la responsabilité d'un agent indépendamment de toute faute est *a priori* aussi problématique que la mise à l'écart de la responsabilité d'un agent fautif. Pourtant, c'est bien à l'égard de cette dernière règle que les doutes sont les plus forts. Deux considérations l'expliquent. D'abord, l'irresponsabilité fonctionnelle heurte de plein fouet le courant indemnitaire traversant actuellement le droit de la responsabilité. Ce n'est pas le cas d'une responsabilité sans faute qui propose un débiteur supplémentaire à la victime et facilite la charge de la preuve de la victime. Ensuite, de nombreuses études ont été consacrées à l'élévation de l'article 1382 du Code civil au rang d'une norme constitutionnelle laquelle empêcherait que soit admise l'immunité civile.

452. Norme constitutionnelle et responsabilité du fait d'autrui. – S'il était acquis que le principe de responsabilité pour faute personnelle revêtait une valeur constitutionnelle, serait-il cependant possible pour le législateur d'y déroger en instituant des responsabilités sans faute, des responsabilités dites objectives, des responsabilités du fait d'autrui ? La question peut paraître étrange compte tenu de l'existence actuelle de ce type de responsabilité dans la loi. Certes, l'article 1384 du Code civil a planté ses racines dans un système de responsabilité subjective, la lecture objective ayant découlé des évolutions de l'interprétation prétorienne. Mais il ne peut en être ainsi des articles 1385 et suivants du Code civil, ni du système d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation issu de la loi du 5 juillet 1985 par exemple. Cette nouvelle « exigence constitutionnelle » mettrait-elle en péril le droit positif ? Bien que le Conseil constitutionnel n'ait jamais été saisi de ce problème juridique²²²⁵, il résulte des différentes décisions qu'il a rendu par ailleurs, qu'une telle situation n'est pas à

²²²⁴ Civ. 1, 10 janvier 1984, B. n°8.

²²²⁵ C. RADE, « Liberté, égalité, responsabilité » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cah. Cons. Constit., 2004, n°16, p.111, spé. n°5.

craindre²²²⁶. L'attitude généralement conservatrice des solutions acquises du Conseil²²²⁷ ressort clairement de la dialectique qui était la sienne dans les années 80. Ainsi, la décision du 22 octobre 1982²²²⁸, tout en énonçant le principe de la responsabilité pour faute personnelle prend-elle acte qu'« en certaines matières, le législateur a institué des régimes de réparation dérogeant partiellement à ce principe, notamment en adjoignant ou en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage la responsabilité ou la garantie d'une autre personne physique ou morale »²²²⁹. Si les décisions postérieures n'ont pas repris ce considérant, l'optimisme reste de mise en doctrine²²³⁰ ; tout juste existe-t-il un doute sur la possibilité pour le législateur d'établir des systèmes de réparation forfaitaire²²³¹.

Compte tenu de cet état du droit positif, la norme constitutionnelle ne semble pas s'opposer à la reprise de la responsabilité civile du commettant du fait de ses préposés ni à l'édiction de la responsabilité civile des personnes morales du fait de ses mandataires sociaux. La responsabilité fonctionnelle est donc constitutionnelle. Qu'en est-il de l'irresponsabilité fonctionnelle ?

453. Position de la norme constitutionnelle sur l'immunité civile. – Les apparences sont fort trompeuses en la matière. En effet, il semble que le Conseil constitutionnel admette la possibilité de certaines immunités civiles pourvu que certaines conditions soient respectées. La démonstration de la compatibilité du principe de l'immunité civile avec la norme constitutionnelle (1.) précédera donc l'exposé des conditions de cette compatibilité (2.).

1. La compatibilité de principe d'une immunité civile avec la norme constitutionnelle

454. Difficultés d'interprétation. – Il est bien difficile de dégager un consensus sur le sens exact de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant à sa volonté d'élever au rang de principe constitutionnel le contenu de l'article 1382 du Code civil. Il est pourtant possible de parvenir à se prononcer sur cette question car, en dépit du contenu incertain de la norme constitutionnelle (a.), sa portée est, quant à elle, certaine (b.).

²²²⁶ A propos de craintes exprimées à ce propos, V. P. BRUN qui a soulevé le risque d'un mésusage d'une interprétation approximative de la jurisprudence du Conseil (*La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute* in *La responsabilité pour faute*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la responsabilité de l'Université du Maine et le Centre de recherches en droit privé de Tours le 17 janvier 2003, RCA juin 2003, p.37, n°35).

²²²⁷ N. MOLFESSIS, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations* in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, t.1. Lille 1996. Journées nationales, p.65, n°50.

²²²⁸ Déc. n° 82-144 DC.

²²²⁹ Considérant n°4.

²²³⁰ P. BRUN, *op. cit.*, n°34 et 35 (implicite) ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. Bib. De Droit privé, t. 477, 2007, n°259 et 264-265.

²²³¹ J. TRAUILLÉ, *op. cit.*, n°259 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n°59-2.

a. Le contenu incertain de la norme constitutionnelle

455. Incertitude relative à la constitutionnalisation de l'article 1382 du Code civil. –

La première étape du raisonnement consiste à se demander si la règle contenue dans l'article 1382 du Code civil peut avoir valeur constitutionnelle. *A priori* aucune règle constitutionnelle ne reprend le contenu de cette disposition²²³². Une telle constitutionnalisation ne peut donc émaner que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Se déterminer sur la valeur constitutionnelle du principe contenu dans l'article 1382 du Code civil implique donc qu'un regard attentif soit porté sur la construction jurisprudentielle afin de déterminer si la valeur constitutionnelle a été octroyée à cette règle de droit privé²²³³.

Il est difficile d'en induire avec certitude l'élévation au rang constitutionnel de l'article 1382 du Code civil. Ainsi, dans une décision du 22 octobre 1982²²³⁴, le Conseil s'est effectivement référé au principe selon lequel « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », ce qui a pu être interprété comme la découverte d'un nouveau principe constitutionnel²²³⁵. Cependant, ce n'est pas ce principe qui a motivé la censure d'une disposition législative prévoyant qu'« aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation de dommages causés par un conflit collectif du travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice normal du droit de grève ou du droit syndical »²²³⁶. Une telle censure est en effet intervenue sur le fondement du principe d'égalité des victimes²²³⁷ devant la loi et devant les charges publiques²²³⁸. Il n'est donc pas certain que le Conseil ait entendu accorder la dignité constitutionnelle au principe de l'article 1382²²³⁹ lequel n'est finalement protégé que de façon indirecte²²⁴⁰, par le prisme du principe d'égalité²²⁴¹. Le même procédé de protection indirecte est utilisé dans la décision du 17 janvier 1989²²⁴² à l'issue de

²²³² N. MOLFESSIS, *op. cit.*, spé. n°18.

²²³³ Il s'agit du sens strict de la « constitutionnalisation », qui sera retenu ici (P. BRUN, *op. cit.*, p.37 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, 2011, V° Constitutionnalisation).

²²³⁴ Réf. préc.

²²³⁵ C. RADE, *op. cit.*, spé. n°13.

²²³⁶ Article 88 de la loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.

²²³⁷ V. *infra* n°456.

²²³⁸ G. CANIVET, *Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY. Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 213 spé. n°22 ; N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°20.

²²³⁹ P. BRUN, *op. cit.*, n°9 ; G. CANIVET, *op. cit.*, n°25 ; F. CHABAS, *L'article 1382 du code civil. Peau de vair ou peau de chagrin ?* in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p.79, spé. p.82 ; J. DE SALVE DE BRUNETON, *Les principes constitutionnels et la responsabilité civile* in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, p.407.

²²⁴⁰ J. TRAUILLÉ, *op. cit.*, n°239.

²²⁴¹ C'est par ce biais également que le Conseil constitutionnel a pu imposer le principe de collégialité ou celui du double degré de juridiction sans que ces derniers n'aient acquis une valeur constitutionnelle (N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°5).

²²⁴² Déc. n° 88-248 DC.

laquelle la disposition selon laquelle « les mesures prises en exécution de ces décisions ne peuvent en aucun cas engager la responsabilité personnelle du président de l'organisme »²²⁴³ sera censurée comme contrariant le principe d'égalité.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel refuse, parfois explicitement, de se prononcer sur la constitutionnalisation du principe de responsabilité pour faute personnelle. Ce fut le cas dans sa décision des 19 et 20 juillet 1983²²⁴⁴, alors que les auteurs de la saisine avaient argué de ce principe « qui imposerait à l'auteur de toute faute d'en répondre civilement »²²⁴⁵. Elle valide la loi ayant accordé aux membres des conseils d'administration ou de surveillance représentant les salariés dans les entreprises publiques une atténuation de responsabilité « sans qu'il soit besoin de rechercher si un tel principe a valeur constitutionnelle »²²⁴⁶.

La décision du 27 juillet 1994²²⁴⁷ statuant sur la loi relative au respect du corps humain et sur la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale et à la procréation et au diagnostic prénatal hypothèque davantage encore une quelconque valeur constitutionnelle de l'article 1382 du Code civil puisqu'elle valide l'article 10 de la loi au motif qu'« aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur [...] d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci [auteur du don] ». Compte tenu de la matière sensible réglementée par le texte soumis au contrôle du Conseil, une partie de la doctrine a souligné le caractère opportuniste de la solution²²⁴⁸ pour en conclure que l'état du droit n'avait pas évolué.

Un tel consensus disparaît en revanche, s'agissant de l'interprétation de la décision du 9 novembre 1999²²⁴⁹ portant sur la loi relative au PACS. Il était reproché à cette loi d'autoriser la rupture unilatérale laquelle s'apparenterait à une forme de « répudiation ». Outre qu'il a jugé le reproche inadéquat en dehors d'une situation de mariage²²⁵⁰, le Conseil a motivé sa décision de validation en rappelant que l'article 517-7 du Code civil prévoit que le partenaire à qui la rupture est imposée peut demander réparation du préjudice subi et en ajoutant que « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »²²⁵¹. Cette fois, le Conseil rattache donc la règle de l'article 1382 à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen consacrant le

²²⁴³ Cette disposition est issue de l'article 8 d'une loi modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication en son article 13.

²²⁴⁴ Déc. n°83-162 DC.

²²⁴⁵ Considérant n°76.

²²⁴⁶ Considérant n°79.

²²⁴⁷ Déc. n°94-343/344 DC.

²²⁴⁸ P. BRUN, *op. cit.*, n°12 ; L. PERDRIX, *La garde d'autrui*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 521, 2010, n°754 ; J. TRAULLE, *op. cit.*, n°248 – Une autre doctrine développe l'idée assez proche d'un droit spécial dérogeant au droit général tout en le laissant subsister (N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°23).

²²⁴⁹ Déc. n°99-419 DC ; JCP 2000, I, 280, n°1, obs. G. VINEY ; D. 2000, p.424, note S. GARNERI.

²²⁵⁰ Considérant n°67.

²²⁵¹ Considérant n°70.

principe de liberté²²⁵². Partant, deux interprétations sont envisagées : certains auteurs considèrent que le Conseil intègre ainsi le contenu de l'article du Code civil dans l'un des piliers du bloc de constitutionnalité²²⁵³, ce qui lui fait acquérir la valeur constitutionnelle²²⁵⁴. Pour d'autres, une autre analyse grammaticale des motifs de la décision peut conduire à distinguer la valeur de l'article 1382 et celle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Si l'article 1382 du Code civil est bien une conséquence de l'exigence constitutionnelle énoncée dans l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, s'il tire sa source de cet article, et si cette règle est garante d'un principe constitutionnel, cela ne signifie pas qu'il a entièrement valeur constitutionnelle²²⁵⁵. Les décisions postérieures rendues en 2000²²⁵⁶ et 2005²²⁵⁷ ne permettent pas de clore le débat, la première décision étant fondée sur le principe de légalité des délits et des peines, étranger à la matière civile²²⁵⁸, et la seconde reprenant le procédé grammatical de la décision de 1999. En revanche, la décision du 18 juin 2010²²⁵⁹ pourrait bien faire pencher la balance en faveur d'une constitutionnalisation du principe contenu dans l'article 1382 du Code civil. Il reste cependant encore préférable d'utiliser le conditionnel, la décision faisant état, de manière lapidaire, d'un « principe de responsabilité » dont elle ne dit rien.

Ce qui est certain c'est que la règle de l'article 1382 n'a pas encore été élevée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République²²⁶⁰ par le Conseil mais elle a toujours été associée à une autre disposition dont la valeur constitutionnelle est assurée. Ces dispositions ont varié dans le temps, modifiant, là encore, l'objet sur lequel la valeur constitutionnelle pourrait éventuellement s'appliquer.

456. Incertitude relative à la constitutionnalisation de la responsabilité pour faute personnelle. – A supposer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel traduise une véritable volonté de constitutionnaliser la règle de l'article 1382 du Code civil, il n'est pas certain que cette volonté concerne la responsabilité pour faute personnelle. Cet article contient, en effet, plusieurs principes. Alors qu'il semble tout entier tourné vers le sort du débiteur de l'obligation de réparer en affirmant le principe d'une responsabilité pour faute personnelle, il est également le support du principe selon lequel les dommages résultant d'une faute commise doivent être réparés, et ce, de manière intégrale. Ainsi, la dialectique du Conseil constitutionnel s'articule-t-elle nécessairement autour de ces deux pôles antagonistes.

²²⁵² Un auteur a cru pouvoir lire entre les lignes de la décision de 1982 précitée une référence implicite mais nécessaire au principe de liberté (C. RADE, *op. cit.*, n°8). L'opinion peut ne pas convaincre, *a fortiori*, parce que ce principe simplement énoncé ne joue aucun rôle dans la censure opérée.

²²⁵³ P. BRUN, *op. cit.*, n°14.

²²⁵⁴ F. CHABAS, *op. cit.*, p.84 ; L. PERDRIX, *op. cit.*, n°755.

²²⁵⁵ J. TRAUJLE, *op. cit.*, n°263.

²²⁵⁶ Décision du 27 juillet 2000, n°2000-433 DC.

²²⁵⁷ Décision du 22 juillet 2005, n°2005-522 DC.

²²⁵⁸ V. *infra* n°463.

²²⁵⁹ CC 18 juin 2010, RCA 2010, comm. 176 et étude 8, H. GROUDEL, JCP 2010, 1015, obs. C. BLOCH.

²²⁶⁰ C. RADE, *op. cit.*, n°9.

Il est notamment possible de mal comprendre le recours au principe d'égalité qui prévalut initialement puisque l'égalité aurait pu tout autant concerner l'auteur de la faute que la victime de celle-ci²²⁶¹. Le contenu de la décision de 1982²²⁶² est cependant plus univoque qui vise non pas l'égalité de traitement des fautifs²²⁶³ mais l'égalité des victimes²²⁶⁴, qui doivent toutes bénéficier d'un droit à réparation²²⁶⁵, peu important la source de l'indemnisation²²⁶⁶. Allant plus loin, une partie de la doctrine note que le Conseil constitutionnel « ne prend pas en considération le fait fautif pour imposer une obligation à la charge de l'auteur du dommage »²²⁶⁷. La faute est instrumentalisée non pour « déclencher une obligation de réparation à la charge de son auteur » mais pour « engendrer une créance de réparation au bénéfice de la victime²²⁶⁸ »²²⁶⁹. L'accent est mis sur la réparation²²⁷⁰, laquelle peut intervenir par l'intermédiaire d'un système assurantiel ou d'une responsabilité du fait d'autrui. C'est pourquoi le doyen CARBONNIER affirmait que « s'il y a quelque chose de constitutionnel dans l'article 1382, c'est la réparation du dommage, non la sanction de la faute »²²⁷¹. Cette lecture de la règle de l'article 1382 du Code civil semble correspondre aux raisons ayant présidé à la création de l'article en 1804. Il n'était pas suffisant d'affirmer que le principe édicté était conforme à la morale²²⁷² ; encore fallait-il expliquer en quoi il était conforme à la morale de ne pas distinguer les fautes légères des fautes graves. Or, ceci ne s'expliquait que par le souci d'indemniser la victime²²⁷³. Dès lors il peut paraître surprenant que le Conseil constitutionnel établisse par ailleurs une corrélation entre la gravité de la faute commise et le droit à réparation de la victime²²⁷⁴, rendant possible l'exonération du responsable pour des « fautes excusables »²²⁷⁵. Cette corrélation est donc interprétée comme un « glissement »²²⁷⁶ qui peut sans doute être expliqué par la dualité de fonction assignée à la responsabilité pour faute : une fonction réparatrice mais aussi une fonction sanctionnatrice à laquelle le Conseil constitutionnel reste attaché²²⁷⁷. Plus particulièrement, certains auteurs avancent l'idée que

²²⁶¹ G. CANIVET, *op. cit.*, n°24 *in fine*.

²²⁶² Décision du 22 octobre 1982, réf. préc.

²²⁶³ *Contra*, Décision du 17 janvier 1989 (réf. préc.).

²²⁶⁴ P. BRUN, *op. cit.*, n°19 ; G. CANIVET, *op. cit.*, n°25 ; N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°20.

²²⁶⁵ J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.414.

²²⁶⁶ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°20.

²²⁶⁷ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°39.

²²⁶⁸ *Ibidem*.

²²⁶⁹ La doctrine note alors une modification substantielle du rôle de la faute, passant de la sanction à la seule réparation (N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°40).

²²⁷⁰ J. TRAUJLE, *op. cit.*, n°240.

²²⁷¹ *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 23^e éd., 1995, n°124.

²²⁷² O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 436, 2005, p.462 et s.

²²⁷³ O. DESCAMPS, *op. cit.*, p.438.

²²⁷⁴ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p.97.

²²⁷⁵ Considérant n°79 de la décision des 19 et 20 juillet 1983 (réf. préc.).

²²⁷⁶ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p.97.

²²⁷⁷ J. TRAUJLE, *op. cit.*, n°247.

sanction de la faute et réparation de la victime sont pour le juge constitutionnel « consubstantiels l'un à l'autre »²²⁷⁸.

C'est ce second versant de l'article 1382 du Code civil qui semble *a contrario* ressortir de la mise en exergue de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen aux termes duquel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Le lien ainsi opéré entre le principe de liberté et les prescriptions de l'article 1382 a pu surprendre²²⁷⁹ mais il a le mérite de clairement déplacer le débat sur la tête de l'auteur de la faute et/ou responsable. Depuis la décision de 1999²²⁸⁰, c'est l'obligation de réparation qui ferait l'objet de l'examen du Conseil, et, pour certains auteurs, d'une constitutionnalisation²²⁸¹. Pourtant le sort de la victime n'est pas étranger à cette décision puisque c'est à la faculté de celle-là d'agir en responsabilité que correspond l'exigence constitutionnelle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

457. Conclusion sur le contenu de la norme constitutionnelle. – De ce panorama de la jurisprudence constitutionnelle, il n'a pas été possible d'évincer avec certitude le contenu de la norme constitutionnelle. Si le Conseil constitutionnel a, au fil du temps, incontestablement déplacé sa réflexion de la victime à l'auteur de la faute, il n'a jamais consacré de manière explicite la dignité constitutionnelle de l'article 1382 du Code civil. Certains auteurs y sont d'ailleurs farouchement hostiles²²⁸² car ils craignent que cette valeur supra-législative confère trop de rigidité à une matière nécessitant, au contraire, une grande souplesse, tant elle est le siège de fragiles équilibres entre des intérêts divergents²²⁸³. La menace n'est peut-être pas si grande car l'attention prêtée à la portée de la norme constitutionnelle laisse apparaître la possibilité d'une législation nuancée.

b. La portée certaine de la norme constitutionnelle

458. Limitation de la recherche. – Il ne saurait être question d'aborder ici l'ensemble des points de droit de la responsabilité civile soumis au Conseil constitutionnel. L'étude sera uniquement focalisée sur la principale considération concernée par la réforme législative qu'implique la légitimation du droit prétorien actuel : la consécration d'une immunité civile. Sera ainsi exclue des développements la problématique de la réparation intégrale²²⁸⁴.

²²⁷⁸ P. BRUN, *op. cit.*, n°20.

²²⁷⁹ G. VINEY, obs. sous CC, 9 novembre 1999, JCP 2000, I, 280, n°1.

²²⁸⁰ La décision du 17 janvier 1989 (réf. préc.) était déjà précurseur de ce mouvement puisque le Conseil s'opposait à l'exonération d'un agent alors même que l'indemnisation de la victime était assurée par un régime de substitution de responsabilité (J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.418).

²²⁸¹ P. BRUN, *op. cit.*, n°21.

²²⁸² L. PERDRIX, *op. cit.*, n°759 ; G. VINEY, sous CC 9 décembre 1999, JCP 2000, I, 280 n°1.

²²⁸³ Ceux de la victime et ceux des acteurs économiques notamment (P. BRUN, *op. cit.*, n°27).

²²⁸⁴ Sur ce point, V. notamment : C. RADE, *op. cit.*, n°28 et s. ; J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.415-416 ; J. TRAULLE, *op. cit.*, n°249 et s. – Pour une étude dédiée à la réparation intégrale en général, V. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002.

459. Norme constitutionnelle et immunité relative. – La portée de la norme constitutionnelle est assez certaine s’agissant de la possibilité pour le législateur d’établir des immunités civiles. En effet, l’ensemble du contentieux constitutionnel relatif à la responsabilité civile provient de saisines dont l’objet était une loi établissant un régime atténué de responsabilité en faveur d’un agent. Or, nombreuses sont finalement les dispositions qui ont reçu l’approbation du Conseil constitutionnel. A cet égard le contentieux a connu trois phases. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a donné des signaux plutôt favorables à l’édiction d’immunités : ainsi, en 1982²²⁸⁵, alors que les dispositions instituant une irresponsabilité civile au profit des grévistes ont été censurées, le Conseil constitutionnel n’excluait pas totalement la possibilité d’instituer des immunités relatives²²⁸⁶. La décision du 20 juillet 1983²²⁸⁷ va également en ce sens puisqu’elle admet que le législateur puisse aménager « des régimes de responsabilité spéciaux moins rigoureux que le régime de droit commun »²²⁸⁸ dès lors que le principe de responsabilité « ne s’oppose pas [...] à certaines exonérations de responsabilité pour des fautes présumées excusables »²²⁸⁹. La décision du 17 janvier 1989²²⁹⁰ se contente de préciser que l’immunité ne saurait être absolue puisque « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle qu’elle que soit la nature ou la gravité de l’acte qui lui est imputé »²²⁹¹.

Dans un second temps, le laconisme du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999²²⁹², aurait pu laisser penser que l’édiction d’immunités devenait impossible. Pourtant, très rapidement, la doctrine a admis l’existence de tempéraments ou d’exceptions dictées par d’autres impératifs constitutionnels²²⁹³.

Enfin, dans un troisième temps, le Conseil constitutionnel a fait réapparaître la tempérance de l’exigence constitutionnelle en décidant qu’elle « ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d’intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée »²²⁹⁴. A la suite de cette décision, un auteur a affirmé très explicitement la compatibilité de la (potentielle) valeur constitutionnelle du principe contenu dans l’article 1382 du code civil avec l’édiction législative d’immunités en intitulant ainsi son commentaire de la décision : « *La constitutionnalité de l’article 1382 n’interdit pas au législateur d’offrir des immunités partielles* »²²⁹⁵. Cette décision a en effet conclu à la constitutionnalité d’une loi limitant l’engagement de la responsabilité des établissements de

²²⁸⁵ Décision du 22 octobre 1982, réf. préc.

²²⁸⁶ C. RADE note que lorsque le Conseil constitutionnel affirme « qu’en principe, tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, l’oblige à réparer », il indique concomitamment qu’il s’agit d’ « une règle générale qui supporte des dérogations » (*op. cit.*, n°13).

²²⁸⁷ Réf. préc.

²²⁸⁸ Considérant n°77.

²²⁸⁹ Considérant n°79.

²²⁹⁰ Réf. préc.

²²⁹¹ Considérant n°9.

²²⁹² Réf. préc.

²²⁹³ P. BRUN, *op. cit.*, n°21.

²²⁹⁴ Considérant n°10 de la décision du 22 juillet 2005 (réf. préc.).

²²⁹⁵ P. STOFFEL-MUNCK, JCP 2006, I, 111, n°8.

crédit pour soutien abusif d'entreprises en difficulté à la démonstration d' « une fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou [de] garanties prises en contrepartie des concours [...] disproportionnées à ceux-ci »²²⁹⁶. La volonté du législateur de ne pas soumettre les prêteurs aux conditions plus rigoureuses de l'article 1382 du code civil n'a donc pas été censurée par le Conseil constitutionnel, contrairement aux prévisions de certains²²⁹⁷. Identiquement, quoique de manière beaucoup implicite, le Conseil constitutionnel a réitéré sa position en jugeant que l'immunité dont bénéficie l'employeur, en matière d'accident du travail²²⁹⁸, et en l'absence de faute intentionnelle ou inexcusable²²⁹⁹ n'est contraire « ni au principe de responsabilité, ni au principe d'égalité, ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit »²³⁰⁰. Enfin, en dernier lieu, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'immunité des agents publics en cas de faute de service aux motifs que « l'article 4 de la Déclaration de 1789 ne fait pas obstacle à ce que le législateur déroge partiellement au principe de responsabilité en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage, la responsabilité d'une autre personne physique ou morale »²³⁰¹.

En conclusion, il convient d'être optimiste quant à la compatibilité d'une immunité civile avec la norme constitutionnelle. Cependant, la marge de manœuvre du législateur doit être mesurée à l'aune des conditions auxquelles le législateur subordonne la régularité de cette faveur.

2. Les conditions de la compatibilité de l'immunité civile avec la norme constitutionnelle

460. Enoncé des conditions posées par le Conseil constitutionnel. – Si le Conseil constitutionnel a admis des dérogations au principe de la responsabilité pour faute, ce n'est que de manière conditionnelle. Apparues au fil de l'évolution de sa jurisprudence, ces conditions sont schématiquement au nombre de trois, qui concernent la justification de la dérogation par l'intérêt général, la limite de la dérogation par le souci de l'indemnisation de la victime et la mesure de la dérogation par la teneur de l'acte fautif.

461. La justification de l'immunité par l'intérêt général. – Cette condition apparaît pour la première fois dans la décision du 20 juillet 1983²³⁰², les auteurs de la saisine ayant reproché

²²⁹⁶ Article L. 650-1 du Code de commerce.

²²⁹⁷ R. ROUTIER, *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p.1478, spé. n°5 et s.

²²⁹⁸ Article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale.

²²⁹⁹ Articles L. 451-2 à L. 451-5 du Code de la sécurité sociale.

²³⁰⁰ Considérant n°19 de la décision du 18 juin 2010 (RCA 2010, comm. 176 et étude 8, H. GROUDEL ; JCP 2010, 1015, obs. C. BLOCH).

²³⁰¹ Civ. 1, 14 septembre 2011, RCA 2012, comm. 12

²³⁰² Réf. préc.

au législateur d'avoir inexactement apprécié l'intérêt général justifiant le régime de responsabilité applicable aux membres des conseils d'administration ou de surveillance représentant les salariés. La mention de l'intérêt général allait ensuite disparaître du contentieux pour réapparaître dans la décision du 22 juillet 2005²³⁰³ comme condition d'un aménagement de la responsabilité²³⁰⁴.

Le fondement retenu pour justifier des immunités civiles des préposés et des mandataires sociaux peut-il être mis en rapport avec l'intérêt général exigé par le Conseil ?

Pour le déterminer, il convient en premier lieu de préciser le contenu de la notion d'intérêt général. Dans le contentieux relatif à la responsabilité civile, c'est aux motifs ou raisons du législateur que le Conseil constitutionnel fait référence. Selon une certaine doctrine, les motifs d'intérêt général doivent être distingués des objectifs d'intérêt général²³⁰⁵, ces derniers correspondant au « but juridiquement poursuivi »²³⁰⁶ par le législateur et permettant un contrôle de la constitution interne de la loi²³⁰⁷. Pourtant dans la décision du 22 juillet 2005²³⁰⁸, motif d'intérêt général et objectif d'intérêt général semblent équipollents²³⁰⁹. Quoiqu'il en soit, parce que l'examen des motifs d'intérêt général implique alors d'aborder la subjectivité du législateur, il pourrait conduire le Conseil constitutionnel à s'immiscer dans la décision politique²³¹⁰. C'est pourquoi cette juridiction s'abstient en principe de porter un quelconque jugement de valeur sur cet intérêt général, disant que « l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur »²³¹¹. Cela conduit la doctrine à considérer que « ce critère n'est guère exigeant »²³¹² ou que le Conseil en a une « conception généreuse »²³¹³. Autrement dit, si le Conseil vérifie l'existence d'un tel motif²³¹⁴, il ne s'en acquitte que de manière quasi-formelle. La difficulté à établir ce qui pourrait relever de ces motifs d'intérêt général est en outre corroborée par le caractère subsidiaire de cette « norme »²³¹⁵. Ainsi, en 1983²³¹⁶, le Conseil a-t-il considéré qu'il n'y avait « pas lieu de rechercher si l'intérêt général pouvait justifier une atteinte au principe d'égalité », puisque la spécificité du mandat²³¹⁷ des représentants des salariés dans les conseils d'administration des entreprises justifiait la particularité du régime de

²³⁰³ Réf. préc.

²³⁰⁴ Considérant n°10 : « cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, **pour un motif d'intérêt général**, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ».

²³⁰⁵ M.-P. DESWARTE, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC 1993, p.23, spé.p.36

²³⁰⁶ M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.35.

²³⁰⁷ M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.34.

²³⁰⁸ Réf. préc.

²³⁰⁹ Considérants n°10 et 12.

²³¹⁰ M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.56.

²³¹¹ Considérant n°81 de la décision des 19 et 20 juillet 1983 (réf. préc.).

²³¹² J. TRAUILLÉ, *op. cit.*, n°273.

²³¹³ N. MOLFESSIS, n°33.

²³¹⁴ G. CANIVET, *op. cit.*, n°34.

²³¹⁵ M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.51.

²³¹⁶ Déc. des 19 et 20 juillet 1983 (réf. préc.).

²³¹⁷ Considérant n°75.

responsabilité mis en place par la loi²³¹⁸. Cette particularité tenait à la gratuité de ce mandat. Par conséquent, la doctrine a pu lire cette décision comme étant une application de la théorie du risque-profit²³¹⁹ permettant la variation du degré de la faute génératrice de responsabilité²³²⁰. Un tel argument ne peut être avancé en l'état s'agissant des mandataires sociaux et des préposés : s'ils sont spécifiquement placés dans une situation fonctionnelle les privant du profit direct de leur activité, ils ne sont généralement pas bénévoles²³²¹.

Leur situation est de ce point de vue analogue à celle des établissements financiers bénéficiant d'un régime de responsabilité atténuée dans le domaine du soutien abusif d'entreprises en difficulté. Pour en justifier, le législateur avait évoqué la « pérennité des entreprises en difficulté ». Il s'agissait de ne pas décourager les établissements bancaires à financer les entreprises rencontrant des difficultés de trésorerie, ce qui a été considéré comme un objectif d'intérêt général suffisant pour le Conseil constitutionnel²³²². Selon les principaux intéressés, la mesure tendrait, *in fine*, à maintenir l'activité économique et donc l'emploi.

Pour justifier d'un régime dérogatoire, le législateur pourrait ainsi évoquer la volonté de rétablir un équilibre entre risques et profits de l'entreprise²³²³, bref la théorie du risque-profit²³²⁴.

La relative tolérance dont fait preuve le Conseil constitutionnel à cet égard est cependant contrebalancée puisque la juridiction impose que soient remplies un certain nombre d'autres conditions²³²⁵ visant à encadrer la mesure dérogatoire. En matière de responsabilité civile, il s'agit de l'indemnisation des victimes et de la considération pour la gravité de la faute commise.

462. La limite de l'immunité par l'indemnisation de la victime. – Pourtant à l'origine du mouvement de constitutionnalisation de la responsabilité pour faute personnelle, le droit pour la victime de demander la réparation de ses dommages semble avoir perdu de sa superbe au fil de l'évolution jurisprudentielle. Dès 1983, le Conseil écornait le principe en conditionnant la réparation à la gravité de la faute commise²³²⁶ et en 2005, le sort de la victime semble assez indifférent au Conseil constitutionnel²³²⁷, lequel a néanmoins répondu de manière particulièrement laconique aux auteurs la saisine ayant invoqué le droit au recours garanti par

²³¹⁸ Le principe d'égalité était donc, ici, invoqué vis-à-vis du traitement du responsable fautif, V. *supra* n°456.

²³¹⁹ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°39.

²³²⁰ C. RADE, *op. cit.*, n°21.

²³²¹ Il est cependant notable que la plupart des administrateurs d'associations exercent cette activité bénévolement.

²³²² Considérant n°12.

²³²³ « L'intérêt général lorsqu'il impose certaines charges rompt l'équilibre initial de l'état d'égalité. Aussi, la loi, lorsqu'elle fait exception à cette égalité première, rétablit cet équilibre et par là même établit une nouvelle égalité. » (M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.49).

²³²⁴ V. *supra* n°438.

²³²⁵ M.-P. DESWARTE, *op. cit.*, p.38.

²³²⁶ Considérant n°79 : « s'il [le principe] s'oppose au refus absolu de toute réparation sans égard à la gravité de la faute » – V. *supra* n°456 pour la critique de cette combinaison.

²³²⁷ J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.416.

l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²³²⁸ en disant que « les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »²³²⁹. Il est donc permis de s'interroger sur le maintien d'une telle exigence²³³⁰. Cependant le débat n'a pas besoin d'être tranché ici car quel que soit le sort réservé à cette exigence, le système proposé est à l'abri de toute critique constitutionnelle.

En effet, le régime de responsabilité envisagé maintient **toujours** l'existence d'au moins **un** responsable. Le changement opéré par le droit prétorien a seulement consisté à faire disparaître l'existence systématique de **deux** débiteurs. Or, ce que le Conseil constitutionnel semble avoir exigé, lorsqu'il s'exprimait explicitement sur le sort de la victime, c'est la possibilité d'une réparation des dommages. Peu lui importait le débiteur de l'obligation de réparation. Il indique dès 1982 la possibilité pour le législateur d'aménager un régime de substitution de responsabilité²³³¹ tandis qu'il suggère, en 1983, que les victimes pourront s'adresser à d'autres administrateurs ou à la société elle-même²³³². Le risque accru pour la victime de ne pas voir ses dommages réparés en raison de l'insolvabilité de son débiteur n'est pas une impossibilité de **droit** de demander réparation de ses dommages mais un obstacle **de fait** auquel la norme constitutionnelle est logiquement étrangère²³³³.

463. La mesure de l'immunité par celle de l'acte fautif. – En 1983, le Conseil constitutionnel admettait que le législateur puisse prévoir certaines « exonérations » pour des « fautes présumées excusables »²³³⁴. *A contrario*, l'immunité ne serait donc pas admise pour les fautes inexcusables. Restait à déterminer le contenu de cette faute inexcusable. La décision de 1989 a donné les critères permettant d'encadrer l'immunité : le Conseil affirme que « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la **nature** et la **gravité** de l'acte qui lui est imputé ». La juridiction indique ici que le législateur devra tenir compte de deux paramètres : la nature de la faute et la gravité de celle-ci²³³⁵.

Parmi les décisions rendues en la matière par le Conseil, aucune ne donne d'indication précise quant à la nature et au degré de gravité de la faute ne pouvant donner lieu à immunité : ainsi,

²³²⁸ Décision du 22 juillet 2005 (réf. préc.).

²³²⁹ Considérant n° 13.

²³³⁰ En faveur d'un tel maintien pour l'atteinte de certains droits subjectifs, notamment le droit à l'intégrité corporelle, J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.417.

²³³¹ Considérant n° 4 de la décision du 22 octobre 1982 (réf. préc.).

²³³² Considérant n° 79 de la décision des 19 et 20 juillet 1983 (réf. préc.).

²³³³ Cette considération est le fer de lance des plus virulents contradicteurs à la jurisprudence *Costedoat* : F. CHABAS note ainsi que « c'est miracle si les victimes ont pu être indemnisées – par un tiers – car la responsabilité du commettant [...] ne pouvait être recherchée. » (*op. cit.*, p.93) – V. *supra*, n°414.

²³³⁴ Considérant n° 79 de la décision des 19 et 20 juillet 1983 (réf. préc.).

²³³⁵ Le critère de la gravité est apparu très tôt, dès 1982 (considérant n° 5 de la décision du 22 octobre 1982 – réf. préc. –).

dans une décision du 27 juillet 2000²³³⁶ le Conseil constitutionnel paraît admettre, par son silence, que la responsabilité des hébergeurs internet ne puisse être recherchée que pour leur abstention intentionnelle postérieure à leur « saisine » par une autorité judiciaire²³³⁷. Une décision du 10 juin 2004²³³⁸ portant sur la réécriture de la loi partiellement censurée par la décision de 2000 corrobore cette responsabilité restreinte à la faute intentionnelle. La décision du 22 juillet 2005²³³⁹ fut l'occasion de rappeler que le législateur ne peut prévoir la suppression totale de la responsabilité de l'agent²³⁴⁰ mais elle ne donne guère plus d'informations en retenant la constitutionnalité d'une loi limitant la responsabilité des établissements bancaires pour soutien abusif en cas de fraude, d'immixtion dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties vis-à-vis des concours financiers offerts. Enfin, la décision du 18 juin 2010 semble accepter que la responsabilité soit limitée à la faute inexcusable ou intentionnelle²³⁴¹ puisqu'elle entérine le régime spécial relatif aux accidents du travail²³⁴².

Bref, le contentieux constitutionnel n'est guère prolix sur les contours de la faute inexcusable ne pouvant donner lieu à une immunité. Cependant, aucune contrariété flagrante ne semble devoir résulter de l'« immunisation » des fautes d'imprudences, *a fortiori*, des fautes d'imprudence simple²³⁴³. Il conviendra donc de (re)définir la faute de fonction « immunisante » des préposés et des dirigeants en ce sens. Un auteur, observant la jurisprudence contemporaine²³⁴⁴, a ainsi jugé qu'il serait nécessaire de modifier l'état du droit sur ce point car limiter la responsabilité des préposés et dirigeants sociaux à la faute intentionnelle serait insuffisant vis-à-vis de la norme constitutionnelle²³⁴⁵. Il propose donc d'élargir leur responsabilité à toute faute lourde et tout délit²³⁴⁶. La proposition appelle cependant la prudence dans ses deux branches. Si la faute lourde peut être jugée d'une gravité

²³³⁶ Déc. n°2000-433 DC.

²³³⁷ L'interprétation de cet arrêt est rendue malaisée par une situation atypique : le législateur entendait définir de la même façon la faute engageant la responsabilité pénale et civile des hébergeurs. La loi prévoyait que ces personnes « ne sont pénalement ou civilement responsables que si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées. »

Le Conseil constitutionnel a censuré cette loi pour violation du principe de légalité des délits et des peines mais cette censure n'est intervenue qu'à l'égard du premier cas de responsabilité. Cependant le Conseil « oublie » (F. CHABAS, *op. cit.*, p.85) l'aspect civil (le principe de légalité des délits et des peines ne pouvant concerner la matière civile, G. VINEY, JCP 2000, I, 280, n°28), lequel est pourtant affecté par la censure pure et simple du premier cas de responsabilité de l'hébergeur (P. BRUN, *op. cit.*, n°15 ; F. CHABAS, *op. cit.*, p.86 ; L. PERDRIX, *op. cit.*, n°756 ; G. VINEY, *op. cit.*, *loc. cit.*). Logiquement seul subsiste le second cas de responsabilité (J. TRAUILLÉ, *op. cit.*, n°267).

²³³⁸ Déc. n°2004-496.

²³³⁹ Réf. préc.

²³⁴⁰ Considérant n°11.

²³⁴¹ CC 18 juin 2010, réf. préc.

²³⁴² Elle émet une réserve d'interprétation relative non pas au fait générateur de la responsabilité du commettant mais aux préjudices réparables (considérant n°18).

²³⁴³ Certains auteurs visent la « faute d'inattention légère » (J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.423).

²³⁴⁴ Il s'agit de la jurisprudence antérieure à 2007, année de parution de son article.

²³⁴⁵ J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.423-424.

²³⁴⁶ *Ibidem*.

suffisante pour engager la responsabilité de son auteur, elle souffre d'une imprécision conceptuelle à laquelle il est indispensable de répondre. Il faut par ailleurs observer que la qualification pénale de délit n'est pas l'argument massue qu'il paraît²³⁴⁷ quant à la mesure de la gravité de la faute commise. Là encore, il semble nécessaire d'opérer avec nuance²³⁴⁸.

S'il devra être tenu compte de l'état du droit constitutionnel pour définir la faute de fonction non imputable à l'agent fautif, cela ne saurait suffire. Il arrive en effet parfois que certaines règles soient davantage protégées par la norme européenne que par la norme constitutionnelle. Il convient donc, à présent, de s'assurer du contenu de celle-là.

B. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec la norme européenne

464. Place de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit des obligations. – Ainsi qu'un auteur a pu l'exprimer ladite convention « n'a pas vocation naturelle à s'appliquer dans le domaine du droit civil [...] des obligations »²³⁴⁹. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la responsabilité civile compte tenu des arbitrages auxquels il convient de procéder entre les intérêts des victimes et ceux des auteurs, arbitrages qui relèvent certainement des choix souverains des Etats²³⁵⁰. La Cour européenne a pourtant été conduite à statuer dans ce domaine, précisément lorsque la législation d'un Etat entendait limiter le droit à réparation de victimes de dommages. Ne sera donc abordée ici que la possibilité pour le législateur de consacrer une irresponsabilité fonctionnelle, étant précisé que l'admission par le droit européen de régimes de responsabilité étrangers à la faute²³⁵¹ permet d'affirmer précocement la conventionalité de la responsabilité fonctionnelle du commettant et de la personne morale.

De ces quelques arrêts peut être évincée une attitude distributive de la Cour selon qu'il est question de la limitation du droit substantiel à la réparation ou de la limitation du droit processuel d'en demander la reconnaissance devant une juridiction²³⁵². Il convient, dès lors,

²³⁴⁷ J. SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, p.423.

²³⁴⁸ V. *infra* n°636.

²³⁴⁹ A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 15, 2002, spé. n°870.

²³⁵⁰ F. MARCHADIER, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme*, RTD civ. 2009, p.245, n°1.

²³⁵¹ F. MARCHADIER, *op. cit.*, n°17 et s.

²³⁵² La distinction est délicate qui prend appui sur celle du droit substantiel et du droit d'action permettant de se voir reconnaître ledit droit substantiel. Or, il existe incontestablement un point de croisement des deux droits par le prisme de la qualité pour agir qui tout en étant une condition du droit processuel est subordonnée au contenu du droit subjectif (pour un rappel de ce principe en contemplation du droit européen, V. notamment, M.-L. NIBOYET, *La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droit de l'Homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche)* in *Liber Amicorum Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2006, p.341, spé. p.343).

d'évaluer la conventionalité des propositions à l'aune du droit à réparation d'abord et du droit d'agir ensuite.

465. Irresponsabilité fonctionnelle et principe de prééminence du droit. – Alors que la convention a permis la protection supra-légale de certains droits substantiels²³⁵³, elle ne consacre *a priori* aucun droit à réparation au profit de victimes de dommages, ni explicitement, ni implicitement à partir du droit à la liberté et à la sûreté²³⁵⁴, lequel ne s'oppose qu'aux détentions arbitraires.

Par conséquent une exonération légale de responsabilité ne saurait heurter frontalement la Convention²³⁵⁵. Toutefois, il convient de concilier cette exonération avec le principe de prééminence du droit²³⁵⁶ et le droit pour toute personne de saisir un juge en matière civile²³⁵⁷. Cette conciliation implique alors deux conditions. D'abord, l'exonération ne doit être ni générale ni automatique : il a notamment été reproché à un Etat de ne pas distinguer selon la gravité de la faute commise²³⁵⁸. Le régime proposé, qui s'appuie en partie sur le droit prétorien actuel, devrait donc faire cas des fautes d'une certaine gravité. Le régime est de ce point de vue conventionnel²³⁵⁹. Ensuite, l'exonération ne doit pas priver les victimes de toute possibilité de faire valoir leurs droits²³⁶⁰. Là encore, dans le régime proposé, la victime dispose nécessairement d'un interlocuteur pour faire valoir sa créance de réparation. Seule son identité variera selon la densité du lien entre la faute et la fonction. Bref, le régime dérogatoire proposé est parfaitement conciliable avec le principe de prééminence du droit. Est-il également compatible avec le droit d'accès au juge ?

466. Irresponsabilité fonctionnelle et droit d'accès au juge. – Les exonérations de responsabilité excluent le jeu de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : privant en effet le requérant de tout droit substantiel, le droit d'accès au juge en devient inopérant²³⁶¹. La Cour a eu l'occasion de rappeler que cet article ne pouvait déboucher sur la création d'un droit matériel²³⁶², évitant ainsi que « la protection du droit à un procès équitable [fasse] accéder au rang de droit protégé par la convention n'importe quel droit privé assorti d'une action en justice »²³⁶³.

²³⁵³ V. par exemple, A. DEBET, *op. cit.*, n°870.

²³⁵⁴ Article 5 § 1 du protocole n°1.

²³⁵⁵ F. MILLET, *op. cit.*, n°10.

²³⁵⁶ CEDH 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie* – CEDH 21 novembre 2001, *Fogarty c/ Royaume-Uni* – CEDH 21 septembre 1994, *Fayed c/ Royaume-Uni*.

²³⁵⁷ Voilà une manifestation supplémentaire de la difficulté qu'il y a à distinguer droit substantiel et droit processuel (V. *supra* n°464).

²³⁵⁸ CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*.

²³⁵⁹ V. *supra* n°255 et s.

²³⁶⁰ *Ibidem*.

²³⁶¹ F. MARCHADIER, *op. cit.*, n°33.

²³⁶² CEDH 10 mai 2001, *Z et autres c/ Royaume-Uni*.

²³⁶³ M.-L. NIBOYET, *op.cit.*, p.342.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'immunités, l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales retrouve son empire puisque le droit à réparation existe, l'immunité n'étant qu'un obstacle procédural à sa réalisation²³⁶⁴. Cette disposition pourrait alors entraver le jeu de l'immunité tandis que la jurisprudence qui l'interprète paraît admettre implicitement la consécration européenne du droit à réparation²³⁶⁵. Dans cette hypothèse, la Cour procédera à un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée au droit d'accès à un tribunal et les moyens employés. Là encore, le caractère non général de l'immunité et l'existence d'autres voies de réparation à la disposition de la victime semblent pouvoir garantir la conventionalité de la mesure²³⁶⁶. Or, ces deux conditions sont présentes dans le régime dérogatoire envisagé, ce que n'a pas manqué de relever un auteur à propos des préposés²³⁶⁷ et qui doit logiquement être extrapolé aux mandataires dirigeants dont le sort est analogue.

Enfin, la possibilité d'invoquer devant la Cour européenne les obstacles **de fait** à un procès équitable, tels que l'impossibilité de rencontrer²³⁶⁸ ou de s'offrir les services d'un conseil²³⁶⁹, ne présage pas de celle de pouvoir invoquer l'insolvabilité du débiteur de l'obligation de réparation pour justifier d'une atteinte au droit à un procès équitable.

467. Caractère clair, intelligible et légitime du système proposé. – Finalement, aucun droit substantiel ou processuel européen ne semble s'opposer à l'édition du régime de responsabilité dérogatoire proposé. Encore conviendra-t-il que celui-ci revête une certaine légitimité²³⁷⁰ dont l'appréciation pourra être identique à celle qui a été faite dans la matière constitutionnelle²³⁷¹ et des qualités de clarté et d'intelligibilité.

A cet égard, la faute de fonction ne manquera pas de recevoir certaines critiques, doctrinales notamment. Il n'est pas certain cependant que la Cour européenne suive les auteurs sur ce point. Elle a effectivement reconnu qu'« il peut être difficile [...] de rédiger des lois d'une totale précision » et qu'« une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour

²³⁶⁴ Cet état du droit est apparu progressivement dans la jurisprudence de la Cour européenne (pour un exposé de cette évolution, V. M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, p.346-347).

²³⁶⁵ Ce n'est pas dire cependant que le droit à réparation tire son origine du droit d'accès au juge (F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, n°32. – *Contra*, O. LUCAS, *op. cit.*, n°12-13 : pour l'auteur, ces articles permettraient même de fonder un véritable principe de précaution). Peut-être sa source réside-t-elle dans la protection du droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du protocole n°1, le droit de réparation étant entendu comme une **créance de réparation**. Il est cependant permis de douter que les deux notions coïncident parfaitement, l'article 1^{er} du protocole n°1 visant à garantir une créance acquise et non le droit de voir son préjudice réparé (V. *infra* n°468).

²³⁶⁶ F. MARCHADIER, *op. cit.*, n°33.

²³⁶⁷ F. MARCHADIER, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur raisonne à partir de la jurisprudence française contemporaine à son article, publié en 2009.

²³⁶⁸ CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*.

²³⁶⁹ CEDH 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*.

²³⁷⁰ La doctrine évoque parfois « le souci de préserver la liberté d'action » des agents (M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, p.345).

²³⁷¹ V. *supra* n°461.

permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice et de l'évolution des conceptions de la société »²³⁷². Or, le fait générateur de responsabilité appartient aux domaines dans lesquels la souplesse est de mise²³⁷³.

Reste une dernière condition que la loi devra respecter pour être conforme à la convention : sa non-rétroactivité.

468. Le caractère non-rétroactif de la loi. – Cette dernière condition est apparue lors d'un litige intéressant la Belgique. La loi belge avait exclu la responsabilité de l'Etat et limité celle des pilotes de bâtiments de mer aux cas de faute grave ou intentionnelle. Ce texte supprimait ainsi de manière rétroactive de nombreuses créances de réparation. La Cour européenne a condamné ce comportement, considérant que la créance naît dès la survenance du dommage, qu'elle est un bien au sens de l'article 1^{er} du protocole n°1 et qu'une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés ne respectait pas le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts des individus²³⁷⁴. Par conséquent, la loi ne pourra s'appliquer que pour les créances de réparation nées après son entrée en vigueur²³⁷⁵, dans la mesure cependant où elle conduit à faire disparaître une créance²³⁷⁶.

469. Conclusion de la section 2. – Le régime de la faute de fonction réparatrice appelle l'édiction de normes spéciales. En effet, le régime actuellement appliqué par la jurisprudence n'a guère d'assise légale. Certes la responsabilité du commettant est bien envisagée par le Code civil, mais la responsabilité de la personne morale tout comme l'irresponsabilité des agents fautifs sont parfaitement ignorées par la loi. Pire, l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant semble contradictoire avec les règles légales actuelles. Le législateur devrait donc intervenir, d'autant qu'il dispose d'une certaine marge de manœuvre. En effet, ni la Constitution ni la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, normes qui s'imposent à lui, ne font obstacle à l'existence d'une immunité civile pourvu, d'une part, que l'indemnisation des victimes soit dévolue à un autre débiteur et, d'autre part, que toutes les fautes ne soient pas immunisées.

²³⁷² M.-L. NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁷³ CEDH 9 novembre 2006, *Leempoel et SA ed. Ciné Revue c/ Belgique*.

²³⁷⁴ CEDH 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera c. Belgique*.

²³⁷⁵ J.-P. MARGUENAUD, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations* in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Association Henri CAPITANT, journées nationales, tome 1, Lille-1996, p.45, spé. p.56-57.

²³⁷⁶ Dans le cas contraire, où la loi serait source d'une nouvelle créance, on peut estimer qu'elle pourra rétroagir, les actions étant seulement subordonnées à la prescription décennale applicable en matière délictuelle.

470. Conclusion du chapitre 1. – Cette première approche fonctionnelle de la faute de fonction a permis de tirer les enseignements de l'analyse conceptuelle. C'est en effet en s'attardant sur le cadre conceptuel de la faute de fonction que le fondement politique d'un régime propre à ce type de faute est apparu sous les traits de la théorie du risque-profit. Cette théorie n'est certes pas nouvelle mais sa mise en parallèle avec les caractéristiques du lien fonctionnel unissant l'agent fautif et le responsable civil a permis de l'enrichir. Cette théorie donne classiquement lieu à une responsabilité trop objective pour maintenir la personnalisation qui devrait s'attacher à tout mécanisme de responsabilité. Le lien fonctionnel indique au contraire que la volonté du commettant ou de la collectivité des membres de la personne morale n'est pas absente des causes de leur responsabilité délictuelle : c'est parce qu'ils ont souhaité retirer l'exclusivité des profits de l'activité fonctionnelle dont ils ont été les initiateurs, qu'ils doivent logiquement en supporter les charges ; et ce, d'autant qu'ils savaient mettre en place une organisation durable et donc fatalement dommageable. L'analyse fonctionnelle a, quant à elle, permis de découvrir que la faute était parfois traitée comme un risque de l'entreprise dans le champ contractuel, permettant une transposition de cette assimilation dans le domaine délictuel. De cet apport cumulé de l'analyse conceptuelle et de l'analyse fonctionnelle a découlé la possibilité de fonder politiquement la responsabilité fonctionnelle d'un agent dont la participation au dommage est impossible et l'irresponsabilité fonctionnelle d'un agent pourtant fautif. Bref, la théorie du risque-profit a avantageusement supplanté le fondement historique de la faute, totalement inadéquat avec le régime de la faute de fonction.

Puisque le régime est politiquement fondé et qu'il semble pouvoir s'épanouir dans la logique de réparation de la responsabilité, il peut recevoir la consécration du législateur. L'examen de la conformité de ce régime avec les normes supérieures à la loi semble confirmer cette possibilité, puisque ces normes ne paraissent opposées ni à l'existence d'une responsabilité fonctionnelle sans faute, ni à la reconnaissance d'une irresponsabilité fonctionnelle pourvu qu'il soit tenu compte de la gravité de certaines fautes. Ces impératifs devront donc guider la mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice.

CHAPITRE 2.

La mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice

471. Double problématique. – Le fondement politique du régime de la faute de fonction réparatrice a confirmé sa pertinence tant en ce qui concerne la responsabilité fonctionnelle²³⁷⁷ que l'irresponsabilité fonctionnelle²³⁷⁸. Il n'a pas permis en revanche d'expliquer techniquement la survenance de ces effets. Il n'a pu que démontrer l'impossibilité de rattacher ces solutions aux conditions ou à l'absence des conditions de la responsabilité pour faute personnelle. Reste donc à proposer une analyse technique de ce régime.

Cependant avant de se prononcer sur ce point, il convient de revenir sur une problématique apparue aux prémices de cette étude, celle du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. Il avait ainsi pu paraître incongru de réserver le même traitement juridique à deux agents aussi différents que le préposé et le dirigeant – seuls agents auxquels la jurisprudence applique le régime de la faute de fonction – avant qu'une analyse ne permette de vérifier leur point commun : leur activité est fonctionnelle en ce qu'elle est dirigée vers la satisfaction d'un autre agent personnifiant une entreprise. L'appartenance conceptuellement établie de ces deux agents à la catégorie de ceux qui agissent pour le compte d'une entreprise²³⁷⁹ est-elle également vérifiée avec les outils de l'analyse fonctionnelle ?

Avant que soit abordé le contenu même du régime de la faute de fonction réparatrice (**Section 2.**), il faut donc revenir sur le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice (**Section 1.**).

²³⁷⁷ Cette expression désigne la responsabilité du commettant et de la personne morale, issue de la commission d'une faute de fonction.

²³⁷⁸ Cette locution décrit l'irresponsabilité du préposé et du mandataire dirigeant malgré la commission d'une faute de fonction.

²³⁷⁹ V. *supra* n° 193.

Section 1.

Le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice

472. Triple limite au domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. – La question du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice suscite plus d'interrogations qu'il n'y paraît. Ainsi, deux problématiques viennent immédiatement à l'esprit : d'abord, quels agents sont susceptibles de se voir appliquer un tel régime ? Il s'agit alors de s'interroger sur les raisons « fonctionnelles » qui pourraient expliquer que seuls les préposés et leur commettant et les mandataires dirigeants et le groupement qu'ils dirigent sont concernés. Ensuite, à quels agents ce régime est-il opposable ? Il s'agit, cette fois, de se demander si le régime de la faute de fonction réparatrice s'applique à toutes les victimes d'une faute de fonction ou seulement à certaines d'entre elles.

Une dernière question pourrait en outre être soulevée, liée à l'existence de multiples régimes de responsabilité civile : celui de la faute de fonction apparaît-il dans tous les régimes de responsabilité civile ou uniquement dans certains d'entre eux et pourquoi ?

Ces trois considérations sont susceptibles de délimiter le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. C'est pourquoi elles seront évoquées successivement. Se prononcer sur la circonscription du domaine à raison de la nature de la responsabilité civile (A.), permettra de se pencher ensuite sur la circonscription du domaine à raison de l'identité du défendeur (B.) puis du demandeur (C.) à l'action en responsabilité.

§ 1. La circonscription du domaine à raison de la nature de la responsabilité

473. Une circonscription incertaine. – En tant que telle, la faute de fonction devrait avoir vocation à s'appliquer dans les régimes de responsabilité civile articulés autour de la commission d'une faute par un agent, soit la responsabilité civile délictuelle du fait personnel et la responsabilité civile du fait d'autrui. Si tel est effectivement le cas, le droit positif incite à s'interroger sur de possibles extensions de ce régime fonctionnel. En premier lieu, peut être interrogée la pertinence du recours à la faute de fonction dans d'autres types de responsabilité « délictuelle », notamment dans le régime mis en place à propos des accidents de la circulation par la loi du 5 juillet de 1985, lequel est parfois conçu comme une responsabilité spéciale du fait des choses. En second lieu, il conviendra d'étudier la possibilité d'étendre le régime de la faute de fonction en dehors de la seule responsabilité civile délictuelle.

Suivant cette logique sera abordée l'extension à la responsabilité spéciale du fait des choses (A.) puis l'extension à des responsabilités non délictuelles (B.).

A. L'extension à la responsabilité spéciale du fait des choses

474. Droit positif. – D'abord, la Cour de cassation ne s'est prononcée en la matière qu'au regard de l'accident de circulation du préposé. Les solutions pourraient cependant être étendues à l'accident de circulation du mandataire dirigeant.

Ensuite, le droit positif a sur ce point évolué²³⁸⁰ : en effet la faute de fonction est restée longtemps étrangère à l'application jurisprudentielle de la loi du 5 juillet 1985, les juges préférant s'appuyer sur l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé²³⁸¹. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 28 mai 2009²³⁸² a cependant modifié l'état du droit en transposant dans ce régime la jurisprudence *Costedoat*.

475. Critiques²³⁸³. – *A priori* la théorie du risque-profit est parfaitement exploitable en matière d'accidents de circulation. En effet, il n'y a aucune raison d'exclure ces accidents du risque de l'entreprise, *a fortiori* lorsque l'activité du préposé est une activité de transport. Pourtant la solution dérange quant à l'objectif affiché de la loi du 5 juillet 1985 : l'indemnisation des victimes. La loi permettant d'exiger l'indemnisation du gardien **ou** du conducteur, la victime ne devrait pas être contrainte de se tourner exclusivement vers le commettant. Quoi qu'il en soit un autre équilibre doit donc ici être trouvé, garantissant l'indemnisation des victimes en premier chef.

Peut-être serait-il possible, dans cette circonstance, de désigner le débiteur de l'indemnisation en fonction du débiteur de l'obligation d'assurer le véhicule. Lorsque le véhicule est personnel au préposé, et donc assuré par lui, la victime pourrait agir contre l'assureur de ce dernier²³⁸⁴. En revanche, si le véhicule est la propriété du commettant qui, à ce titre, l'a assuré, la victime doit se tourner vers l'assureur du commettant. A moins qu'il soit toujours permis à la victime de se retourner contre le préposé et que celui-ci puisse disposer d'une action récursoire contre son commettant si son accident correspond à un fait de fonction.

L'extension du régime de la faute de fonction reste donc ici fortement problématique. Des solutions plus franches seront-elles plus faciles à trouver quant à cette extension à des responsabilités non délictuelles ?

²³⁸⁰ V. *supra* n°446.

²³⁸¹ Civ. 2, 5 juillet 1989, n°88-10838 – Civ. 2, 11 avril 2002, RCA, chron. 9, H. GROUDEL.

²³⁸² D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. 11, H. GROUDEL.

La Cour d'appel avait décidé que la loi de 1985 s'appliquait au préposé conducteur, lequel avait la possibilité d'appeler dans la cause son employeur (*contra* une jurisprudence constante de la Cour de cassation – V. *infra* n°580), propriétaire du véhicule, en sa qualité de civilement responsable (CA Aix-en-Provence, 5 décembre 2007, n°05/18641).

²³⁸³ V. déjà *supra* n°446.

²³⁸⁴ Pour l'extension de l'immunité du préposé à ce cas : N. PIERRE, D. 2009, p.2667, n°18.

B. L'extension à des responsabilités non délictuelles

476. Responsabilité délictuelle et/ou responsabilité contractuelle. – Dans le cadre de l'exercice de sa fonction, le chargé de fonction est amené à causer des dommages à deux catégories de tiers. Sous ce vocable peuvent en effet être désignés les tiers à la situation fonctionnelle (donc tout agent autre que les préposé et mandataire dirigeant et le commettant et la personne morale) mais également tout individu qui ne serait juridiquement lié ni au chargé de fonction ni au bénéficiaire de la fonction. Suivant cette acception, le cocontractant du commettant ou de la personne morale peut parfaitement être qualifié de tiers. Si le soin d'exécuter le contrat a été confié au préposé ou au mandataire dirigeant, ces derniers peuvent être à l'origine de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse de la convention passée entre le tiers et le bénéficiaire de la fonction. Quelles règles sont alors applicables : celles de la responsabilité contractuelle ou celles de la responsabilité délictuelle²³⁸⁵ ? Si le choix se porte sur la responsabilité contractuelle, faut-il néanmoins y intégrer la logique et les effets de la commission d'une faute de fonction ?

Une réponse positive à cette dernière question signifierait que le régime de la faute de fonction réparatrice serait pertinent tant lorsque la faute correspond à un comportement que n'aurait pas adopté le « bon père de famille », bref un comportement répondant aux conditions de l'article 1382 du Code civil que lorsque la faute correspond à une inexécution contractuelle.

477. Les avantages de la responsabilité délictuelle. – Il est vrai qu'en pratique, l'usage de la responsabilité délictuelle présente un avantage pour le commettant en termes d'assurance. En effet tandis qu'il est certain que le fondement délictuel l'autorise à appeler son assureur en garantie sur le fondement de l'article L. 121-2 du Code des assurances, une telle certitude n'existe pas lorsque le fondement de sa responsabilité est contractuel. Le point de vue est cependant controversé car il dépend de l'interprétation du renvoi législatif à l'article 1384 du Code civil dans l'article L. 121-2 du Code des assurances. Ce renvoi pourrait tantôt suggérer que l'assureur ne couvre que les dommages réparables par son assuré au titre de la responsabilité délictuelle du commettant, tantôt se cantonner à la désignation des personnes dont l'acte dommageable peut émaner²³⁸⁶.

²³⁸⁵ Certains auteurs se prononcent en faveur de l'application des règles de responsabilité délictuelle du fait d'autrui, du moins lorsque celle-ci concerne le fait des préposés (G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, volume 1, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°791-2).

En l'absence de texte établissant la responsabilité délictuelle de la personne morale par la faute de ses mandataires dirigeants, le principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle semble y être mieux respecté. Certaines propositions envisageant d'introduire dans le Code civil une disposition spéciale pour engager la responsabilité de la personne morale à raison des fautes de ses organes, les solutions rendues à propos du préposé devront être étendues au mandataire dirigeant.

²³⁸⁶ Pour l'exposé de cette alternative, C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°37 – V. déjà, H. GROUDEL, *Assurance et responsabilité du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, RCA 2000, H-S n°11 bis, p.27, spé. p.27-28.

Bien que majoritairement en faveur de l'usage de la garantie lorsque le commettant se trouve contractuellement engagé²³⁸⁷, la doctrine invoque parfois des arguments créant le doute. Relevant le caractère accessoire de l'assurance du fait d'autrui, certains auteurs en déduisent que le commettant ne saurait être couvert que si sa police d'assurance englobe sa responsabilité contractuelle²³⁸⁸. Dans la pratique, il est cependant courant que les polices d'assurances des commettants-chefs d'entreprise couvrent leur responsabilité contractuelle ; il est alors question d'une garantie « responsabilité civile exploitation »²³⁸⁹. Là encore, l'existence d'une assurance guide les solutions jurisprudentielles sans que cela se justifie par le respect des règles du droit de la responsabilité²³⁹⁰.

Pour la victime des dommages, la responsabilité contractuelle présente encore l'inconvénient de limiter sa réparation aux dommages prévisibles²³⁹¹ ou d'admettre la validité des clauses limitatives de responsabilité²³⁹².

478. L'orthodoxie du fondement contractuel. – Pourtant, parce qu'il n'est pas certain que les deux régimes correspondent parfaitement, il faut admettre des champs d'application spécifiques pour chacune des responsabilités. Le principe de l'empire exclusif de la responsabilité contractuelle, lorsqu'il est question de caractériser une inexécution contractuelle²³⁹³, résulte ainsi du principe selon lequel la règle spéciale (responsabilité contractuelle) doit l'emporter sur la règle générale (responsabilité délictuelle)²³⁹⁴.

479. L'exclusion du régime de la faute de fonction réparatrice du champ de la responsabilité contractuelle²³⁹⁵. – D'abord, le fondement de la responsabilité contractuelle

²³⁸⁷ C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, *loc. cit.* ; A ; BESSON, *Les assurances terrestres. 1. Le contrat d'assurance*, LGDJ, 5^{ème} éd., 1982, n°187.

²³⁸⁸ H. GROUDEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁸⁹ F. CHAUMET, F. VINCENT, *Les assurances des responsabilités de l'entreprise*, Lamy assurances, 4^{ème} éd., 2008, p.149 – Cette situation de fait explique également que la jurisprudence ne se soit pas prononcée à ce jour sur cette question.

²³⁹⁰ Certains auteurs parlent alors de « détournement de l'article 1384 alinéa 5 » (S. EUZEN, *La distinction des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle à l'épreuve de l'abus de fonction*, LPA 30 mai 1997, p.4, spé. p.9).

D'une manière générale, l'infléchissement des règles de responsabilité par la seule considération de l'existence d'une assurance est diversement critiqué (V. *supra* n°427; pour une opinion défavorable, V. not. B. S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC 1983, p. 301).

²³⁹¹ Article 1150 du Code civil.

²³⁹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd., 2011, n°234 et s.

²³⁹³ Selon une partie de la doctrine, l'article 12 du Code de procédure civile et l'abrogation de l'article 69 de l'ancien Code pénal devraient permettre le respect de cette règle par toutes les juridictions (S. EUZEN, *op. cit.*, p.13) – A propos de la possibilité pour le juge répressif d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle (C. OPHELE, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001 p.263).

²³⁹⁴ D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2 p.409., spé. n°23.

²³⁹⁵ Pour les raisons qui ont été précédemment évoquées (note de bas de page n°2385), la démonstration s'appuiera essentiellement sur la faute du préposé.

est parfaitement étranger à celui du régime de la faute de fonction. La responsabilité contractuelle s'explique en effet par les règles propres au droit du contrat, autrement dit par le « respect strict et ponctuel de l'engagement contractuel »²³⁹⁶. Le régime de la faute de fonction réparatrice fondé sur la théorie du risque-profit n'a donc pas lieu d'être transposé dans le champ contractuel. Il n'est pas nécessaire de recourir à ce fondement éthique pour rechercher la responsabilité du commettant engagé dans un lien contractuel.

Ensuite, les conditions d'engagement et d'exonération de la responsabilité du commettant ne sont pas identiques dans les deux régimes²³⁹⁷. La situation est parfaitement logique puisqu'en dehors des articles 1735, 1953 et 1797 du Code civil, les cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ne sont pas admis²³⁹⁸. Dans le silence de la loi, les règles d'engagement de la responsabilité du débiteur restent donc nécessairement les mêmes, qu'il confie ou non l'exécution de ses obligations à un préposé²³⁹⁹.

Pour engager la responsabilité contractuelle du commettant, le cocontractant devra ainsi démontrer une inexécution contractuelle ou une exécution défectueuse, laquelle sera caractérisée différemment selon que l'obligation du commettant est de moyen ou de résultat. Face à une obligation de résultat, le seul constat de l'inexécution suffira et le commettant ne pourra pas s'exonérer par la faute de son préposé car elle n'est pas constitutive d'une cause étrangère²⁴⁰⁰, même si elle correspond à un abus de fonction²⁴⁰¹. Cet abus de fonction ne suffit pas, en effet, à caractériser la nécessaire condition d'extériorité²⁴⁰². Face à une obligation de moyen, l'abus de fonction pourrait faire la démonstration de l'insuffisance du commettant²⁴⁰³ ou plus certainement de l'inexécution de son obligation.

480. La réapparition logique des effets dérogatoires de la faute de fonction réparatrice au stade de la contribution à la dette. – Selon certains auteurs, lorsque la responsabilité contractuelle du débiteur est engagée à raison d'une obligation de résultat, ce dernier devrait pouvoir exercer un recours sur le fondement délictuel contre l'exécutant à

²³⁹⁶ G. VINEY, *Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui* in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 227, 1992, p.335, spé. n°13.

²³⁹⁷ S. EUZEN, *op. cit.*

²³⁹⁸ J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°185 et s.

²³⁹⁹ V. *supra* n°74.

²⁴⁰⁰ S. EUZEN, *op. cit.*, p.11 ; D. REBUT, *op. cit.*, spé. n°21 – *Contra*, D. TARDIEU-NAUDET, *L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé*, RRJ 1970-1980, p.99 et RRJ 1981, p.80, spé. RRJ 1981, p.88 et s. (l'auteur retient cependant une définition moins stricte de l'abus de fonction pour la matière contractuelle) ; G. VINEY, note sous AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 20568.

²⁴⁰¹ Civ. 1, 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET.

²⁴⁰² D. REBUT, *op. cit.*, n°26 ; Civ.1, 3 octobre 1967, JCP 1968, II, 15365, note P. DURAND.

Certains auteurs avancent cependant prudemment que l'abus de fonction, entendu très strictement, serait une source autonome d'exonération en matière contractuelle (G. VINEY, *Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui*, réf. préc., spé. n°20). La proposition ne renvoie pas au droit positif et n'est guère justifiée eu égard à l'engagement contractuel du commettant. Elle n'est d'ailleurs pas partagée par l'ensemble de la doctrine (V. not. C. LARROUMET, réf. préc.).

²⁴⁰³ S. EUZEN, *op. cit.*, p.11.

condition de caractériser une faute délictuelle²⁴⁰⁴. La théorie du risque-profit pourrait alors retrouver son empire, au stade de la contribution à la dette, en obligeant le débiteur-commettant à démontrer une faute détachable des fonctions ; les risques attachés aux engagements contractuels du bénéficiaire de la fonction constituant certainement des risques de l'entreprise qu'il doit assumer au moins pour partie.

A bien y réfléchir, cependant, le fondement délictuel du recours contre l'exécutant n'est pas absolument évident. Le débiteur peut en effet avoir confié l'exécution de ses obligations contractuelles en concluant un contrat avec l'exécutant (contrat de travail ou contrat de mandat). Partant, et puisque son recours ne saurait être subrogatoire²⁴⁰⁵, il devrait être prioritairement fondé sur la mauvaise exécution du contrat de travail ou de mandat. Les conditions de son recours devraient donc être guidées par les contours de ces actions contractuelles²⁴⁰⁶.

481. Domaine du régime de la faute de fonction réparatrice réservé à la responsabilité civile délictuelle. – De ces développements, il faut conclure que le régime de la faute de fonction réparatrice n'est amené à s'épanouir que dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle. Le cantonnement de ce régime est propice à sa reconnaissance, tant son caractère exorbitant du droit commun pourrait être inquiétant. Participe alors de ce mouvement de confinement, la circonscription du domaine d'application de ce régime à raison du défendeur à l'action en responsabilité.

§ 2. La circonscription du domaine à raison du défendeur à l'action en responsabilité

482. Domaine privilégié : les agents de l'entreprise. – La définition retenue de l'entreprise, comme une activité source de richesses à laquelle est affecté un patrimoine récoltant lesdites richesses et mettant à disposition les moyens de parvenir à la création de celles-ci²⁴⁰⁷, semble offrir non seulement un cadre mais également un domaine d'application au régime de la faute de fonction fondé sur la théorie du risque-profit. La notion d'entreprise et le domaine d'application de la faute de fonction restant cependant fortement controversés, il convient de ne pas se contenter de renvoyer aux seuls développements précédents, mais au contraire de se pencher très précisément sur plusieurs situations problématiques. C'est ainsi que seront abordées successivement la justification de l'application du régime aux situations fonctionnelles d'expansion classiques (**A.**) et l'application problématique du régime en dehors des situations fonctionnelles d'expansion classiques (**B.**).

²⁴⁰⁴ D. REBUT, *op. cit.*, n°45.

²⁴⁰⁵ La victime de l'inexécution contractuelle ne disposait évidemment d'aucune action contractuelle à l'encontre du chargé de fonction.

²⁴⁰⁶ Ces points seront développés *infra* n°619, 623 et s. et 630.

²⁴⁰⁷ V. *supra* n°193.

A. La justification de l'application du régime aux situations fonctionnelles d'expansion classiques

483. Situations fonctionnelles d'expansion classiques et cadre induit de la faute de fonction. – Est une situation fonctionnelle d'expansion la situation qui met en relation un agent exerçant une fonction ayant pour finalité d'accroître la productivité ou l'efficacité de l'activité développée par un autre agent²⁴⁰⁸. Deux situations fonctionnelles d'expansion peuvent être qualifiées de classiques : celle établissant une relation entre un mandataire dirigeant et une personne morale et celle instaurant la relation entre un préposé et son commettant. Ces situations sont dites classiques car elles sont les seules à ce jour à se voir appliquer le régime de la faute de fonction par la jurisprudence. Cependant, le fondement retenu par la doctrine ou la jurisprudence pour justifier de telles solutions n'est majoritairement pas la théorie du risque-profit. Puisque c'est ce fondement qui est au contraire proposé par la présente étude, il faut s'assurer qu'il conduit à retenir le même domaine d'application.

Il faudra donc confronter ce fondement politique à la relation mandataire dirigeant-personne morale (1.) puis à la relation préposé-commettant (2.) afin de justifier qu'elles appartiennent au domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice.

1. Domaine d'application et relation mandataire dirigeant-personne morale

484. Démonstration progressive. – En la matière, la théorie de l'écran social et celle de la représentation sont largement préférées à la théorie du risque-profit, rarement invoquée pour justifier de la responsabilité des personnes morales. La variété de ces groupements peut d'ailleurs faire craindre l'impossibilité d'utiliser universellement un tel fondement. Enfin, comment la théorie du risque-profit pourrait-elle s'accommoder de la situation d'une personne morale placée en procédure collective ?

Procédant par étape, il faut d'abord justifier de l'application du régime à la situation du mandataire dirigeant (a.), puis de son application à toutes les personnes morales (b.) et enfin de l'application aux seules personnes morales *in bonis* (c.).

a. Application du régime dérogatoire aux fautes du mandataire dirigeant

485. Théorie du risque-profit et mandataire dirigeant. – Pour que le régime de la faute de fonction soit justifiée sur la théorie du risque-profit, le mécanisme de celle-ci doit pouvoir se vérifier dans la relation mandataire dirigeant-personne morale. Or, si la théorie du risque-profit a pu être invoquée à propos de la relation préposé-commettant, il n'en est pas fait état

²⁴⁰⁸ V. *supra* n° 165.

pour expliquer l'imputation de la faute du mandataire dirigeant à la personne morale. Plusieurs arguments plaident pourtant en faveur d'une telle proposition.

Tout d'abord, le fondement du risque-profit permet de renoncer à expliquer l'irresponsabilité de l'agent fautif par la modicité de ses revenus. Si le chargé de fonction – préposé ou mandataire dirigeant – n'est pas le débiteur de l'obligation de réparation ce n'est pas parce qu'il se trouve dans une situation concrète désavantagée²⁴⁰⁹ mais parce qu'il ne récolte pas le profit de son activité, ce qui est différent. Il ne peut donc être argué de la situation financièrement privilégiée de certains dirigeants sociaux pour les exclure du domaine d'application de ce régime²⁴¹⁰. L'argument aurait d'ailleurs dû conduire à évincer de nombreux préposés, l'état de subordination n'impliquant pas nécessairement une rémunération modique. Surtout, la rémunération ne peut pas vraiment constituer un fondement théorique moderne de responsabilité²⁴¹¹.

Doit cependant être surmonté l'obstacle tenant, non plus au montant, mais à la composition de la rémunération des mandataires dirigeants²⁴¹². Cette rémunération peut s'entendre de celle allouée en contrepartie de l'exercice de leurs fonctions, comprenant le versement de jetons de présence, les rémunérations exceptionnelles ou les avantages en nature ainsi que des rémunérations différées telles qu'une pension de retraite ou une indemnité de départ²⁴¹³ (les désormais fameux « parachutes dorés »²⁴¹⁴). Ainsi circonscrite, la rémunération des mandataires dirigeants est parfaitement compatible avec le mécanisme du risque-profit puisque ces différentes rémunérations ne correspondent pas à l'attribution du profit mais bien à la seule contrepartie de l'exercice de leur mandat²⁴¹⁵. Tout juste est-il notable que depuis la loi TEPA du 21 août 2007, les indemnités de départ sont subordonnées « au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société »²⁴¹⁶. Ce nouvel encadrement législatif ne modifie cependant en rien la nature de cette indemnité qui ne peut se confondre avec l'octroi d'une partie du profit réalisé.

²⁴⁰⁹ *Contra*, C. RADE, « Liberté, égalité, responsabilité » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cah. Cons. constit, 2004, n°16, p.111, spé. n°22.

²⁴¹⁰ L'argument est moins « politique » qu'il n'y paraît. Il s'appuyait en effet sur les règles de responsabilité du mandat de droit commun : l'article 1992 du Code civil édicte des règles spécifiques de responsabilité civile lorsque le mandat est exercé à titre gratuit. Pour certains auteurs, le renforcement de la responsabilité des dirigeants seraient ainsi la contrepartie logique d'une rémunération élevée (S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°27).

²⁴¹¹ J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Bib. de droit privé, t.517, 2010, n°4.

²⁴¹² Sur ce point, V. not. C. MASSENET, *La rémunération des dirigeants sociaux*, thèse Bordeaux, 1980.

²⁴¹³ L. AMIEL-COSME, *Rémunération des dirigeants sociaux*, Rép. sociétés Dalloz, 2012.

²⁴¹⁴ J. EL AHDAD, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants*, Rev. sociétés 2004, p.18.

²⁴¹⁵ La jurisprudence a ainsi jugé que l'allocation de jetons de présence n'est pas liée aux résultats de l'exercice puisqu'elle doit intervenir même en l'absence de tout bénéfice par la société (CA Paris, 28 septembre 1990, D. 1990, p. 269).

²⁴¹⁶ Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce.

Le plus souvent, à côté de cette partie fixe, la rémunération de certains mandataires dirigeants comprend également une partie variable indexée sur la progression des résultats (pourcentage des bénéfices ou du chiffre d'affaire)²⁴¹⁷. Là encore, il ne s'agit pourtant que d'une indexation de la rémunération sur le profit réalisé par la société et non de la distribution d'une partie du profit au mandataire dirigeant²⁴¹⁸.

En revanche, plus délicates sont les situations dans lesquels le mandataire dirigeant perçoit effectivement une partie du profit parce qu'il détient une partie du capital de la société²⁴¹⁹. Deux cas de figure y conduisent : d'abord, le mandataire dirigeant peut également posséder la qualité d'associé²⁴²⁰. Ensuite, il est d'un usage très courant que certains mandataires dirigeants²⁴²¹ soient bénéficiaires de *stock-options*²⁴²² ou actions gratuites²⁴²³. Pour certains, ce mécanisme permettrait précisément d'aligner l'intérêt des dirigeants sur celui de la société *via* la valeur de l'action²⁴²⁴, ce qui n'était jusqu'alors guère évident²⁴²⁵. Disposant d'une partie du capital, les mandataires dirigeants récoltent une partie du profit. Dès lors, par application de la théorie du risque-profit, ils devraient assumer au moins une partie des risques corrélatifs aux profits escomptés. Leurs fautes ne devraient donc pas n'être qu'à la charge de la personne morale.

Cependant, s'il est souscrit à la possibilité d'assimiler certaines fautes à un risque de l'entreprise²⁴²⁶, les charges correspondant à la commission de cette faute doivent être réparties conformément à la technique sociétaire entre tous les associés, à proportion de leur participation au capital²⁴²⁷ ou suivant la clause statutaire prévoyant la répartition des bénéfices

²⁴¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^e éd, 2012, n°580.

²⁴¹⁸ *Contra*, A.-C. MARTIN, pour qui le mandataire social recueille le profit (*L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009, n°469).

²⁴¹⁹ V. également *infra* n°488 les sociétés à associé unique.

²⁴²⁰ Depuis la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, la confusion des qualités de dirigeant et d'associé n'est plus systématique dans les sociétés anonymes. Cette loi a en effet supprimé l'obligation pour les administrateurs de ces sociétés d'avoir la qualité d'actionnaire. L'article L. 225-25 du Code de commerce dispose désormais que les statuts **peuvent** imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société.

²⁴²¹ L'article L. 225-185 alinéa 4 du Code de commerce dresse une liste de ces mandataires dirigeants : président du Conseil d'administration, directeur général, directeurs généraux délégués, membres du directoire ou gérant d'une société par action.

²⁴²² Le régime avait initialement pour objectif de promouvoir l'actionnariat salarié (sur ce point, V. C. LASSALAS, *L'actionnariat des salariés in Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p.165) ; mais l'option est plutôt devenue un moyen d'améliorer la rémunération des cadres et dirigeants (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°816).

²⁴²³ Article L. 225-197-1 et s. du Code de commerce – A. LIENHARD, *Attributions d'actions gratuites*, D. 2005, p.138 ; S. PLANTIN, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stock-options*, JCP E 2005, 524 ; J.-P. DOM, *L'attribution gratuite d'actions*, Bull. Joly 2005, § 35.

²⁴²⁴ M. GERMAIN, *Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ?* JCP E 2009, 1576, spé. n°12.

²⁴²⁵ A. BERLE et G. MEANS, *The Modern corporation and Private Property*, 1932.

²⁴²⁶ V. *supra* n°433.

²⁴²⁷ Cette logique de participation proportionnelle s'applique que les associés se soient solidairement engagés ou non (F. KENDERIAN, F. KENDERIAN, *La contribution aux pertes sociales*, Rev. sociétés 2002, p.617, n°22). En effet, dans le premier cas, celui qui aura désintéressé le ou les créancier(s) dispose d'une action récursoire contre ses coassociés (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1157).

et des pertes²⁴²⁸. Pour ce faire²⁴²⁹, les conséquences pécuniaires doivent être mises sur le compte du patrimoine de la société²⁴³⁰, ce qui ne peut être obtenu qu'en procédant à l'engagement de sa seule responsabilité. Si la théorie du risque-profit semblait pouvoir prévaloir dans l'analyse organique à tendance institutionnelle²⁴³¹, elle le peut donc tout autant dans une analyse contractuelle de la société.

Certes cette situation est susceptible de faire supporter *in fine* la dette à des actionnaires non associés²⁴³². Mais imputer sa faute²⁴³³ au mandataire dirigeant reviendrait davantage encore à rompre l'équilibre sociétaire c'est-à-dire l'interdépendance entre les bénéfices et les pertes²⁴³⁴, ce qui ne peut se justifier que par la volonté de sanctionner l'agent, non par celle de réparer le préjudice causé.

486. Application du régime dérogatoire aux fautes du mandataire dirigeant des sociétés. – En conclusion, sur ce point, la théorie du risque-profit semble prendre parfaitement la relève d'une théorie de l'organe non conforme à la lecture contractuelle qui peut être faite de la société. Elle permet en effet de justifier que les fautes de fonction des mandataires dirigeants²⁴³⁵ soient imputées à la société. Elle tend également à confirmer que le domaine

²⁴²⁸ Article 1844-1 alinéa 1^{er} du Code civil.

²⁴²⁹ La dette de réparation ne conduira pas à une contribution immédiate des associés. Elle appartient en effet non pas aux pertes juridiques (définitives) mais aux pertes comptables (sur la distinction, F. KENDERIAN, *op. cit.* n°14). A l'instar de ces dernières, la dette de réparation subira un traitement comptable. La répercussion de cette dette pourra tout au plus, à court terme, entraîner une dépréciation de la valeur des parts sociales. Selon son importance, cette dette de réparation pourra cependant participer, à plus long terme, aux pertes définitives (quant à la possibilité pour une dette de se transformer en perte, F. KENDERIAN, *op. cit.*, n°21 ; quant au moment de la contribution aux pertes, F. KENDERIAN, *op. cit.*, n°33 et s.).

²⁴³⁰ C'est ainsi que le lien entre le risque et le profit se traduit dans les universalités, par le rapport de dépendance entre la masse passive et la masse active du patrimoine (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n°452, p.916).

²⁴³¹ Dans cette logique, il n'est fait référence qu'au profit de la personne morale. Ainsi, selon un auteur, la responsabilité civile de la personne morale répond alors à une considération d'équité qui exige « que la personne morale ne puisse pas conserver le **bénéfice** de ce qui se fait en son nom en se refusant à supporter les *charges* qui en résultent » (L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998, n°281).

²⁴³² Pour les partisans d'une responsabilité fondée sur l'autorité ou la maîtrise de l'activité, cela est injuste car cela conduit à imputer les conséquences patrimoniales des décisions sociales sur les actionnaires non « contrôlaires » (C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, p.91). Les actionnaires non associés relèvent à l'évidence de cette catégorie d'actionnaires. – A propos de cette distinction, V. not. F.-X. LUCAS, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associés ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, RD banc. fin. 2002, p. 216.

²⁴³³ Le propos n'est vrai que lorsque cette faute relève de la catégorie de celles qui peuvent être considérées comme des risques de l'entreprise (V. *infra* n°559 et 605).

²⁴³⁴ F. KENDERIAN, *op. cit.*, n°4.

²⁴³⁵ Lors de cette démonstration, il n'a pas été tenu compte de la diversité des dirigeants de la personne morale pour se concentrer exclusivement sur les dirigeants pouvant recevoir la qualification de mandataires. Certaines personnes morales connaissent, en effet, d'une pluralité de dirigeants aux statuts diversifiés.

Ainsi, depuis la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, le président du Conseil d'administration de la société anonyme ne semble pas pouvoir exercer de pouvoirs dans la sphère externe de la société s'il n'assume pas également la direction générale de la société (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°611). Par conséquent, il ne devrait pas avoir l'occasion d'être mis en cause par les tiers, à défaut d'agir en dehors du groupement. Cela étant dit, si l'une de ses activités devait être préjudiciable aux tiers de la société, la théorie du risque-profit aurait vocation à s'appliquer à son endroit.

d'application du régime de la faute de fonction réparatrice peut correspondre à l'entreprise comme réceptacle des fonctions d'expansion, révélées par une analyse conceptuelle²⁴³⁶.

Dès lors, la justification est-elle valable pour toutes les personnes morales, ainsi que semble le sous-entendre tant cette analyse conceptuelle que le droit positif²⁴³⁷ ?

*b. Application du régime dérogatoire à toutes les personnes morales*²⁴³⁸

487. Application aux associations. – Une fois le profit cantonné à une notion économique, la théorie du risque-profit se voit dénuée de toute pertinence en dehors de son champ naturel : l'entreprise²⁴³⁹.

Ainsi, certains auteurs jugent que la théorie du risque-profit n'est pas toujours pertinente pour expliquer l'engagement des personnes morales ne retirant aucun avantage de leur activité, c'est-à-dire des associations²⁴⁴⁰. Cependant dès lors qu'elles disposent d'un patrimoine propre, il est encore possible de raisonner en termes d'équilibre patrimonial et donc de risque-profit²⁴⁴¹. S'il est en effet incontestable que les associations agissent dans un intérêt autre que le partage des bénéfices entre ses membres²⁴⁴², il est tout aussi incontestable que d'une part, elles peuvent réaliser des bénéfices²⁴⁴³ et que d'autre part, les membres dirigeants et exécutants (préposés) de ces associations agissent dans l'intérêt, y compris pécuniaire, de celle-ci. Une situation illustre parfaitement ce constat : celle de la récolte de fonds. Lors de celle-ci, l'activité des membres dirigeants et exécutants conduit à enrichir le patrimoine de l'association afin que celle-ci dispose des liquidités nécessaires à la réalisation de son objet.

D'autres situations semblent, au contraire, ne pas relever avec évidence de la théorie du risque-profit : ce sont les situations dans lesquelles les membres de l'association agissent directement dans l'intérêt général ou collectif de l'association. Ainsi, une association ne retire aucun profit du nettoyage d'une plage par ses membres. Dans ce cas, sa responsabilité ne pourrait être

La solution devrait certainement être identique à propos des membres du Conseil de surveillance, qui eux non plus n'exercent pas de pouvoirs de direction à proprement parler mais une mission de contrôle et de surveillance (article L. 225-68 du Code de commerce). Il est d'ailleurs notable que certaines de leurs décisions peuvent avoir des répercussions sur les tiers (ex. autorisation des cautions, avals, garanties, autorisation de ventes d'immeubles, etc.). – J.-C. MAY, *Etude sur la responsabilité des membres du conseil de surveillance*, RJ com. 1987, p.1.

Le droit positif ne consacre pas ces solutions pour le moment.

²⁴³⁶ V. *supra* n°193.

²⁴³⁷ Le régime de la faute de fonction dépasse le seul domaine de la société (V. *supra* n°19).

²⁴³⁸ La jurisprudence a censuré la possibilité de faire application de la faute détachable des fonctions à l'égard du gérant d'une société en participation (Com. 6 mai 2008, JCP E 2008, 1789). L'arrêt est cependant ambigu car il concernait une action en responsabilité civile exercée par un associé contre le gérant. Logiquement, cependant, le régime de la faute de fonction doit être rejeté en présence de groupements dépourvus de personnalité juridique propre et donc d'un patrimoine autonome susceptible de recueillir le profit et de supporter les charges y afférant.

²⁴³⁹ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°101.

²⁴⁴⁰ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, p.253.

²⁴⁴¹ A propos du lien entre la théorie du risque-profit et l'équilibre patrimonial, V. *supra* n°438.

²⁴⁴² V. F.-X. LUCAS, *Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes*, J.-cl. Sociétés Traité, Fasc. 15-10, 2008, n°31.

²⁴⁴³ Com. 13 mai 1970, D. 1970, p.644.

engagée sur le fondement du risque-profit, sauf à admettre que cette activité aura permis une exposition médiatique génératrice d'apports de fonds pour l'association. Le lien entre l'activité et le profit est cependant fort hypothétique, ce qui plaiderait en faveur de l'exclusion du régime dérogatoire.

Si la théorie du risque-profit peut trouver à s'appliquer dans le cadre associatif, il est donc permis de se demander si elle y est toujours pertinente. Ainsi, le bénévolat des membres de l'association ne devrait-il pas impliquer qu'ils prennent en charge leurs fautes ? S'ils agissent bénévolement, n'est-ce pas précisément pour que l'association récolte l'intégralité des fruits de leur activité, non grevée de la rémunération de leur mise à disposition ? N'est-ce pas logique que leur activité ne constitue pas non plus une charge pour l'association lorsqu'elle devient dommageable ? A l'inverse, imposer aux membres bénévoles dirigeants et exécutants de cette association de répondre de leurs fautes de fonction ne risque-t-il pas de décourager l'engagement associatif, alors même que la plupart des associations dotées d'un patrimoine propre sont couvertes par une assurance²⁴⁴⁴ ?

Finalement, le bien-fondé de la soumission du cadre associatif au régime de la faute de fonction réparatrice relève davantage d'un choix politique que d'une analyse technique et purement juridique. La même démarche s'impose-t-elle au moment de décider si toutes les sociétés peuvent relever du domaine d'application de ce régime dérogatoire ?

488. Application à toutes les sociétés²⁴⁴⁵. Les sociétés unipersonnelles. – Par souci de protection de l'entrepreneur individuel²⁴⁴⁶ et pour mettre fin au développement de sociétés plus ou moins fictives²⁴⁴⁷, le législateur a consacré la possibilité de sociétés unipersonnelles²⁴⁴⁸. Ces sociétés sont alors constituées par un associé unique. Partant, il n'est plus possible de justifier le régime de la faute de fonction réparatrice par le respect de la technique sociétaire c'est-à-dire par le respect de la corrélation entre apports et pertes²⁴⁴⁹. La théorie du risque-profit semble donc dans un premier temps inapplicable à cette forme de sociétés. Consécutivement, les fautes du gérant-associé²⁴⁵⁰ de ce type de société ne devraient pas relever du régime dérogatoire de la faute de fonction réparatrice.

²⁴⁴⁴ A défaut de cette assurance, il leur est en effet bien difficile de disposer de locaux ou encore de proposer des activités à leurs membres ou à des tiers.

²⁴⁴⁵ Une première limite tient à ce que la société doit être dotée de la personnalité juridique, à défaut de laquelle aucun patrimoine n'est spécialement affecté au profit de l'entreprise. Dès lors la théorie du risque-profit n'est plus pertinente. – V. *supra*, à propos d'une société en participation, note de bas de page n°2438.

²⁴⁴⁶ G. WICKER, *La limitation de responsabilité de l'entrepreneur. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, à paraître, n°1-2.

²⁴⁴⁷ F. TERRÉ, *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers*, JCP 2010, 1328, n°6-7.

²⁴⁴⁸ La loi du 11 juillet 1985 a mis en place l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) – pendant de la SARL – et l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL). La loi du 1^{er} juillet 2002 a institué la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

²⁴⁴⁹ V. *supra* n°485.

²⁴⁵⁰ Toutefois le gérant peut parfaitement être un tiers (V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1040).

Pourtant, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de cette exclusion. Le droit positif semble en effet avoir admis que la société unipersonnelle puisse répondre à un intérêt au moins partiellement distinct de celui du gérant-associé puisque l'abus de biens sociaux peut être reproché à ce dernier²⁴⁵¹. Le gérant-associé exercerait ainsi une fonction dans l'intérêt de la société unipersonnelle. Au demeurant, la différenciation de l'intérêt de la société pluripersonnelle et de celui de ses membres procède seulement d'une sélection par l'acte constitutif du groupement parmi les intérêts de ses membres. Or, cette différenciation peut pareillement exister à l'endroit d'une société unipersonnelle²⁴⁵².

Pour l'inclure dans le domaine d'application, il n'est d'autre argumentation que celle de dire que la faute de fonction est un risque de l'entreprise qui doit alors être imputé sur le compte de la personne détenant le patrimoine affecté à l'entreprise²⁴⁵³, c'est-à-dire sur le compte de la société. C'est alors la logique du patrimoine d'affectation conjuguée, à celle du risque de l'entreprise qui permet l'extension du domaine d'application à ce cas de figure.

489. Les sociétés de moyen. – Société auxiliaire, la société de moyen permet à des professionnels qui exercent de façon indépendante de réaliser des économies en regroupant leurs dépenses afférant aux locaux, secrétariat ou service comptable²⁴⁵⁴. Elle n'a pas vocation à recueillir un quelconque profit. Cette société doit donc être exclue du domaine d'application de l'imputation dérogatoire fonctionnelle.

Dès lors, cette même logique ne devrait-elle pas conduire à réserver ce régime à une société *in bonis* ?

c. Application du régime dérogatoire en présence d'une personne morale in bonis

490. Application réservée aux sociétés *in bonis*. Règle à nuancer. – S'il est traditionnellement admis que le régime dérogatoire de la faute séparable ne s'applique que lorsque la société est *in bonis*, il convient d'apporter de la mesure au propos. Il ne suffit pas, pour écarter ce régime, de constater que la société n'est plus *in bonis*. Loin de ne dépendre que de la situation financière de la société, l'exigence d'une faute séparable des fonctions est effectivement surtout attachée aux règles de responsabilité de droit commun²⁴⁵⁵. Dans un arrêt

²⁴⁵¹ Crim. 20 février 2002, Rev. sociétés 2002, p.546, note B. BOULOC – Une autre lecture est possible qui résulte du constat du dévoiement de l'abus de biens sociaux en sanction pénale de la mauvaise gestion des entreprises (V. *infra* n°684 et s.).

²⁴⁵² Ainsi, l'intérêt de la société unipersonnelle correspondra à la poursuite d'un gain ou d'une économie par l'associé, par la seule réalisation de l'objet social.

²⁴⁵³ L'associé unique ne répondra donc éventuellement de sa faute qu'à concurrence de la seule perte de son apport (V. *supra* n°485).

²⁴⁵⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1319.

²⁴⁵⁵ Le droit commun désigne ici le droit applicable en dehors des règles spéciales des procédures collectives.

du 7 mars 2006²⁴⁵⁶, la chambre commerciale a en effet décidé que « la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions ». Cette décision semble donc faire de l'imputation de la faute à la personne morale une règle de portée générale applicable en dépit du contexte de la procédure collective, dès lors que le droit commun des règles de responsabilité retrouve son empire²⁴⁵⁷.

491. Domaine d'application de la faute de fonction en présence d'une société en difficulté. – De ceci résulte que, dans le droit positif actuel, le domaine d'application de la faute de fonction en présence d'une société soumise à une procédure collective dépendra du domaine d'application des actions en responsabilité de droit commun²⁴⁵⁸. Seront ainsi successivement abordés le domaine d'exclusion du régime de la faute de fonction réparatrice et le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice.

492. Domaine d'exclusion du régime de la faute de fonction réparatrice. – Premièrement, il ne saurait être question de ce régime dérogatoire dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif²⁴⁵⁹, seule action spéciale subsistant après l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁴⁶⁰. C'est pourquoi, la faute génératrice de cette responsabilité n'a pas besoin d'être détachable ou séparable²⁴⁶¹. Plusieurs arguments existent en faveur d'une telle exclusion²⁴⁶². D'abord, la finalité de cette action est conforme à celle de la procédure collective, à savoir l'apurement du passif²⁴⁶³. Pour faire primer cette finalité, il convient donc de ne pas entraver l'action dirigée contre le mandataire dirigeant²⁴⁶⁴. Dans ce contexte, il n'est plus cohérent d'imputer la faute du mandataire dirigeant à la personne morale dont l'activité

²⁴⁵⁶ Bull. Joly 2006, § 186, note F.-X. LUCAS ; JCP E 2006, 2035, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.

²⁴⁵⁷ F.-X. LUCAS, note sous Com. 7 mars 2006, réf. préc.

²⁴⁵⁸ Si le droit des procédures collectives implique des règles de responsabilité spéciales, il ne fait pas tout à fait disparaître les actions de droit commun. Il a, en effet, un domaine d'application strict au-delà duquel le droit commun retrouve son empire.

²⁴⁵⁹ Article L. 651-2 du Code de commerce.

²⁴⁶⁰ Auparavant, deux actions étaient envisageables : l'action en comblement de passif et l'obligation aux dettes sociales (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°316). – L'unicité de l'action en responsabilité avait été plébiscitée par une certaine doctrine : P. LE CANNU, *La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Rev. sociétés 2006, p.743.

²⁴⁶¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°304.

²⁴⁶² Les arguments relatifs aux fondements rejetés ne seront pas développés. Aurait ainsi pu être évoquée la proposition d'un auteur selon laquelle l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs « fait sauter l'écran de la personnalité morale et laisse apparaître le patrimoine personnel du dirigeant » (I. GROSSI, *Le devoir des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, Thèse Aix-Marseille, 1998).

²⁴⁶³ Article L. 620-1 du Code de commerce.

²⁴⁶⁴ L. CAMENSULI-FEUILLEARD, *L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté*, Bull. Joly 2008, § 18, spé. n°25.

tend à être préservée²⁴⁶⁵ par la procédure collective à laquelle elle est soumise²⁴⁶⁶. Ensuite, la responsabilité pour insuffisance d'actif correspond moins à un mécanisme de réparation qu'à un instrument de sanction du dirigeant²⁴⁶⁷ ce que tendrait à confirmer la possibilité pour le juge de ne pas accorder de réparation intégrale grâce à son pouvoir de modération en la matière²⁴⁶⁸. Etant attitrée, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs ne peut être intentée que par les personnes limitativement énumérées par l'article L. 651-3 du Code du commerce. Les créanciers, qui ne font pas partie de cette liste, ne recouvrent pas pour autant la possibilité d'exercer des actions en responsabilité de droit commun puisque la jurisprudence condamne désormais tout cumul des actions spéciales avec les actions de droit commun²⁴⁶⁹. Bref, les actions en responsabilité visant à résorber l'insuffisance d'actif ne sont pas destinées à accueillir le mécanisme de la faute de fonction réparatrice.

493. Domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. – En revanche, lorsque l'insuffisance d'actif n'est pas alléguée²⁴⁷⁰ ou lorsque la faute du mandataire dirigeant aura été commise après l'ouverture de la procédure²⁴⁷¹, le droit commun est de nouveau invocable. Le régime de la faute de fonction réparatrice pourrait donc y être appliqué²⁴⁷².

²⁴⁶⁵ C'est également pourquoi l'administrateur judiciaire ne peut bénéficier de l'irresponsabilité fonctionnelle – article L. 237-12 du Code de commerce. Sa situation, vraisemblablement fonctionnelle, ne relève peut-être même pas des fonctions d'expansion. Plusieurs indices en attestent. D'abord, les organes de la procédure collective ont pour finalité la poursuite de l'activité du débiteur – bénéficiaire de la fonction –, ce qui relève davantage d'une logique de protection que d'expansion (à moins qu'il s'agisse de protection par l'expansion). Ensuite, ces chargés de fonction sont missionnés par l'autorité judiciaire lors du jugement d'ouverture (article L. 622-1 du Code du commerce), la décision judiciaire constituant une source habituelle des fonctions de protection. Le régime de responsabilité de ces mandataires devrait donc correspondre à celui des chargés de fonction de protection, V. *supra* n°172.

²⁴⁶⁶ Cette finalité explique peut-être pourquoi la personne morale est alors mieux traitée que les tiers. Certains auteurs signalent cependant que le « curseur de la protection » se déplace dans cette dernière hypothèse...en faveur des créanciers (J. REVENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°698). – Pour une critique de cette inégalité de traitement, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, obs. sous Com. 7 mars 2006, réf. préc.

²⁴⁶⁷ A propos du caractère secondaire de la réparation, M. GERMAIN, *L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial* in *Le Code du commerce : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p.243, spé. p.253 et s.

²⁴⁶⁸ Article L. 651-2 du Code du commerce. – A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, coll. Manuel, 7^e éd., 2011, n°1046.

²⁴⁶⁹ Com. 28 février 1995, D. 1995, p.390, note F. DERRIDA – M.-C. PINIOT, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, RJDA, 1995, p.639.

Elle admet en revanche un cumul de l'action spéciale avec l'action en responsabilité fiscale fondée sur l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales (Com. 9 décembre 1997, Rev. sociétés 1998, p.316, note J.-J. DAIGRE) et avec l'action civile découlant d'un abus de biens sociaux (Com. 29 février 2000, Bull. Joly 2000, § 131, note B. SAINTOURENS – Crim. 29 octobre 1996, Rev. sociétés 1997, p.377, note B. BOULOC – Crim. 5 août 1998, Rev. sociétés 1999, p.175, note B. BOULOC).

²⁴⁷⁰ Com. 28 mars, 2000, Act. Proc. Coll. 2000, n°113 – Com. 27 juin 2006, JCP E 2006, 2241.

²⁴⁷¹ Com. 14 mars 2000, RTD com. 2000, p.655, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; D. 2000, p.187, note A. LIENHARD.

²⁴⁷² A. MARTIN-SERF, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil* in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p.385, spé. p. 397.

Pour finir, ce sont les règles de droit commun qui fondent l'action en réparation du préjudice individuel. Ainsi que la chambre commerciale l'a indiqué, la faute séparable des fonctions devra être démontrée et le régime de la faute de fonction réparatrice respecté.

494. Critiques du droit positif actuel. – Dans chacun de ces derniers cas, la faute de fonction du mandataire dirigeant devra donc être imputée à la personne morale. Pourtant, aux termes de l'article L. 622-21-I 1° du Code de commerce, le jugement d'ouverture d'une procédure collective²⁴⁷³ prescrit l'arrêt des poursuites des créanciers non privilégiés dès lors qu'elles tendent à « la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ». Or, tandis que les actions en responsabilité civile appartiennent à cette catégorie d'action²⁴⁷⁴, le tiers-victime n'est pas un créancier privilégié²⁴⁷⁵. A l'inverse, les actions intentées contre un dirigeant restent possibles²⁴⁷⁶. Indirectement mais certainement, appliquer le régime de la faute de fonction réparatrice lorsque la personne morale est soumise à une procédure collective conduit donc à priver la victime de toute indemnisation.

En dépit de ce fâcheux résultat pour la victime, l'exigence uniforme d'une faute détachable que la société soit *in bonis* ou qu'elle soit soumise à une procédure collective est jugée cohérente²⁴⁷⁷. Nonobstant, il est permis de se demander si, dans un tel contexte, la loi n'enjoint pas le mandataire dirigeant d'exercer une fonction de protection (à l'instar de l'administrateur judiciaire²⁴⁷⁸) qui justifierait des règles de responsabilité différentes, au moins pour les faits postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective²⁴⁷⁹. L'analyse conceptuelle de la notion de fonction peut donc, tout autant que la considération de la victime, remettre en question l'état du droit positif actuel.

²⁴⁷³ Les règles de l'article L. 622-22 du Code de commerce propres à la procédure de sauvegarde sont étendues à la procédure de redressement judiciaire par l'article L. 631-14 du Code de commerce et à la procédure de liquidation judiciaire par l'article L. 641-3 du Code de commerce.

²⁴⁷⁴ Com. 3 juin 1986, Rev. proc. coll. 1986-3, p.48, obs. M.-J. CAMPANA – Com. 20 décembre 1988, 14 novembre 1989, 19 décembre 1989, Rev. proc. coll. 1990, p.222, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁴⁷⁵ Pour bénéficier de la qualification de créance privilégiée, la créance de réparation devrait être issue d'un fait générateur se situant postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Puisque l'obligation de réparation naît à la date du dommage (G. ENDREO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTD com. 1984, p.223, spé., p.246-247), la créance de réparation est postérieure dès lors que la faute qui l'a générée a été commise après le jugement d'ouverture. Ce critère purement chronologique est cependant insuffisant, qui doit être associé à un critère téléologique selon lequel est une créance « postérieure » celle qui est née régulièrement (Com. 13 octobre 1998, P. PETEL, *Article 40 et créance délictuelle*, Act. Proc. Coll. 1998-10, n°139) et « pour les besoins [...] de la procédure [...], ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période » (article L. 622-17-I du Code de commerce). Or, la créance de réparation ne semble pas pouvoir répondre à cette exigence (D. VOINOT, *Le sort des créances dans la procédure collective*, RTD com. 2001, p.581, spé. p.599 et s.) sauf à mettre en jeu des intérêts supérieurs (not. l'environnement, *ibidem*), ce qui peut encore être discuté.

De ceci résulte que la créance de réparation ne sera pas une créance privilégiée, avec pour probable conséquence l'impossibilité de sa liquidation et donc de l'indemnisation de la victime.

²⁴⁷⁶ Com. 21 juin 1994, RJDA 1994, n°1208.

²⁴⁷⁷ J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, obs. sous Com. 7 mars 2006, réf. préc.

²⁴⁷⁸ A son propos, V. *supra* note de bas de page n°2465.

²⁴⁷⁹ A ce propos, V. *supra* n°172.

Si l'analyse fonctionnelle a pu, à bien des égards, justifier l'application du régime dérogatoire à de nombreuses situations conceptuellement analysées comme relevant du cadre de l'entreprise en tant que réceptacle des fonctions d'expansion, elle a également conduit à remettre en cause certaines solutions du droit positif en mettant en lumière d'autres priorités.

La conclusion sera-t-elle identique s'agissant du domaine d'application propre à la relation préposé-commettant ?

2. Domaine d'application et relation préposé-commettant

495. Application du régime de la faute de fonction réparatrice aux préposés indépendants. – La relation préposé-commettant appelle moins de commentaires car c'est cette relation qui est à l'origine de la théorie du risque-profit²⁴⁸⁰. De brèves remarques peuvent toutefois être faites. Tout d'abord, la théorie du risque-profit pourrait justifier l'évolution du droit positif relativement aux préposés dits « indépendants ». Les premières décisions de la Cour de cassation rendues à propos de professionnels de santé salariés de cliniques ont semblé confirmer l'analyse de la jurisprudence *Costedoat* favorable à la théorie du risque-autorité puisqu'elles renaient la responsabilité d'une sage-femme sur le fondement de « sa complète indépendance professionnelle » mais également de « sa faute personnelle »²⁴⁸¹, ou d'un médecin²⁴⁸². Sans doute favorables à la théorie du risque-autorité, certains auteurs

²⁴⁸⁰ V. *supra* n°431 et s.

²⁴⁸¹ Civ. 1, 30 octobre 1995, B. n°383 ; le pourvoi avait soulevé un moyen directement issu de la solution de l'arrêt *Rochas*. De cette double référence a été induite l'interprétation selon laquelle la première chambre civile accepte la limitation de la responsabilité du préposé aux seules fautes personnelles dont l'appréciation serait influencée par l'indépendance dont il jouit (G. VINEY, observations sur l'arrêt, JCP 1996, I, 3944, n°13). Certains auteurs s'interrogeaient cependant sur la possibilité que la Cour ne retienne la faute personnelle que sur le seul fondement de l'indépendance du préposé (P. JOURDAIN, exprimant son hostilité : RTD civ. 1996, p.636). – *Adde*, CA Pau, 16 décembre 2003, RCA 2004, comm. 251, obs. C. RADE.

²⁴⁸² Civ. 1, 9 avril 2002, B. n°234 ; RTD civ.2002, p.516, note P. JOURDAIN ; JCP 2002, I, 186, obs. G. VINEY et Civ. 1, 13 novembre 2002, RGDA 2003, n°5, note P. REMY ; D. 2003, p.580, note S. DEIS-BEAUQUESNE.

L'interprétation de ces deux arrêts est rendue difficile d'une part, en raison de la spécificité des questions de droit soumises et d'autre part, en raison de motivations peu lisibles. Le premier de ces arrêts statuait sur le recours exercé par une clinique ayant indemnisé la victime sur le fondement de sa responsabilité contractuelle. Il l'a admis au motif que le moyen tiré de la jurisprudence *Costedoat* était inopérant. Une partie de la doctrine suppose que la Cour de cassation rejette le pourvoi en raison du fondement textuel fallacieux du moyen qui s'appuyait sur l'article 1384 alinéa 5 du Code civil alors que la responsabilité de la clinique était fondée sur les règles contractuelles (P. JOURDAIN, RTD civ. 2002, p.516). Une autre lecture de cet arrêt conduit au contraire à ce que la jurisprudence *Costedoat* ne soit tout simplement pas applicable au professionnel de santé (C. RADE, *Il faut sauver la jurisprudence Costedoat*, RCA 2002, chron. n°13 ; M. ASSELAIN, note sous Civ. 1, 9 novembre 2004, *Responsabilité des professionnels de santé salariés : changement de solutions*, RCA 2005, étude n°6, spé. n°8).

Quant à l'arrêt du 13 novembre, il statuait sur le recours du commettant (préalablement condamné sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil) contre l'assureur de son préposé. La première chambre civile décide que « si l'établissement de santé peut être déclaré responsable des fautes commises par un praticien salarié, [...] ce principe ne fait pas obstacle au recours de l'établissement de santé et de son assureur, en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié, dans l'exercice de son art. ». Cet arrêt semblait ainsi indiquer que l'indépendance professionnelle du médecin autorisait l'action récursoire contre ce dernier. La portée de cet arrêt semblait ainsi pouvoir dépasser la seule action récursoire de

justifiaient ces solutions, non par la simple indépendance technique dont disposent finalement de nombreux préposés, mais par l'indépendance **de droit**²⁴⁸³, intangible, dont bénéficient les professionnels de santé²⁴⁸⁴. Cette analyse sera cependant balayée par deux arrêts du 9 novembre 2004²⁴⁸⁵ par lesquels la première chambre civile, au double visa des articles 1382 et 1384 alinéa 5 du Code civil, étend le régime de la faute de fonction réparatrice à un médecin et à une sage-femme²⁴⁸⁶.

La solution semble donc plus sensible au fait que les profits²⁴⁸⁷ et les pertes dégagés par l'entreprise de santé ne sont pas les leurs qu'à leur indépendance juridique²⁴⁸⁸. En d'autres termes, le statut indépendant importe peu, pourvu que le professionnel de santé se situe effectivement dans une situation fonctionnelle d'expansion, bref qu'il participe à l'entreprise du commettant²⁴⁸⁹. Par conséquent, la solution doit être étendue à tous les professionnels qui, bien que devant exercer leur art en toute indépendance, mettent leur industrie au profit de leur commettant²⁴⁹⁰. Leur situation doit cependant être distinguée de celle d'autres agents agissant pour le compte d'autrui mais dont le statut prévoit leur engagement personnel.

496. Non application du régime de la faute de fonction réparatrice à l'agent général d'assurances. – A plusieurs reprises, la Cour de cassation a refusé le bénéfice de l'arrêt *Costedoat* à des agents généraux d'assurance au motif que « le renvoi fait par l'article L. 511-1 du Code des assurances à l'article 1384 du Code civil a pour seul objet de faire bénéficier le client de l'agent général, pris en qualité de mandataire de l'assureur, de la garantie de ce dernier »²⁴⁹¹. A un moment où la logique de la théorie du risque-autorité pouvait prévaloir, il a ainsi paru normal de ne pas octroyer le bénéfice de l'immunité des préposés à cette catégorie

l'assurance pour s'étendre à l'action récursoire du commettant (P. REMY, *op. cit.*, spé. p.99 ; S. DEIS-BEAUQUESNE, *op. cit.*, spé. p.581), voire à l'action de la victime.

²⁴⁸³ A ce propos, V. *supra* n°47.

²⁴⁸⁴ A. HONTEBEYRIE, *La responsabilité des cliniques du fait des médecins : à propos de deux solutions singulières*, D. 2004, p.81, spé. p.84.

²⁴⁸⁵ Civ. 1, 9 novembre 2004, n°01-17908 et 01-17168 ; D. 2005, p.253, note F. CHABAS ; *Responsabilité des professionnels de santé salariés : changement de solutions*, RCA 2005, étude n°6, M. ASSELAIN.

²⁴⁸⁶ Les arrêts contrastent également avec les solutions précédentes par leur clarté ; ils statuent à propos de l'action de la victime et reprennent explicitement les termes employés dans l'arrêt *Costedoat*.

²⁴⁸⁷ Les modalités de rémunération des médecins salariés sont variables : il peut s'agir d'un salaire fixe mensuel, ou d'une rémunération à la vacation, voire une rémunération à l'acte sur la base du remboursement de la Sécurité sociale, parfois grevée d'un pourcentage pour couvrir les frais administratifs de l'établissement. – Pour un aperçu complet de la question, V. not., M. HARICHAUX, *La rémunération du médecin*, Economica, 1979.

²⁴⁸⁸ Certains auteurs justifient l'extension de la jurisprudence par l'existence d'une assurance obligatoirement contractée par l'établissement de santé et couvrant les fautes de mission des professionnels de santé qu'il emploie. La solution serait alors « équitable » (P. REMY, *op. cit.*, spé. p.99) ou « compréhensible » (S. DEIS-BEAUQUESNE, D.2003, p.580, spé. p.581). La seule présence d'une assurance ne permet cependant pas de fonder éthiquement un régime de responsabilité, V. *supra* n°428.

²⁴⁸⁹ M. ASSELAIN, *réf. préc.*, spé. n°10.

²⁴⁹⁰ Il est possible de citer quelques exemples : les avocats (article 3 de la loi du 31 décembre 1971), les experts-comptables (articles 1, 7 et 22 de l'ordonnance du 19 septembre 1945), les architectes (article 38 du Code de déontologie des architectes). – Pour d'autres exemples de préposés indépendants susceptibles de relever du domaine du régime de la faute de fonction réparatrice, V. la liste établie par A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, spé. p.84.

²⁴⁹¹ Civ. 1, 10 décembre 2002, D. 2003, p.510, concl. J. SAINTE-ROSE – Civ. 2, 7 juillet 2011, n°10-21719.

d'agent. D'abord, parce que les agents d'assurance ne sont pas des préposés mais des mandataires des compagnies d'assurance²⁴⁹², l'article L. 511-1 du Code des assurances ne leur confère pas le statut de préposé mais se contente d'étendre la garantie de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil à une situation précise et distincte du champ d'application habituel de ce dernier article²⁴⁹³. Ensuite, à supposer même qu'ils puissent être suffisamment « assimilés » à des préposés²⁴⁹⁴, leur indépendance devait empêcher qu'ils bénéficient de l'immunité²⁴⁹⁵. Tandis que ce dernier argument ne correspond plus au droit positif²⁴⁹⁶, pourquoi les fautes de l'agent d'assurance ne relèvent-elles toujours pas du régime de la faute de fonction réparatrice ? La raison de ce maintien peut-elle être trouvée à partir de l'impossibilité de transposer la théorie du risque-profit à cette situation ?

La réalité économique correspondant à la situation de l'agent d'assurance par rapport à la compagnie d'assurance mandante est, selon certains auteurs, bien différente de celle d'un préposé même indépendant²⁴⁹⁷. Les agents d'assurance appartiennent ou sont à la tête d'agences générales²⁴⁹⁸ financièrement autonomes des compagnies d'assurance qui les mandatent²⁴⁹⁹, ce qui justifierait qu'ils soient responsables des fautes délictuelles commises lors de leur mission.

Cette situation n'est pourtant pas exclusive de l'attribution exclusive du profit issu de l'activité de l'agent d'assurance à la seule compagnie d'assurance. Au contraire, l'agent d'assurance perçoit certes une rémunération²⁵⁰⁰ mais pas le profit issu du contrat dont il favorise la conclusion pour le compte de l'assurance-donneur d'ordre²⁵⁰¹. La théorie du risque-profit commanderait ainsi que les fautes des agents d'assurance relèvent du régime de la faute de fonction réparatrice. Ce sont alors d'autres considérations²⁵⁰² qui doivent l'emporter²⁵⁰³. Seuls

²⁴⁹² M. BACACHE, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15, spé. p.28, note de bas de page, n°61.

L'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 juillet 2011 (réf. préc.) montre la sensibilité des juges à cet argument puisque la solution est rendue sous l'attendu de principe selon lequel « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

²⁴⁹³ Plusieurs auteurs parlent, à cet égard, d'« emprunt artificiel » (J. BIGOT et D. LANGE, *Traité de droit des assurances, t.2, La distribution de l'assurance*, LGDJ, 1999, n°253) et d'« artifice légal » (*op. cit.*, n°282) (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures) ; J. SAINTE-ROSE, concl. à propos de Civ.1, 10 décembre 2002, réf. préc., spé. p511).

²⁴⁹⁴ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 485, 2007, n°1338.

²⁴⁹⁵ J. ROUSSEL, *Les intermédiaires d'assurance au regard de l'immunité des préposés, Faut-il transposer la jurisprudence Costedoat aux mandataires de l'assureur ?*, RGDA 2002, p.659, spé. p.661.

²⁴⁹⁶ V. *supra* n°495.

²⁴⁹⁷ J. ROUSSEL, *op. cit.*, p.665.

²⁴⁹⁸ J. BIGOT et D. LANGÉ, *op. cit.*, n°670 et s.

²⁴⁹⁹ Certains auteurs considèrent pourtant que cette agence d'assurance est un « rouage » de l'entreprise d'assurance, ce qui justifierait une extension du domaine d'application de la jurisprudence *Costedoat* à ce cas de figure (H. GROUDEL, *La nouvelle jurisprudence relative à la responsabilité des préposés peut-elle influencer sur celle de l'agent général d'assurance ?*, RCA 2000, chron.18, spé. p.5).

²⁵⁰⁰ J. BIGOT et D. LANGÉ, *Traité de droit des assurances, t.2, L'intermédiation d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009, n°408 et s.

²⁵⁰¹ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1346.

²⁵⁰² V. *infra* n°502 et s. les développements relatifs aux commissionnaires et transposables à l'agent général.

²⁵⁰³ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1349 et s.

certaines agents d'assurance devraient pouvoir bénéficier de cette imputation dérogatoire fonctionnelle, ceux « dont l'intégration dans l'entreprise de leur donneur d'ordres est suffisamment poussée pour pouvoir considérer que leur faute est inséparable du fonctionnement de cette entreprise »²⁵⁰⁴.

497. Non application de l'imputation dérogatoire fonctionnelle au préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs et au capitaine de navire. – Deux dernières exclusions doivent encore être évoquées. Elles concernent le préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs et le capitaine de navire. Deux raisons conduisent à les traiter conjointement.

En premier lieu, ces deux exclusions émanent de la chambre criminelle. Dans un arrêt du 28 mars 2006, elle décide d'abord que « le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoirs, auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions »²⁵⁰⁵. Elle prend ensuite une position analogue à propos d'un capitaine de navire dans un arrêt du 13 mars 2007, position dont la motivation semble transposée de son précédent arrêt puisqu'elle affirme alors que « le capitaine, auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, engage, en application de l'article 5 de la loi 69-8 du 3 janvier 1969, sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, cette faute fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions »²⁵⁰⁶.

En second lieu, ces solutions non conformes à la jurisprudence civile peuvent sans doute être justifiées par la plus grande sensibilité de la juridiction pénale à la nature de la fonction exercée. Ainsi, la chambre criminelle se refuse-t-elle toujours à rechercher une faute détachable des fonctions lorsqu'elle statue sur l'action civile de l'infraction commise par le mandataire dirigeant alors qu'elle applique depuis l'origine la jurisprudence *Costedoat* pour les fautes du préposé²⁵⁰⁷. Sa jurisprudence semble donc distinguer les fautes subalternes des fautes de direction. Or, tant le capitaine de navire que le préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs occupe des fonctions de direction²⁵⁰⁸. Les « préposés XXL »²⁵⁰⁹ seraient ainsi écartés du bénéfice de la jurisprudence *Costedoat*²⁵¹⁰. Suivant cette logique, la référence à l'article 5 de la loi du 3 janvier 1969 servirait à appuyer la singularité du capitaine parmi les préposés, le

²⁵⁰⁴ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1370.

²⁵⁰⁵ Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY ; JCP S 2006, n°1448, note J.-F. CESARO – Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUDEL.

²⁵⁰⁶ Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007, étude 13, A. VIALARD.

²⁵⁰⁷ V. *supra* n°262.

²⁵⁰⁸ La doctrine a d'ailleurs justement souligné la différence de nature qu'il y a entre un préposé indépendant et un préposé titulaire d'une délégation de pouvoir, seul ce dernier disposant d'un pouvoir l'assimilant à l'employeur dans le domaine idoine (H. GROUDEL, obs. sous Crim. 28 mars 2006, réf. préc.).

²⁵⁰⁹ A. VIALARD, obs. sous Crim. 13 mars 2007, réf. préc.

²⁵¹⁰ Un arrêt de cette formation est tout à fait significatif de ce comportement : dans une décision du 28 juin 2005 (n°04-84281), la chambre criminelle paraît soumettre les juges du fond à une alternative. Soit ils parviennent à démontrer que le préposé était un dirigeant de fait et sa responsabilité civile pouvait être engagée à raison d'une infraction non intentionnelle ; soit ils doivent admettre que le préposé n'engage pas sa responsabilité civile.

législateur ayant pris soin de rappeler solennellement que « le capitaine répond de toute faute commise dans l'exercice de ses fonctions » alors que les préposés *lambda* relèvent de la *clausula generalis*. Il faut également souligner que dans les deux cas, les préposés s'étaient rendus coupables d'une faute d'imprudence qualifiée²⁵¹¹, laquelle est plus grave que la faute d'imprudence simple²⁵¹². La chambre criminelle a donc également pu s'appuyer sur la gravité de la faute commise pour exclure le bénéfice de l'immunité, à l'instar de l'Assemblée plénière pour l'arrêt *Cousin*²⁵¹³. A moins, que l'exclusion du domaine d'application du régime dérogatoire s'explique par le cumul de ces deux considérations.

Il peut finalement être admis que ces solutions s'éloignent avec évidence de la seule logique réparatrice pour adopter un positionnement plus punitif.

498. Synthèse. – Appliquée à la relation commettant-préposé, la théorie du risque-profit semble renforcer le lien ayant commencé à s'établir entre le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice et le cadre de la faute de fonction. Si elle achoppe sur la situation de l'agent d'assurance, elle semble conforme à l'évolution de la jurisprudence relativement aux professionnels de santé dont l'indépendance avait pu servir de cause à leur exclusion. Ce faisant, la théorie du risque-profit permet de justifier d'un traitement analogue entre les fautes du préposé et celles du mandataire dirigeant, du point de vue fonctionnel. En renforçant l'adéquation entre domaine d'application et cadre de la faute de fonction, l'étude des problématiques propres aux situations fonctionnelles d'expansion classiques ouvre la voie à un champ d'application en dehors de ces situations.

B. L'application problématique du régime en dehors des situations fonctionnelles d'expansion classiques

499. Triple problématique. – Il est possible de recenser trois catégories de problématiques propres aux situations fonctionnelles non classiques : la première repose sur la possibilité d'appliquer le régime à des situations fonctionnelles d'expansion nouvelles (1.). La deuxième interroge sur la possible restriction du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice par l'exclusion des situations fonctionnelles de fait (2.). Enfin la troisième aborde l'épineuse question des situations, qui sans être parfaitement fonctionnelles, s'en rapprochent. Faut-il alors inclure ces situations parafonctionnelles dans le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice (3.)?

²⁵¹¹ Article 121-3 du Code pénal.

²⁵¹² V. *infra* n°726.

²⁵¹³ Le retour de la responsabilité du préposé y était motivé par le caractère intentionnel de sa faute (V. *supra* n°265).

1. L'application à des situations fonctionnelles d'expansion nouvelles

500. Hypothèses visées. – Lors de l'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction, ont été évoquées deux situations fonctionnelles d'expansion moins évidentes que celles du préposé et du mandataire dirigeant. S'interroger sur la possibilité d'étendre le champ d'application du régime de la faute de fonction réparatrice revient, là encore, à éprouver l'adéquation entre le cadre fonctionnel d'expansion mis à jour par une analyse conceptuelle et le domaine d'application objet d'une analyse fonctionnelle. Seront ainsi abordés le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (**a.**) et le cas du commissionnaire (**b.**).

a. L'application à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

501. Application à l'EIRL. – Issue de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010, l'institution de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) n'est pas sans susciter de nombreuses interrogations tant en doctrine qu'en pratique. De manière topique, le dispositif législatif, particulièrement laconique, n'aborde guère la question de l'étendue de la responsabilité de l'entrepreneur pour les fautes qu'il commettrait lors de la gestion du patrimoine qu'il aura affecté à son activité professionnelle. L'article L. 526-12 du Code de commerce dispose toutefois que l'entrepreneur est « responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou de manquement grave » à certaines règles d'affectation²⁵¹⁴ ou à l'obligation de procéder à une comptabilité autonome pour le patrimoine affecté et d'ouvrir un ou plusieurs comptes bancaires dans un établissement de crédit dédié(s) à son patrimoine affecté. Il était donc légitime de s'interroger sur le sort réservé aux autres fautes de gestion. Si la doctrine s'oppose à sa totale irresponsabilité²⁵¹⁵, elle agréé l'importation des règles applicables aux fautes du mandataire dirigeant²⁵¹⁶.

La proposition est conforme à l'analyse qui est faite de l'EIRL. Bien qu'étant une nouvelle « structure » de l'entreprise, elle se rapproche nécessairement de la technique sociétaire puisque le patrimoine d'affectation propre à l'EIRL et la personnalité morale réservée à la société « recouvrent des réalités juridiques équivalentes »²⁵¹⁷. A de nombreux égards,

²⁵¹⁴ Est visée la disposition prévoyant les éléments pouvant être affectés à l'activité professionnelle (article L. 526-6 al. 2 du Code de commerce).

²⁵¹⁵ Le caractère trompeur de la dénomination choisie par le législateur « entrepreneur à *responsabilité limitée* » est souligné par une partie de la doctrine car, accolée à une catégorie d'agent – l'entrepreneur – et non à une structure juridique – société –, la notion de responsabilité renvoie à l'obligation de réparer les dommages causés par sa faute (G. WICKER, *La limitation de responsabilité de l'entrepreneur, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, à paraître, n°37 ; F. TERRÉ, *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers*, JCP 2010, 1328, n°14). Or, l'institution de l'EIRL n'a pas pour objet direct de limiter cette responsabilité (G. WICKER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. TERRÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*).

²⁵¹⁶ G. WICKER, *op. cit.*, n°38.

²⁵¹⁷ G. WICKER, *op. cit.*, n°8 – Comp. avec une conception proche du patrimoine d'affectation : E. DUBUISSON, *La non-adoption de la propersonnalité*, Dr. et pat. 2010, p.191.

l'entrepreneur se trouve dans une situation fonctionnelle d'expansion puisqu'il se doit d'agir dans l'intérêt de son activité professionnelle à laquelle il a affecté un patrimoine spécifique. Il est à cet égard remarquable qu'il ne perçoit pas directement le profit de la gestion du patrimoine d'affectation dans son patrimoine personnel²⁵¹⁸. C'est au contraire le patrimoine d'affectation qui récoltera le profit de l'activité professionnelle exercée par l'entrepreneur. Cela rend possible l'extension du régime de la faute de fonction réparatrice à l'EIRL. Faut-il également l'étendre aux commissionnaires ?

b. L'application au commissionnaire

502. Définition du commissionnaire. – D'après l'article L. 132-1 du Code de commerce, « le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. ».

L'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction a montré que le commissionnaire pouvait parfaitement se trouver dans une situation fonctionnelle, pourvu que son activité soit suffisamment durable pour donner naissance à un véritable poste de service²⁵¹⁹. Il appartient en outre prioritairement à un cadre fonctionnel d'expansion, étant entendu que le commettant a recours à cet intermédiaire lorsqu'il maîtrise mal une sphère d'activité qu'il doit pourtant pénétrer pour la poursuite de son activité²⁵²⁰.

Si le commissionnaire partage cet état avec les mandataires dirigeants et les préposés, ses fautes ne devraient-elle pas relever du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice ?

503. Arguments favorables à une extension du domaine du régime dérogatoire aux fautes du commissionnaire. – Deux arguments peuvent être produits à l'appui d'une telle extension.

D'abord, la situation de ce dernier correspond à la traduction maximaliste du caractère altruiste de la fonction puisque l'ensemble des profits issus de l'activité du commissionnaire (conclusion d'un contrat avec un tiers) sera recueilli par le donneur d'ordre²⁵²¹. De ceci

²⁵¹⁸ A propos de son droit aux revenus du patrimoine affecté, V. article L. 526-18 du Code de commerce – La loi ne se prononce pas directement sur la perception des bénéfices issus du patrimoine affecté : sur ce point, V. G. WICKER, *op. cit.*, n°34 et s.

²⁵¹⁹ V. *supra*, n°128.

²⁵²⁰ Le commettant pourra notamment faire appel à un commissionnaire lorsque ce dernier est implanté dans une zone géographique inconnue du commettant.

²⁵²¹ Cela se traduit d'abord par l'obligation du commissionnaire de rendre compte au donneur d'ordre, laquelle implique en principe le reversement des sommes perçues par le commissionnaire. Ainsi le commissionnaire de vente chargé de s'assurer de la vente de la marchandise du commettant devra reverser l'intégralité de la somme versée par l'acheteur en échange de la marchandise. Sont même visées les sommes illicites et les sommes que le commissionnaire aurait dû recevoir (M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, 2000, n°204). Bref, il est exact de parler d'une obligation de « transmission des bénéfices » (N.

découle que les charges de l'opération ayant nécessité l'activité du commissionnaire doivent être assumées *in fine* par le commettant²⁵²². Dès lors le régime dérogatoire de la faute de fonction devrait s'appliquer à cette situation puisque le profit est exclusivement réservé au commettant²⁵²³.

Sans aller jusque-là, la doctrine se prononce en faveur de l'admission d'une action directe entre le tiers contractant et le commettant en raison du caractère altruiste de l'activité du commissionnaire²⁵²⁴. A certains égards, cette action n'est donc pas sans rappeler la responsabilité fonctionnelle du bénéficiaire de la fonction²⁵²⁵. En proposant cette action, la doctrine poursuit cependant un autre objectif : celui de faire du commettant le garant de l'exécution du contrat principal par le commissionnaire. La proposition d'une responsabilité délictuelle du commettant du fait de son commissionnaire constitue donc une extension par rapport à la proposition généralement admise par la doctrine d'une action directe. De nombreux arguments se dressent par ailleurs contre une telle extension.

504. Arguments défavorables à une extension du domaine du régime dérogatoire aux fautes du commissionnaire. – Une telle extension doit sans doute être rejetée puisque les arguments défavorables sont en supériorité numérique. Trois circonstances empêchent en effet que les fautes du commissionnaire soient traitées comme celles du mandataire dirigeant et du préposé.

En premier lieu, le droit positif ne statue pas en ce sens. Certes, aucune action n'a été intentée contre le commettant à raison d'une faute délictuelle du commissionnaire mais d'une part le commettant n'est tenu d'indemniser le commissionnaire que des pertes subies **sans imprudence de sa part**²⁵²⁶, d'autre part, le commissionnaire engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers-contractants²⁵²⁷.

En deuxième lieu, la thèse intégrationniste ayant justifié que les commissionnaires, en tant qu'intermédiaires, soient exclus du domaine des textes relatifs à la prohibition des ententes

DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 485, 2007, n°1075 et s.).

C'est également le caractère altruiste de l'activité du commissionnaire qui explique que les effets réels du contrat principal (ou contrat commissionné) se produisent directement entre le commettant et le tiers-contractant (M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n°266). Cet effet réel direct est particulièrement sensible lorsque le contrat principal est un contrat translatif de propriété : ainsi seul le commettant sera propriétaire des marchandises acquises par le commissionnaire d'achat. En atteste, le privilège légalement accordé par la loi au commissionnaire sur les marchandises objets de son obligation (article L. 132-2 du Code de commerce), étant entendu qu'une sûreté ne peut grever que le bien d'autrui.

²⁵²² Article 2000 du Code civil auquel renvoie l'article L. 132-1 du Code de commerce.

²⁵²³ Ainsi certains auteurs affirment que le commissionnaire « n'a pas à supporter les risques de l'exploitation dès lors qu'il ne bénéficie pas des profits, autre que sa commission » (M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, réf. préc., n°255). Ils ne semblent cependant pas concevoir la faute de fonction comme un risque de l'exploitation (*op. cit.*, *loc. cit.*).

²⁵²⁴ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1416.

²⁵²⁵ Il s'agit du commettant au sens de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil et de la personne morale.

²⁵²⁶ Application de l'article 2000 du Code civil, conformément à l'article L. 132-1 du Code du commerce : Com. 28 juin 1994, B. n°245.

²⁵²⁷ M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n°423 et s.

illicites, particulièrement l'article 81 § 1 du Traité CE, a été clairement rejetée. Selon cette thèse, il n'y a pas entente illicite entre l'intermédiaire et son donneur d'ordre car l'intermédiaire est intégré à l'entreprise du donneur d'ordre²⁵²⁸. Cette thèse achoppe cependant sur le statut de l'intermédiaire qui est un entrepreneur au sens économique du terme, relevant de sa propre unité économique²⁵²⁹. La Cour de Justice des Communautés Européennes a donc invalidé la proposition dans un arrêt du 1^{er} octobre 1987²⁵³⁰ en affirmant que « l'agent de voyage (intermédiaire) ne saurait être qualifié d'organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de tel ou tel tour operator (donneur d'ordre) »²⁵³¹.

Enfin, en troisième lieu, l'article L. 132-1 du Code de commerce renvoyant au régime du contrat de mandat ne renseigne qu'imparfaitement sur la nature et le fonctionnement du contrat de commission. A la différence du mandataire, le commissionnaire agit en effet **en son nom propre** et pas au nom de son commettant. Or, cette circonstance interdit en l'espèce l'application de la théorie du risque-profit. En effet, cette convention se traduit par une distribution singulière des effets réels et personnels du contrat principal. Tandis que les effets réels se produisent directement dans le patrimoine du commettant, les effets personnels concernent exclusivement le commissionnaire. Appliquée à une commission de vente, la distinction est simple à exposer. Dans ce contexte, le contrat principal sera un contrat de vente conclu entre le commissionnaire vendeur et le tiers contractant acheteur. Dès l'accord de volontés, ce contrat de vente opérera un effet réel entre les « parties extrêmes » à l'opération puisque le transfert de propriété de la marchandise sera effectué directement du commettant au tiers acheteur. En revanche les effets personnels issus de ce contrat se produiront entre le commissionnaire vendeur et le tiers acheteur : le commissionnaire sera ainsi tenu de l'obligation de délivrer la marchandise, de l'obligation de conformité, de la garantie des vices cachés, etc²⁵³².

²⁵²⁸ C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., 2010, Litec, n°473, p.245.

²⁵²⁹ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^{ème} éd., 2012, n°232 et s.

²⁵³⁰ Cah. dr. europ. 1987, n°6, p.595 et s.

²⁵³¹ La non application de l'article 81 § 1 du Traité CE serait donc justifiée par le seul caractère altruiste de l'activité du commissionnaire (N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1389).

²⁵³² La plupart des auteurs expliquent que si l'effet réel ainsi décrit découle de l'action **pour le compte** du commettant – d'aucun envisage alors l'hypothèse d'une représentation réelle (M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n°333) –, l'existence d'effets personnels entre le commissionnaire et le tiers contractant résulte de l'action **en son nom** du commissionnaire.

La doctrine (M.-P. DUMONT, *op. cit.*, n°626) propose parfois d'expliquer cette dissociation en faisant appel à une analyse dualiste de l'obligation. Selon l'une de ces analyses, l'obligation comporte un double aspect : le *debitum* – relation de créance ou de dette envisagée dans sa substance économique – et l'*obligatio* – lien interpersonnel, de sujétion, strictement juridique. En principe *debitum* et *obligatio* se superposent mais il arrive que ce ne soit pas le cas (F. LEDUC, *Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite*, RTD civ. 1999, p.283). Ici, parce que le commissionnaire agit pour le compte du commettant mais en son propre nom, le *debitum* et l'*obligatio* se trouvent disjointes. Ainsi le *debitum* s'établirait entre le tiers contractant et le commettant, tandis que l'*obligatio* ne pourrait pas s'épanouir entre ces deux agents, étant donné que le commissionnaire n'a pas le pouvoir d'agir au nom du commettant. L'*obligatio* se développerait alors uniquement entre le commissionnaire et le tiers contractant. Selon cette explication, le *debitum* serait le support des effets réels du contrat commissionné ; tandis que l'*obligatio* serait celui des effets personnels.

Sans aucun doute, la responsabilité doit être comptée au compte des effets personnels d'un engagement, que celui-ci soit d'origine conventionnelle ou légale. Dès lors il est possible d'admettre que lorsque des agents concluent une telle convention, ils entendent rompre le lien qui devrait s'opérer, selon la théorie délictuelle du risque-profit, entre le recueil des profits et les effets personnels d'un engagement²⁵³³. Ce faisant, les parties au contrat de commission entendent sans aucun doute rejeter la possibilité d'inclure parmi les charges restant « attachées » au profit escompté celles découlant d'une obligation (personnelle) de réparation. Les fautes du commissionnaire doivent donc être écartées du domaine d'application de l'irresponsabilité fonctionnelle.

En outre, aucun texte spécial ne permet que soit engagée la responsabilité du commettant du fait de son commissionnaire. La doctrine note cependant que certains intermédiaires pourraient engager la responsabilité de leur donneur d'ordre sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil (responsabilité générale du fait d'autrui) dès lors que celle-ci trouverait à s'appliquer à raison du « pouvoir économique sur l'activité de personnes dont le responsable tire profit »²⁵³⁴. Il n'est cependant pas certain que la proposition emporte l'adhésion pour ce qui concerne le commissionnaire²⁵³⁵. L'article 1360 proposé par l'avant-projet Catala n'est pas davantage susceptible de s'appliquer compte tenu de l'indépendance juridique et factuelle dont dispose le commissionnaire²⁵³⁶.

Si cette explication est tout à fait pertinente dans l'analyse dualiste opérant dédoublement de l'obligation entre un bien et un lien, elle ne pourrait en revanche pas s'épanouir dans l'analyse dualiste concevant l'obligation comme un devoir et un pouvoir de contrainte. Selon cette conception héritée de la distinction allemande entre la *schuld* et la *haftung* (A. VON BRINZ, *Der Begriff Obligatio*, Grünhuts zeitschrift, 1874, p.1 et s.), l'obligation doit être décomposée en deux pouvoirs dévolus au créanciers : le pouvoir d'exiger du débiteur l'exécution de la prestation c'est-à-dire le droit au paiement (la *schuld*) et les pouvoirs qui le garantissent contre les conséquences de l'inexécution (la *haftung*) (J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, Dalloz, 1952, n°248). Or, il serait impossible, dans ce contexte, de retenir que le commettant détient la *schuld* tandis que le commissionnaire serait concerné par la *haftung*. Le droit positif montre en effet, que le commissionnaire est le seul créancier et le seul débiteur des obligations ainsi décomposées qui serait issues du contrat principal (en ce sens, N. DISSAUX, *op. cit.*, n°568 et s.). L'achoppement réside alors dans le fait que *schuld* et *haftung* désignent les deux versants d'un lien juridique. Lorsque l'obligation est perçue comme un bien et un lien, le *debitum* ne désigne pas un lien juridique mais la valeur patrimoniale de l'obligation tandis que l'*obligatio* épuise la nature du lien juridique établi par l'obligation (F. LEDUC, *op. cit.*, n°23). La scission précédemment décrite entre un commettant titulaire du *debitum* et un commissionnaire relevant de l'*obligatio* devient alors opérationnelle.

Contra, F. AUCKENTHALER, *Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant*, D. 1998, p.53. Pour cet auteur, le fait que le commissionnaire ne soit jamais le propriétaire des marchandises qu'il vend est un argument lui permettant d'affirmer que la titularité de la créance (effet personnel) appartient nécessairement au commettant. Selon lui, cette solution découle également de ce que le contrat de commission est un procédé de représentation imparfaite. Dès lors si les actions directes (personnelles) entre le commettant et le tiers contractant ne sont pas mises en œuvre c'est en raison du caractère occulte du contrat de commission qui en paralyse l'exercice.

²⁵³³ Cette rupture est parfaitement possible dès lors que le lien *obligatio-debitum* n'est pas d'ordre public.

²⁵³⁴ M. MARTEAU-PETIT, *La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui*, RRJ 2002-1, p.255, spé. n°20.

²⁵³⁵ N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1355 et s. – *Adde*, les critiques adressées à la rigueur de l'obligation du commettant d'indemniser les pertes du commissionnaire par N. DISSAUX, *op. cit.*, n°1302 et s.

²⁵³⁶ Alinéa 2 : « Est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. »

505. Synthèse quant à la corrélation entre cadre fonctionnel d'expansion et domaine d'application du régime dérogatoire de la faute de fonction réparatrice. – La plupart des situations juridiques relevant du cadre fonctionnel d'expansion de l'entreprise relèvent également du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. Seules les situations de l'agent d'assurance et du commissionnaire font exception à ce modèle. Il n'était donc pas inutile, au stade de l'analyse fonctionnelle, de confronter la théorie du risque-profit à quelques situations fonctionnelles d'expansion puisque cela a permis de mettre en lumière les interactions possibles entre cette théorie et l'économie juridique parfois plus complexe de ces situations.

Fort de ce constat, il convient de poursuivre la démarche quant aux situations fonctionnelles de fait.

2. L'application aux situations fonctionnelles de fait

506. Lien de subordination de fait. – Alors que la jurisprudence a pu reconnaître l'application de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil lorsque le lien de préposition était purement factuel – établi entre membres de la famille ou entre amis²⁵³⁷ – elle ne s'est jamais prononcée sur l'application de la jurisprudence *Costedoat* à un préposé de fait²⁵³⁸. Tout juste a-t-elle admis l'application de ce régime au préposé bénévole d'une association sportive²⁵³⁹, sans qu'il soit néanmoins possible de déterminer si ce lien de préposition tirait sa source dans un engagement juridique ou dans une situation de fait.

Bien que les motifs de l'arrêt *Costedoat* ne fassent pas état d'une quelconque discrimination à raison de la source du lien de préposition, certains auteurs jugent que cela ne serait pas opportun dans la mesure où le fondement de cette immunité et de la responsabilité du commettant tiendrait à la répartition des risques de l'entreprise. Le régime ne pourrait donc s'appliquer qu'au salarié d'une entreprise²⁵⁴⁰. La théorie du risque-profit conduit à la même exclusion puisque si le critère tenant à la volonté du bénéficiaire de la fonction de profiter de l'activité du chargé de fonction est certainement caractérisable dans une situation de fait²⁵⁴¹, le profit dont il est question est rarement équipollent au profit économique escompté dans une

²⁵³⁷ V. *supra* n°80.

²⁵³⁸ En ce sens, N. PIERRE, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°17.

²⁵³⁹ Civ. 2, 12 mai 2010, n°08-20463.

²⁵⁴⁰ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°463 ; N. PIERRE, *op. cit.*, *loc. cit.* – Adde, C. BENOIT-RENAUDIN qui propose même de redéfinir le préposé comme « celui qui exerce une activité professionnelle au service d'autrui » (*La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°608).

²⁵⁴¹ Cela signifie que la situation fonctionnelle peut être tacitement acceptée de part et d'autre, sans qu'une quelconque convention ne soit issue de ce simple accord.

entreprise²⁵⁴², lequel a été retenu comme seul à même de rendre sa cohérence à la théorie du risque-profit²⁵⁴³.

L'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction fut également assez éclairante puisqu'elle a démontré que l'assimilation de la situation de fait à la situation de droit n'est généralement génératrice que d'obligations ou de devoirs supplémentaires, non de privilèges associés à la titularité de la fonction²⁵⁴⁴. Puisque conformément à la théorie du risque-profit, la faute de fonction réparatrice est amenée à produire ses effets dans le cadre fonctionnel spécifique qu'est l'entreprise, il est donc possible d'en tirer les conséquences dans l'analyse fonctionnelle en refusant au préposé de fait le bénéfice de l'irresponsabilité fonctionnelle²⁵⁴⁵.

Le régime approprié dans ce cadre serait donc celui d'une double responsabilité fonctionnelle, autrement dit du maintien de la garantie du commettant au profit de la victime. Le fondement de cette garantie résiderait alors dans l'existence du seul lien d'autorité, comme suffisant à justifier la responsabilité du détenteur de cette autorité de fait.

507. Lien de mandat de fait. – Le raisonnement opéré à propos du préposé de fait doit être repris s'agissant des dirigeants de fait. L'exclusion de l'irresponsabilité fonctionnelle s'impose ici à plus forte raison encore car la jurisprudence a toujours traité la responsabilité du dirigeant de fait de manière différente de celle du dirigeant de droit : fondée sur la *clausula generalis*²⁵⁴⁶ et non sur les textes spéciaux, leur responsabilité a été engagée sans qu'il soit jamais fait état de la faute détachable des fonctions²⁵⁴⁷. Cela semble valider le fait qu'il faille ne pas faire bénéficier aux dirigeants de fait de dispositions améliorant la situation du fautif²⁵⁴⁸.

La personne morale devrait-elle alors garantir ses fautes ? En l'absence d'un quelconque lien d'autorité pouvant fonder sa responsabilité, il est difficile de se montrer favorable à cette

²⁵⁴² Si le profit devait se définir largement, il faudrait au contraire admettre que le régime de la faute de fonction réparatrice s'applique dans le cadre d'un lien de préposition de fait.

²⁵⁴³ Par ailleurs, dans ces espèces, aucun patrimoine n'est véritablement **affecté** à l'activité dont il pourrait être tiré quelques richesses.

²⁵⁴⁴ V. *supra* n°132.

²⁵⁴⁵ Cette solution serait d'ailleurs applicable que le lien de préposition se soit épanoui dans ou en dehors du cadre de l'entreprise. C'est en ce sens que l'Académie des sciences morales et politiques se prononce puisque si l'article 17 consacre un régime fonctionnel dérogatoire en présence d'un contrat de travail, l'article 18 précise que « le préposé non salarié répond toujours de sa faute ». L'Académie des sciences morales et politiques propose que la responsabilité du commettant soit une responsabilité pour faute présumée puisqu'il pourrait « s'exonérer » en démontrant qu'il n'a pas commis de faute (V. A. OUTIN-ADAM, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.157).

²⁵⁴⁶ Article 1382 du Code civil.

²⁵⁴⁷ Com. 6 octobre 1981, JCP 1982, II, 19891, note G. NOTTE, D. 1983, p.133, note B. SOINNE – surtout, Com. 21 mars 1995, JCP 1996, II 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN ; Rev. sociétés 1995, p.504, note B. SAINTOURENS.

²⁵⁴⁸ Pour l'affirmation de cette interprétation des articles L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce, V. J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. Bib. De Droit privé, t. 477, 2007, n°103. – Contra, J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité des dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive* in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges GUYON*, Dalloz, 2003, p.41.

garantie. La victime pourrait alors faire appel à la théorie du mandat apparent²⁵⁴⁹ pour lui faire produire des effets de droit dans le domaine délictuel.

508. Exclusion des situations fonctionnelles de fait. – Bien que répondant substantiellement aux critères des situations fonctionnelles, les situations de fait doivent certainement être exclues du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice. En tant que situations « quasi-fonctionnelles »²⁵⁵⁰, elles pourraient toutefois entraîner l'un de ses effets : la responsabilité du bénéficiaire de la quasi-fonction. S'il a paru raisonnable d'évincer les situations fonctionnelles du mécanisme intégral de la faute de fonction réparatrice, est-il alors légitime de vouloir l'élargir à des situations parafonctionnelles ?

3. L'application aux situations parafonctionnelles

509. Précision terminologique. – Seront ici envisagées des situations qui bien que très proches des situations fonctionnelles, ne correspondent pas exactement à tous les critères exigés. Cette extrême proximité pourrait-elle autoriser un traitement juridique identique des fautes fonctionnelles et parafonctionnelles ? Cette possibilité de traiter partiellement les situations parafonctionnelles comme des situations fonctionnelles provient du mouvement initié au bénéfice des parasubordonnés²⁵⁵¹. Les développements seront cependant limités à deux cas de figure topiques, étant entendu que les solutions dégagées à leur propos pourront guider l'analyste pour d'autres hypothèses. Seront successivement traités le cas du sous-traitant (a.) puis celui du mandataire de droit commun (b.).

a. L'application au sous-traitant

510. Définitions. – D'après le conseil économique, le contrat de sous-traitance est une convention « par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un certain cahier des charges préétabli une partie des actes de production ou de service, dont elle conserve la responsabilité économique finale »²⁵⁵². L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 est plus précis puisqu'il dispose que « la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée

²⁵⁴⁹ V. *supra*, la théorie du mandat apparent, comme source autonome d'obligations, n°229.

²⁵⁵⁰ V. *supra* n°132.

²⁵⁵¹ La parasubordination est une notion issue du droit du travail italien. Elle désigne les agents appartenant à une catégorie intermédiaire entre les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants. Certains auteurs français se sont penchées sur ces agents particuliers : J. BARTHELEMY, *Le professionnel parasubordonné*, JCP E 1996, I, 606 ; *Essai sur la parasubordination*, Semaine soc. Lamy 2003, n°1134, p.6.

²⁵⁵² JO, avis et rapp., 26 avril 1973, p.305, cité par A. BENABENT, *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées*, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc.1450, 2001, spé., n°1.

sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »²⁵⁵³.

Parce que cette convention appartient à la catégorie des contrats d'entreprise²⁵⁵⁴, le sous-traitant agit en son nom et pour son compte. Il ne relève donc pas *a priori* des situations fonctionnelles²⁵⁵⁵. Effectivement, l'entreprise donneur d'ordre peut recourir à la sous-traitance en raison d'une surcharge dans son activité ou d'une insuffisance de spécialisation technique et il n'y a aucune raison alors de ne pas traiter la situation comme autre chose qu'un contrat d'entreprise classique. Les fautes commises par le sous-traitant envers les tiers engageront donc sa responsabilité délictuelle²⁵⁵⁶, à l'exclusion de celle de l'entrepreneur donneur d'ordre²⁵⁵⁷ qui n'est pas son commettant²⁵⁵⁸.

511. Rapprochement entre sous-traitance et situation fonctionnelle d'expansion. – La situation du sous-traitant peut toutefois se rapprocher de celle d'un chargé de fonction à deux égards.

D'abord, la sous-traitance peut parfois dissimuler une véritable situation fonctionnelle. C'est ainsi qu'il faut concevoir la « fausse sous-traitance »²⁵⁵⁹. Le donneur d'ordre fait alors appel à la sous-traitance à la seule fin de transférer les risques de son entreprise sur la tête du sous-traitant. Cette stratégie d'externalisation des risques peut finalement aboutir à une situation illicite puisqu'elle permet au donneur d'ordre de se départir de la charge du risque d'exploitation qu'elle aurait dû assumer²⁵⁶⁰. La conséquence logique de cette situation est la requalification du contrat de sous-traitance en contrat de travail²⁵⁶¹.

Ensuite, la sous-traitance pourrait être regardée comme une situation parafonctionnelle. Parce que le sous-traitant est un entrepreneur, il ne peut être fait état de l'altruisme de son activité²⁵⁶². N'est-il pas vrai, cependant, que le donneur d'ordre tire un avantage économique de l'activité exercée ? La tentation est grande, alors, d'obliger le donneur d'ordre à garantir les fautes de son sous-traitant²⁵⁶³, et ce d'autant plus que la loi l'oblige déjà à garantir l'exécution défectueuse du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage. Ce pas est parfois franchi par la

²⁵⁵³ La loi n'envisage donc la sous-traitance que dans le cadre d'une succession de contrats.

²⁵⁵⁴ A. BENABENT, *op. cit.*, n°21 et s.

²⁵⁵⁵ Sur l'impossibilité qu'il y a à qualifier la situation fonctionnelle dans un contrat d'entreprise, V. *supra* n°122.

²⁵⁵⁶ A. BENABENT, *op. cit.*, n°113.

²⁵⁵⁷ Civ. 3, 8 septembre 2009, D. 2010, p.239, note N. DISSAUX.

²⁵⁵⁸ Civ. 3, 22 septembre 2010, D. 2010, p.2227, obs. X. DELPECH.

²⁵⁵⁹ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009, n°460 et s.

²⁵⁶⁰ *Ibidem*.

²⁵⁶¹ *Ibidem*.

²⁵⁶² V. *supra* n°122.

²⁵⁶³ Certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'étendre le principe de la responsabilité du fait d'autrui au fait des auxiliaires d'une entreprise qui, sans être en état de subordination sont dans un état de dépendance économique, l'entreprise tirant profit de leur activité (P. KAYSER, *Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France*, RRJ 2000-2 p.445, spé. n°25).

doctrine qui propose de fonder l'action du tiers contre le donneur d'ordre sur l'article 1384 alinéa 1 du Code civil²⁵⁶⁴.

La théorie du risque-profit ne semble toutefois pas suffire pour expliquer l'existence de cette garantie. En effet, la doctrine semble davantage sensible à la situation de dépendance du sous-traitant à l'égard du donneur d'ordre. Or, cette dépendance n'est pas une dépendance économique puisque la doctrine explique que le contrat de sous-traitance a alors « pour effet de transférer au contractant dominant les prérogatives de pouvoir-maîtrise sur l'activité du contractant dominé » ; le sous-traitant ne dispose plus d' « aucun pouvoir d'initiative propre quant au choix des moyens et des techniques d'exploitation, ou quant à la détermination de la politique économique et commerciale » de son activité²⁵⁶⁵. Le fondement politique de cette garantie semble alors relever de la théorie de la maîtrise²⁵⁶⁶, avatar diachronique de la théorie du risque-autorité. Cette proposition semble avoir été agréée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations par le biais de l'article 1360 rédigé comme suit : « En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de son activité ». Les fautes du sous-traitant pourraient ainsi donner lieu à l'application de cette nouvelle règle²⁵⁶⁷.

A ce titre, et compte tenu des limites découvertes au sujet du fondement de la théorie de la maîtrise²⁵⁶⁸, le transfert intégral de la responsabilité sur le donneur d'ordre ne sera pas proposé²⁵⁶⁹.

En l'absence de toute subordination, le cas du mandataire de droit commun ne relève pas de la même problématique.

b. L'application au mandataire de droit commun

512. Cause de l'exclusion des situations fonctionnelles. – Tandis que la situation fonctionnelle est caractérisée pour les mandataires dirigeants en raison de la permanence de la fonction exercée²⁵⁷⁰, elle sera écartée pour l'agent mandaté pour une seule opération.

La distinction semble avoir été intégrée par le droit positif qui retient que « le mandataire professionnel est personnellement responsable envers les tiers lésés des délits ou quasi-délits

²⁵⁶⁴ C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p.275.

²⁵⁶⁵ C. DEL CONT, *op. cit.*, p.244.

²⁵⁶⁶ C. DEL CONT, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁶⁷ P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, *La responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, Liber amicorum, LGDJ, 2008, p.579, spé.n°6.

²⁵⁶⁸ V. *supra* n°420.

²⁵⁶⁹ *Contra*, C. DEL CONT, *op. cit.*, p.276.

²⁵⁷⁰ V. *supra* n°125 et s.

qu'il peut commettre, soit spontanément, soit même sur les instructions du mandant, dans l'accomplissement de sa mission »²⁵⁷¹.

Cette solution semble confirmer que l'enrichissement par le lien fonctionnel d'expansion²⁵⁷² n'est pas vain, la théorie du risque-profit étant inapte à justifier de certaines discriminations²⁵⁷³. Si l'irresponsabilité fonctionnelle semble exclue²⁵⁷⁴, il serait possible de justifier d'une responsabilité fonctionnelle cumulative dans l'hypothèse où le mandataire agirait certes ponctuellement mais pour le compte d'une entreprise, selon les modalités envisagées par l'avant-projet de réforme du droit des obligations²⁵⁷⁵. A ce titre le mandataire serait en effet placé dans une situation parafonctionnelle à raison de la ponctualité de son intervention.

513. Conclusion du § 2. – Quant au défendeur à l'action en responsabilité, le domaine d'application du régime de la faute de fonction correspond en principe au cadre fonctionnel d'expansion identifié comme l'entreprise lors de l'analyse conceptuelle de la faute de fonction. Seuls les agents d'assurance et les commissionnaires font figure d'exception, l'analyse fonctionnelle ayant été le lieu privilégié d'une confrontation de la théorie du risque-profit enrichie d'autres considérations.

Cependant, l'analyse fonctionnelle a permis la reconnaissance de deux catégories : les quasi-fonctions et les situations parafonctionnelles. Si ces dernières doivent rester étrangères au régime de la faute de fonction réparatrice en tant que système binaire, elles pourraient justifier d'une responsabilité-garantie²⁵⁷⁶ du bénéficiaire de la quasi-fonction ou de la parafonction. Ce n'est pourtant pas leur proximité avec les situations fonctionnelles qui justifierait cette dérogation mais la notion de maîtrise.

La circonscription stricte du domaine d'application semble à même de rassurer les moins enclins à admettre le régime dérogatoire de la faute de fonction. La restriction du champ d'application de ce régime à raison du demandeur à l'action en responsabilité participera elle aussi de cette œuvre d'apaisement.

²⁵⁷¹ Civ. 1, 13 octobre 1992, B. n°250.

²⁵⁷² V. *supra* n°440.

²⁵⁷³ Il est en effet incontestable que l'activité du mandataire produira ses effets dans le seul patrimoine du mandant.

²⁵⁷⁴ Civ. 1, 18 mai 2004, B. n°141 – V. cependant une décision isolée, Civ. 1, 2 février 1999, RCA 1999, p.142.

²⁵⁷⁵ V. *supra* n°511.

²⁵⁷⁶ V. *infra* n°571 et s.

§ 3. La circonscription du domaine à raison du demandeur à l'action en responsabilité

514. Etat du droit positif actuel : actions contre le préposé. – A première vue, la considération pour le caractère fonctionnel de la faute et le régime qui en découle ne concerne que les actions en responsabilité dirigées par des tiers à la situation fonctionnelle du préposé. Tant l'article 1384 alinéa 5 du Code civil que la jurisprudence *Costedoat* en attestent²⁵⁷⁷. Formellement le régime de la faute de fonction réparatrice n'est donc pas appliqué lorsque le commettant entend agir contre son préposé.

Cette action en responsabilité est de nature contractuelle et connaît d'un régime différent : le commettant-employeur devra démontrer la faute lourde du préposé-salarié. Or, il est notable que le seuil du fait générateur de cette responsabilité a été élevé par la jurisprudence, laissant apparaître que la réelle motivation de cette responsabilité est sans doute moins réparatrice que sanctionnatrice²⁵⁷⁸.

515. Etat du droit positif actuel : actions contre le mandataire dirigeant. – A lire les motifs de l'arrêt *Seusse*, le régime dérogatoire de la faute de fonction ne serait applicable que lorsque le demandeur à l'action en responsabilité est un tiers à la situation fonctionnelle²⁵⁷⁹. C'est d'ailleurs en considération de cette apparente restriction que la doctrine a tenté d'expliquer et de fonder les solutions dérogatoires fonctionnelles sur la théorie de la représentation²⁵⁸⁰ ou sur celle de l'écran social²⁵⁸¹. Il est en effet parfaitement acquis que le mandat, parangon de la représentation, implique des obligations et génère des effets différents selon qu'il est question de la relation mandant-mandataire, de la relation mandataire-contractant ou de la relation mandant-contractant²⁵⁸². L'écran social quant à lui n'existe que dans les relations externes à la personne morale et disparaît dans les relations internes à la personne morale.

²⁵⁷⁷ L'arrêt *Costedoat* précise que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant » (AP, 25 février 2000, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN).

²⁵⁷⁸ V. *infra* n°607 et s..

²⁵⁷⁹ L'arrêt *Seusse* s'exprime ainsi : « 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 » (Com. 20 mai 2003, réf. préc.). – V. déjà, les motifs de l'arrêt *Vergnet*, Com., 28 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP E 1998, p.1258, note Y. GUYON, JCP 1998, II, 10177, note D. OHL, D. aff. 1998, p.1008, obs. A.L. ; RTD civ. 1999, p.99, obs. P. JOURDAIN, Rev. sociétés 1998, p.767, note B. SAINTOURENS.

²⁵⁸⁰ S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°618 et 639.

²⁵⁸¹ Par ex., J. REDENIUS-HOERVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 517, 2010, n°177.

²⁵⁸² V. *supra* n°37.

Suivant cette logique, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait rejeté l'action d'une société contre son gérant en l'absence de faute détachable des fonctions²⁵⁸³. Il s'en suit que la faute invocable par la société à l'encontre de son dirigeant sera toute violation de la loi ou du règlement, toute violation des statuts ou toute faute de gestion, sans qu'il soit nécessaire de démontrer en outre son caractère détachable²⁵⁸⁴.

Cette compréhension du régime de la faute de fonction explique également les vives critiques suscitées par l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 17 janvier 2002²⁵⁸⁵. Cette décision entendait effectivement soumettre les actionnaires exerçant leur action individuelle à la démonstration d'une faute détachable des fonctions pour engager la responsabilité civile du dirigeant de leur société. Contrairement à la Cour d'appel, la doctrine considérait qu'il était erroné de qualifier les actionnaires de « tiers »²⁵⁸⁶ et surtout de les soumettre à l'exigence de la faute détachable des fonctions²⁵⁸⁷.

Cette doctrine doit être approuvée quant à l'analyse qu'elle fait des actionnaires : l'analyse conceptuelle a en effet démontré que les dirigeants étaient les mandataires de la collectivité des associés²⁵⁸⁸. A tout le moins, il est donc difficile de traiter l'associé comme un tiers *penitus extranei*²⁵⁸⁹.

Semblant suivre cette logique, la Chambre commerciale a démenti la solution de la Cour d'appel de Versailles en décidant que « la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles

²⁵⁸³ Civ. 1, 15 mai 2007, n°06-12317.

²⁵⁸⁴ Pour une typologie des fautes reprochables au mandataire dirigeant, V. J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, spé. n°669 et s. – V. *infra* n°623 et s. et 647.

²⁵⁸⁵ CA Versailles, 17 janvier 2002 Bull. Joly 2002 §111 note J.-F. BARBIERI – Dans le même sens, CA Bordeaux, 4 février 2009, Dr. sociétés 2009, comm. 159, note D. GALLOIS-COCHET ; Cahier de Jurisprudence d'Aquitaine et de Midi-Pyrénées, 2009-2, n°AB.1426, obs. R. RAFFRAY.

²⁵⁸⁶ Pour qualifier les actionnaires de « tiers », la Cour d'appel s'était appuyée sur l'article L. 225-251 du Code de commerce. Ce texte régit la responsabilité des administrateurs « envers la société ou envers les tiers ». Partant du constat que les actionnaires n'étaient pas la société, la Cour d'appel en conclut qu'ils appartiennent nécessairement à la catégorie des tiers. La doctrine estime qu'il s'agit là d'une « dichotomie primitive » (J.-F. BARBIERI, réf. préc., spé. n°2).

²⁵⁸⁷ J.-F. BARBIERI, réf. préc. ; J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°279.

²⁵⁸⁸ V. *supra* n°66.

²⁵⁸⁹ Même si la qualification de mandat entre le dirigeant et l'associé pris individuellement n'est pas retenue, il est difficile de voir dans l'associé un « tiers » à la société dès lors que celui-ci peut se prévaloir du contrat de société (H. LE NABASQUE, réf. préc. ; R. RAFFRAY, réf. préc.) et participe à la vie sociale (D. CHOLET, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, D. 2004, p.1141).

Parmi les partisans d'une analyse plus institutionnelle, les actionnaires ne doivent pas, en tant que « propriétaires de la société », être traités comme de « simples tiers » (J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 517, 2010, n°275).

Certains auteurs proposent enfin d'expliquer la non soumission des associés à l'exigence d'une faute détachable des fonctions à leur qualité de « membres » (S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°485 et s.).

avec l'exercice normal des fonctions sociales »²⁵⁹⁰. Ce refus de soumettre les actionnaires à la faute détachable peut probablement s'expliquer de façon analogue au refus de soumettre l'employeur au régime applicable aux tiers : par la finalité de l'action en responsabilité.

516. Demandeurs à l'action et finalités de l'action en responsabilité²⁵⁹¹. – La responsabilité poursuit principalement deux fonctions : une fonction d'indemnisation et une fonction de sanction²⁵⁹². Alors que le régime de responsabilité opposable aux tiers vise prioritairement l'obtention d'une réparation légitime de son dommage, l'action en responsabilité exercée par celui pour lequel la fonction est exercée – commettant ou personne morale – contre le chargé de fonction – préposé ou mandataire dirigeant – est peut-être davantage imprégnée de velléités sanctionnatrices. Il faut en effet rappeler que si le commettant-employeur dispose du pouvoir de sanctionner le préposé-salarié par des mesures disciplinaires²⁵⁹³, la société et les associés en sont dépourvus²⁵⁹⁴. D'un strict point de vue disciplinaire, l'alternative est la suivante : ou bien la révocation du dirigeant²⁵⁹⁵ ou bien le maintien du mandat. L'engagement de la responsabilité civile pourrait alors constituer une « sanction du milieu »²⁵⁹⁶ à la disposition de la société et des associés. Dès lors, le régime de la faute de fonction réparatrice et son fondement deviennent inopérants.

517. Conclusion de la section 1. – Trois enseignements peuvent être tirés de l'étude du domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice.

D'abord, ce régime ne pourra être invoqué qu'à l'endroit des agents placés dans une relation fonctionnelle, ce qui conforte une certaine adéquation entre le cadre fonctionnel d'expansion découvert – l'entreprise – et le domaine d'application de ce régime dérogatoire. Or, cette adéquation confirme également que la fondement de ce mécanisme réside effectivement dans la nature des liens unissant le bénéficiaire de la fonction – commettant et personne morale – et le chargé de fonction – préposé et mandataire dirigeant –. Seuls les agents d'assurance et les commissionnaires font figure d'exception, l'analyse fonctionnelle ayant mis en évidence une économie contractuelle spécifiquement dérogatoire pour ces situations.

²⁵⁹⁰ Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H. LE NABASQUE.

²⁵⁹¹ La proposition entend pouvoir régler la question relative à d'autres demandeurs dont le sort ne sera pas scellé ici : les tiers intéressés. A ce propos, V. S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°492.

²⁵⁹² V. *supra* n°382.

²⁵⁹³ Une partie de la doctrine note, à juste titre, que dans la sphère interne à la situation fonctionnelle, la fonction normative prend le pas sur la fonction d'indemnisation, y compris pour ce qui concerne le commettant et son préposé (C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°94).

²⁵⁹⁴ V. *infra* n°626.

²⁵⁹⁵ Il est également possible de « convaincre » un dirigeant associé de se désengager de la société par la vente de ses parts sociales.

²⁵⁹⁶ Allant dans le même sens, certains invoquent la nécessité de protéger la société du dirigeant dont elle est tributaire (S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°458) et d'éviter l'instrumentalisation de la société par des agents souhaitant se mettre à l'abri de « l'habit social » (S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°469).

Ensuite, cette étude a permis l'émergence fonctionnelle de deux catégories : les quasi-fonctions et les situations parafonctionnelles. Si ces dernières doivent rester étrangères au régime de la faute de fonction réparatrice en tant que système binaire, elles pourraient justifier d'une responsabilité-garantie.

Enfin, ce régime juridique n'est concevable que dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle car il est étroitement lié à une logique de pure réparation. C'est pourquoi, il n'est mis en œuvre que dans le cadre d'une action déclenchée par un tiers à la situation fonctionnelle, étant entendu que l'action du bénéficiaire de la fonction contre le chargé de fonction relève davantage d'une logique sanctionnatrice, dont le régime est distinct de celui de la faute de fonction réparatrice. Le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice en attestera également.

Section 2.

Le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice

518. Les principales caractéristiques du régime de la faute de fonction réparatrice. – Ces dernières ont déjà été décrites : d’abord, ce régime produit des effets dérogoires à la responsabilité pour faute personnelle puisqu’il conduit à engager la responsabilité du commettant ou de la personne morale pour une faute qu’aura commise un préposé ou un mandataire dirigeant tandis qu’il impose l’irresponsabilité de l’agent fautif. Ensuite, il paraît s’ordonner autour de l’intensité du lien fonctionnel de la faute.

519. Analyse technique. – L’une des principales difficultés réside dans l’absence dans le silence gardé par le droit positif sur le mécanisme juridique conduisant à ces deux effets dérogoires. Celui-ci se contente de renvoyer à un résultat – responsabilité/irresponsabilité – sans jamais décrire la technique juridique permettant de l’atteindre. La situation est notamment topique s’agissant de l’irresponsabilité civile des chargés de fonction que sont les préposé et mandataire dirigeant. Apparue postérieurement à la responsabilité fonctionnelle, elle invite en premier lieu à être analysée distinctement. Dans cette perspective, les causes d’irresponsabilité pouvaient être multiples : la principale cause – l’absence d’une ou plusieurs conditions légales de responsabilité civile – ayant été écartée, il est nécessaire de se prononcer sur la seconde cause possible : l’existence d’une immunité.

Cette analyse isolée de l’irresponsabilité présuppose cependant que l’existence simultanée de la responsabilité fonctionnelle et de l’irresponsabilité fonctionnelle soit techniquement considérée comme une coïncidence. N’est-il pas possible d’admettre, au contraire, que responsabilité fonctionnelle et irresponsabilité fonctionnelle sont corrélatives ? Si tel est le cas, quel instrument technique autorise cette corrélation ? Enfin, comment s’opère-t-elle ?

C’est donc progressivement que le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice sera dévoilé : l’insuffisance du mécanisme de l’immunité (§ 1.), conduisant à envisager le recours à la notion d’imputation (§ 2.), permettra finalement de s’interroger sur la spécificité de l’imputation fonctionnelle (§ 3.).

§ 1. L’insuffisance du mécanisme de l’immunité

520. Opinions doctrinales. – Si les arrêts *Vergnet* et *Costedoat* ont eu pour conséquence attendue une multiplication des études relatives à la responsabilité ou à l’irresponsabilité des dirigeants sociaux et des préposés, ils ont également alimenté une littérature *a priori* plus éloignée de la question de la faute de fonction, puisque relative aux immunités. Ces dernières avaient suscité de nombreuses études, essentiellement en droit pénal et en droit public, qui devaient prendre un nouveau relief, à partir de l’apparente émergence en droit positif d’une

nouvelle catégorie d'immunité s'appliquant en droit civil²⁵⁹⁷. Que les recherches menées prennent pour point de départ la notion d'immunité du droit privé ou le régime de la responsabilité des préposé et mandataire dirigeant, la doctrine semble éprouver un certain attrait pour l'immunité²⁵⁹⁸.

521. Définition générale du mécanisme de l'immunité. – D'une manière générale l'immunité s'entend d'une « exemption d'une charge ou d'un devoir »²⁵⁹⁹. La figure est relativement connue en droit pénal où elle est décrite comme un « privilège dont jouissent plusieurs catégories de personnes, soit pour l'ensemble des infractions qu'elles commettraient, soit pour certaines d'entre elles seulement »²⁶⁰⁰ ou comme une « cause d'impunité définitive ou temporaire »²⁶⁰¹. Il n'est guère possible de proposer une définition plus précise en raison de l'hétérogénéité de la catégorie, notamment attestée par l'énoncé des différents types d'immunités connus : immunité-inviolabilité, immunité-irresponsabilité, immunité de fond, immunité procédurale, immunité personnelle, immunité fonctionnelle, etc. Cette caractéristique présente l'inconvénient de rendre difficile une vision synthétique de la notion mais offre ici l'avantage de multiples propositions susceptibles de correspondre au régime de la faute de fonction amorcé en droit positif.

522. Préférence doctrinale pour l'immunité de procédure. – Actuellement, la doctrine analyse l'immunité du préposé comme une immunité de procédure car cette dernière est réputée être la seule à pouvoir agir en présence des conditions d'engagement de la responsabilité de l'agent. Cependant, l'ambiguïté est maintenue tant par le droit positif que par les études doctrinales ayant proposé un nouveau visage possible de l'immunité de fond, compatible avec le maintien de l'illicéité. C'est pourquoi les deux pistes doivent être successivement suivies : d'abord les arguments en faveur de l'immunité procédurale (**A.**) puis les limites de la qualification d'immunité procédurale (**B.**).

²⁵⁹⁷ Pour une étude menée en ce sens, V. V. EGEA, *L'immunité en droit privé*, RRJ 2008-4, p.1977.

²⁵⁹⁸ A propos du préposé : A. PAULIN, *L'embellie de l'infraction pénale « désimmunisante »*, RRJ 2006-1, p.97 ; M. BACACHE, *L'immunité du préposé*, in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques CEPRISCA, 2009, p.15 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t.520, 2010, n°44 ; F. COCQUILLON, *Vers une immunité civile du salarié ? A propos des arrêts de la Cour de cassation du 25 février 2000 et du 14 décembre 2001*, Droit ouvrier Août 2002, p.375 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°812 et s. A propos du dirigeant social : X. LUCAS, obs. sous Civ. 3, 7 décembre 2005, Dr. sociétés 2006, comm. 54 ; J. TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 477, 2007, n°103 *in fine*.

²⁵⁹⁹ C. CHOUCKROUN, *L'immunité*, RSC 1959, p.29.

²⁶⁰⁰ P. M. GAUDEMET, *Immunités*, Rép. pén. Dalloz, 1968, n°1.

²⁶⁰¹ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *Justice pénale et décisions politiques : réflexion à partir des immunités et privilèges de juridiction*, RSC 2003, p.247, spé. p.248.

A. Les arguments en faveur d'une immunité procédurale²⁶⁰²

523. Mécanisme de « paralysie d'une prérogative processuelle »²⁶⁰³. – En premier lieu, le caractère processuel de cette immunité présente l'avantage de respecter le maintien de l'illicéité du comportement des agents « protégés ».

Le mécanisme de l'immunité procédurale repose en effet sur la distinction entre le droit substantiel et le droit d'action – le second permettant en principe la réalisation du premier. L'immunité procédurale opère sur le droit d'action, qu'elle paralyse, empêchant la réalisation du droit substantiel.

Le plus illustre exemple de cette figure est sans doute l'immunité familiale légalement consacrée en droit pénal pour certaines infractions contre les biens²⁶⁰⁴. Conformément à la lettre de l'article 311-12 du Code pénal qui dispose que « ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne au préjudice de son ascendant ou de son descendant », il s'agit d'une immunité procédurale²⁶⁰⁵ qui ne fait pas disparaître l'infraction²⁶⁰⁶ mais paralyse l'action publique au bénéfice des seules personnes visées par ce texte²⁶⁰⁷, « pour une raison de cohésion familiale »²⁶⁰⁸. L'illicéité pénale sauvegardée par le caractère processuel de l'immunité ne devrait dès lors pas constituer un obstacle à la poursuite des autres participants à

²⁶⁰² En lieu et place de l'immunité procédurale, certains auteurs ont décrit une « immunité judiciaire » (M. BACACHE, *op. cit.*, spé. p.22). Son analyse correspond cependant à celle d'une immunité procédurale.

²⁶⁰³ V. EGEEA, *L'immunité en droit privé*, RRJ 2008-4, p.1977, spé. p.1999.

²⁶⁰⁴ Il existerait d'autres immunités familiales, diversement qualifiées d'immunités de fond ou d'immunités procédurales, notamment. – Sur ce point, V. *infra* note de bas de page n°2668.

²⁶⁰⁵ Ou « immunité-irrecevabilité » (Y. MAYAUD, *Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ?* in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen George WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p.541, spé. p.543 ; P. MOUSSERON, *Les immunités familiales*, RSC 1998, p.291) ou encore « immunité de poursuite » (J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^{ème} éd., 2010, n°829).

²⁶⁰⁶ W. JEANDIDIER, *Vol*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, 2005.

²⁶⁰⁷ La jurisprudence a cependant opté pour certaines solutions peu compatibles avec la nature processuelle de cette immunité.

Tout d'abord, elle juge que l'infraction doit avoir été commise alors que l'auteur était le conjoint de la victime (à propos d'un abus de confiance : Crim. 13 mars 1951, B. n°90 – Crim. 4 décembre 1958, D. 1959, p.1974 – Crim. 3 mai 1967, D. 1967, somm. p.98 ; à propos d'un vol : Trib. corr. Seine, 8 avril 1921, DP 1922, p.4 ; à propos d'une escroquerie : Trib. corr. Seine, 27 décembre 1946, D. 1947, p.158). C'est dire que la règle, en principe procédurale, suit le régime des règles de fond : l'appréciation de l'immunité se faisant non au jour des poursuites mais au jour de la commission de l'acte (en faveur de l'appréciation de l'immunité au jour des poursuites, E. GARCON, *Code pénal annoté*, Sirey 1901-1906, t. I, article 380, n°25-26 ; A VITU, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n°2248). La doctrine suppose que suivant cette logique, la disparition du lien familial postérieure à la commission de l'infraction ne ferait pas disparaître le bénéfice de l'immunité (A. VITU, *op. cit.*, n°2248 – *Contra*, E. GARCON, *op. cit.*, n°27). Il existe certes des raisons solides de retenir cette solution tenant à la volonté d'éviter les fraudes à la loi mais il est dommage que la poursuite de l'efficacité se fasse au détriment de la logique juridique et politique de cette immunité (E. GARCON, *op. cit.*, n°25-26).

Ensuite, la Cour de cassation, statuant sur un problème de conflit de lois dans le temps, a affirmé que les dispositions relatives à l'immunité ont pour effet « d'édicter une cause d'exonération objective qui a pour conséquence de rendre impossible et irrecevable toute action pénale ; il s'agit bien en conséquence d'une règle de fond et non d'une règle de procédure » (Crim. 14 novembre 2007, Dr. pén. 2008, comm. 16, obs. M. VERON). – Sur ce point, V. Y. MAYAUD, *Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ?* in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen George WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p.541.

²⁶⁰⁸ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n°829. Il y est également question de « décence ».

l'infraction²⁶⁰⁹. Ce *modus operandi* semble pouvoir être transposé au droit de la responsabilité civile.

La doctrine explique ainsi que tandis que la créance indemnitaire de l'agent fautif subsiste, la victime ne peut réaliser son droit à réparation car l'immunité a paralysé son droit d'action²⁶¹⁰. Là encore, l'option choisie par la doctrine est celle d'une immunité procédurale²⁶¹¹.

524. Indices favorables à cette analyse. – Si la notion d'immunité est apparue très vite dans l'analyse doctrinale de la situation du mandataire dirigeant et surtout du préposé, elle est restée longtemps absente des motifs de la Cour de cassation. Ce n'est que de nombreuses années après l'émergence de la jurisprudence *Costedoat* que la première chambre civile, dans un arrêt du 12 juillet 2007²⁶¹² a affirmé que « l'immunité [du préposé] n'emportant pas irresponsabilité de son bénéficiaire, [elle] ne faisait pas obstacle à l'exercice, par [l'assureur du commettant], de son recours subrogatoire à l'encontre de [l'assureur du préposé], tenu [...], en sa qualité d'assureur de responsabilité, à prendre en charge les conséquences dommageables des fautes commises par son assuré ».

Par ce motif, la Cour de cassation ne consacre pourtant pas explicitement la nature de l'« impunité » du préposé issue de la jurisprudence *Costedoat*. L'immunité qu'elle prend soin de distinguer de l'irresponsabilité n'est ici que l'immunité prévue par l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances et protégeant les préposés des recours subrogatoires de l'assureur de leur commettant puisqu'elle rappelle dans sa phrase précédente que « **l'immunité édictée par l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances** ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice par l'assureur qui a indemnisé la victime de son recours subrogatoire contre l'assureur de responsabilité de l'une de ces personnes ».

Pour mieux comprendre l'incertitude qui entoure l'interprétation de cet arrêt²⁶¹³, il n'est pas inutile de rappeler le contexte dans lequel la solution a été rendue. La victime d'une erreur médicale avait été indemnisée par l'assureur de l'établissement de santé au sein duquel le médecin fautif exerçait sa profession. A la suite de l'indemnisation, l'assureur avait entendu exercer un recours subrogatoire à l'encontre de l'assureur du médecin préposé, ce qui avait été

²⁶⁰⁹ A propos du coauteur : Ch. Réunies, 25 mars 1845, DP 1845, p.178 ; à propos du receleur : Crim. 6 novembre 1936, RSC 1936, p.298, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES.

Cela ne se vérifiait pourtant pas totalement en droit positif puisque le complice avait pu lui aussi bénéficier de l'immunité (Crim. 6 février 1920, DP 1921, p.67). La solution, fortement critiquée (E. GARCON, *op. cit.*, n°66 ; W. JEANDIDIER, *réf. préc.*, n°143 ; P. MOUSSERON, p.298), est peut-être devenue obsolète (en ce sens, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^{ème} éd., 2010, n°829), ce que les approximations de la jurisprudence actuelle ne permettent pas de vérifier (par exemple, CA Aix-en-Provence, 15 décembre 1999, JurisData n°1999-116821, l'arrêt affirmant que « l'immunité familiale, si elle bénéficie au complice, ne profite pas au co-auteur »).

²⁶¹⁰ V. EGEA, *op. cit.*, n°29 et 35.

²⁶¹¹ V. EGEA, *op. cit.*, n°41.

²⁶¹² JCP 2007, II, 10162, note S. HOCQUET-BERG ; RCA 2007, comm. 334, obs. H. GROUDEL ; LPA, 12 décembre 2007, p.17, note J.-F. BARBIERI ; D. 2007, p.2908, note S. PORCHY-SIMON.

²⁶¹³ Plusieurs commentateurs font état de cette difficulté : H. GROUDEL, *op. cit.* ; S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*

admis par la Cour d'appel. L'assureur du médecin préposé s'était pourvu en cassation invoquant d'une part les règles issues de la jurisprudence *Costedoat* et d'autre part l'impossibilité d'une action subrogée contre l'assureur d'un préposé immunisé par l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances.

Dès lors que la Cour de cassation ne semble pas répondre directement et explicitement à l'argument tenant à l'impossibilité pour le patient d'engager la responsabilité du médecin préposé ayant agi sans excéder les limites de sa mission et paraît se contenter de rappeler une solution devenue classique en droit des assurances, à savoir le refus d'étendre l'immunité légale du préposé à son assureur²⁶¹⁴.

Une question identique avait surgi après que fut reconnue l'action directe de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable²⁶¹⁵. L'action directe contre l'assureur restait-elle ouverte lorsque l'agent fautif bénéficiait de l'une des immunités de l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances²⁶¹⁶ ? Un auteur proposait l'alternative suivante : « est-ce la dette de l'assuré qui se trouve éteinte ou seulement le droit d'agir en justice contre lui, auquel cas, même non susceptible d'être ramenée à exécution, cette dette resterait sous-jacente et permettrait de fonder l'action directe de la victime »²⁶¹⁷. La Cour de cassation a clairement choisi la seconde option²⁶¹⁸.

Cette proposition doit être doublement transposée pour expliquer l'arrêt de 2007 car à cette date, le préposé bénéficie d'une double protection²⁶¹⁹ visée par les moyens au pourvoi. Il faudrait donc admettre que la jurisprudence *Costedoat* opère de la même façon que l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances en laissant subsister une dette de réparation sur le tête du préposé tout en paralysant l'action de la victime et, partant, du commettant. Selon cette analyse, l'irresponsabilité du préposé relèverait d'une « immunité procédurale strictement personnelle »²⁶²⁰. La créance de réparation de la victime serait ainsi successivement transmise au commettant responsable sur le fondement de l'article 1384 du Code civil puis à l'assureur du commettant ayant indemnisé la victime.

²⁶¹⁴ Si dans un premier temps, la Cour de cassation avait opté pour l'extension de l'immunité à l'assureur (Civ. 28 octobre 1947, D. 1948, p.13, note P. L.-P.), elle s'était ensuite ravisée (Civ. 1, 8 décembre 1993, B. n°357 ; RCA 1994, comm. 29 et chron. 3, *La boucle est bouclée (A propos de l'immunité contre un recours subrogatoire)*, H. GROUDEL ; D. 1994, p.235, note B. BEIGNER) : saisie du recours subrogatoire de l'assureur d'un commettant contre l'assureur d'un préposé, elle avait finalement décidé que l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances faisant figure d'exception, devait recevoir une interprétation stricte (H. GROUDEL *et alii*, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. Traités, 2008, n°1163). L'assureur des personnes immunisées n'étant pas visé, il ne peut bénéficier lui aussi de l'immunité.

²⁶¹⁵ Cass. 14 juin 1926, DP 1927, p. 57, note L. JOSSERAND et rapp. A. COLIN ; S. 1927, p.25, note P. ESMEIN.

²⁶¹⁶ Le débat existait également dans le cas d'une renonciation de la victime à recourir contre le responsable.

²⁶¹⁷ H. GROUDEL *et alii*, *op. cit.*, n°1980.

²⁶¹⁸ Elle admet également le recours contre l'assureur de celui qui bénéficie d'une renonciation conventionnelle (Civ. 1, 26 mai 1993, RCA 1993, comm. 317 et chron. 30, H. GROUDEL).

²⁶¹⁹ Certains auteurs parlent d'une « immunité à double détente » (H. GROUDEL, note sous l'arrêt, n°6) ou d'une « double immunité » (S. PORCHY-SIMON, note sous l'arrêt, n°5).

²⁶²⁰ S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, n°7.

525. Avantages présumés de cette analyse. – Cette explication est assez séduisante tant en pratique qu'en théorie.

En pratique, elle devrait permettre à la victime d'exercer une action directe contre l'assureur du préposé, à défaut de pouvoir agir contre le préposé lui-même²⁶²¹. Cela ne serait toutefois possible qu'autant que le préposé disposera d'une assurance personnelle couvrant les risques liés à son activité, ce qui n'est pas la norme. Ainsi, le cas de figure ayant conduit à la décision de la première chambre civile pourrait ne pas se reproduire depuis que la loi du 4 mars 2002 a créé l'article L. 1142-2 du Code de la santé publique, prévoyant que « l'assurance des professionnels de santé, des établissements, services et organismes mentionnés au premier alinéa couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur est impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ». L'établissement étant nécessairement assuré pour ce type d'acte, il n'y a plus guère d'intérêt pour leurs salariés à s'assurer pour les mêmes risques²⁶²².

Sur le plan théorique, la scission entre droit substantiel et droit d'action semble offrir la seule explication possible²⁶²³ car elle répond à l'exigence récemment rappelée d'une dette de l'assuré née de circonstances ayant engagé sa responsabilité²⁶²⁴. Pourtant la construction théorique ayant permis d'admettre la solution de 1993 n'est peut-être pas totalement transposable à l'immunité « post-*Costedoat* ».

526. Approximations de la justification de la solution. – L'analyse consistant à distinguer la dette de réparation de l'action permettant d'en exiger l'exécution est certainement la seule qui puisse expliquer la solution de la Cour de cassation et il est probable que cette dernière ait effectivement suivi ce raisonnement. Cependant, plusieurs arguments se dressent contre l'admission du recours de l'assureur du commettant contre celui du préposé.

En premier lieu, les règles de la subrogation²⁶²⁵ ne semblent pas vraiment respectées par cette solution²⁶²⁶. En effet, en admettant que la dette de réparation persiste et donc que la créance de réparation se transmette, cette dernière peut-elle suffire à conférer un recours subrogatoire à l'assureur du commettant ? N'est-il pas nécessaire que l'action elle-même soit transmise ?

²⁶²¹ Dans des arrêts récents ayant consacré la solution *Costedoat* dans le régime des accidents de la circulation, un auteur a noté que l'assurance automobile restait efficace dès lors que le préposé ne bénéficiait que d'une immunité procédurale dont ne saurait arguer son assureur (N. PIERRE, note sous Civ.2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°9).

²⁶²² H. GROUDEL, note sous l'arrêt, n°10.

²⁶²³ En ce sens, S. PORCHY-SIMON, *op. cit., in fine*. – Une étude récente consacrée à la notion d'obligation a cependant proposé d'y voir plutôt l'expression d'une « obligation à sanction dérogatoire » et plus précisément d'une « obligation à sanction atténuée » ayant pour objectif d'« épargner certains débiteurs » (G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012, n°534).

²⁶²⁴ Civ. 1, 18 mai 2004, RGDA 2004, p.633, note P. REMY.

²⁶²⁵ Article 1251 du Code civil.

²⁶²⁶ En ce sens, S. HOCQUET-BERG, note sous l'arrêt.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 20 décembre 2007²⁶²⁷, la deuxième chambre civile a rejeté le recours du commettant ayant indemnisé la victime contre son préposé au motif que « le commettant ne dispose d'aucune action récursoire contre son salarié devant la juridiction de droit commun dès lors qu'il ne peut se prévaloir d'une subrogation dans les droits de la victime, laquelle ne dispose d'aucune action contre le préposé qui a agi dans les limites de la mission qui lui était impartie ». Certains auteurs parlent d'**immunité primaire** consacrée par *Costedoat* dont il résulterait logiquement une **immunité secondaire**²⁶²⁸. La première paralyse l'action de la victime contre le préposé ; la seconde paralyse l'action du commettant. Les deux décisions, prises à quelques mois d'intervalle apparaissent ainsi contradictoires, la seconde n'admettant pas que la seule dette de réparation suffise à autoriser le recours du commettant (si l'immunité procédurale devait être admise).

D'autres décisions plus anciennes et relatives aux règles du recours subrogatoire dans le domaine des assurances semblent également statuer en ce sens puisque le recours de l'assureur est rendu impossible lorsque l'action de l'assuré était prescrite, notamment²⁶²⁹.

La solution issue de l'arrêt du 12 juillet 2007 est d'ailleurs en totale contradiction avec les prévisions de la doctrine²⁶³⁰.

Il est ainsi difficile de ne pas voir dans la décision du 12 juillet 2007 le parachèvement du dévoiement des règles de la subrogation initié en 1993.

En second lieu, une telle solution entérine également le dévoiement de l'assurance de responsabilité elle-même. Certains auteurs avancent ainsi que la « théorie même de l'assurance de responsabilité » est incompatible avec la solution retenue. Ce que l'assurance entend réparer n'est pas le dommage subi par le tiers mais celui de l'assuré²⁶³¹, lequel est inexistant lorsque l'assuré est immunisé. Il y a là un glissement de la protection offerte par l'assurance, de l'assuré à la victime de l'assuré qui ne se justifie pas vraiment, sauf à admettre que cette conception de l'assurance de responsabilité est trop radicale²⁶³². Il est en outre permis de se demander si l'article L. 124-1 du Code des assurances ne s'oppose pas à ces solutions en conditionnant la couverture de l'assurance à une réclamation amiable ou judiciaire faite par la victime à l'assuré, réclamation juridiquement impossible (car irrecevable) lorsque l'assuré est un préposé ayant agi dans les limites de sa mission.

Finalement, il est bien difficile de justifier cette solution tant elle implique une modification voire une transgression des règles de la subrogation et du droit des assurances. Dès lors, il

²⁶²⁷ RCA 2008, comm. 50, obs. H. GROUDEL ; D. 2008, p.1248, note J. MOULY.

²⁶²⁸ S. DEIS-BEAUQUESNE, note sous Civ.1, 13 novembre 2002, D. 2003, p.580, spé. p.581.

²⁶²⁹ H. GROUDEL *et alii*, *op. cit.*, n°1641 : Civ. 2, 13 mai 2004, RCA 2004, comm. 270.

²⁶³⁰ M. ASSELAIN, *Responsabilité des professionnels de santé salariés : changement de solutions*, RCA 2005, étude n°6, spé. n°19.

²⁶³¹ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, volume 2, *Assurances de dommages, Règles générales*, LGDJ, 1940, n°3.

²⁶³² H. GROUDEL, *La boucle est bouclée (A propos de l'immunité contre un recours subrogatoire)*, RCA 1994, chron. 3.

devient également délicat de la considérer comme un argument solide en faveur de l'immunité procédurale.

B. Les limites de la qualification d'immunité procédurale

527. Double limite. – Parce que la consécration prétorienne de l'immunité procédurale ne peut se faire qu'au détriment des règles de la subrogation et de la logique de l'assurance de responsabilité, elle doit être solidement justifiée comme étant la seule technique possible pour écarter la responsabilité des agents fautifs. Or, cette affirmation ne peut être tenue comme acquise avant qu'ait été analysé le reste du régime de responsabilité applicable aux préposé et mandataire dirigeant. Si cette étude montre d'une part, une restriction de l'engagement de leur responsabilité et d'autre part, que celle-ci est obtenue par une immunité procédurale, la consécration de l'immunité procédurale pourra éventuellement s'imposer. Si tel n'est pas le cas, l'immunité de procédure devra être définitivement condamnée.

Une telle condamnation pourrait être d'autant plus envisageable que de récentes études ont offert une nouvelle conception de l'immunité de fond, laquelle n'est plus confinée à une immunité faisant disparaître l'illicéité de l'acte de l'auteur.

Il convient donc d'éprouver les limites de la qualification d'immunité procédurale, qu'elles proviennent de l'état du droit positif (1.) ou de l'apport de la doctrine moderne sur les immunités de fond (2.).

1. Les limites tenant à l'état du droit positif

528. Limites relatives au préposé. – Alors que certains auteurs semblent tenir pour acquise la nature procédurale de l'immunité du préposé, la Cour de cassation paraît davantage raisonner en terme d'irresponsabilité que d'obstacle aux poursuites²⁶³³ tant dans la jurisprudence *Costedoat* que dans les plus récentes décisions postérieures à l'arrêt de 2007. Il y est à chaque fois question d'un préposé « qui n'engage pas sa responsabilité »²⁶³⁴, à l'exception d'une décision ayant statué à propos de l'extension de l'immunité du préposé dans le régime établi par la loi du 5 juillet 1985 où il est affirmé que le préposé « n'est pas tenu à indemnisation à l'égard de la victime »²⁶³⁵. Alors que certains auteurs y voient le signe de la confirmation de l'immunité procédurale, il est au contraire permis de penser que la Cour prend soin d'adapter sa formule au régime d'indemnisation mis en place pour les accidents de la

²⁶³³ S. PORCHY-SIMON, note sous l'arrêt Civ. 1, 12 juillet 2007, D. 2007, p.2908, spé. n°5.

²⁶³⁴ AP, 25 février 2000 (arrêt *Costedoat*), JCP 2000, II, 10295, note M. BILLIAU – Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL ; D. 2008, p.2125, note J.-B. LAYDU – Crim. 10 mai 2011, n°10-87653.

²⁶³⁵ Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, note N. PIERRE.

circulation. Dans ce système, les conducteurs n'engagent jamais leur responsabilité mais sont effectivement tenus d'indemniser la victime²⁶³⁶. Une comparaison avec la terminologie employée par le législateur lorsqu'il entend déployer une immunité procédurale, est à même de consolider cette conviction. Ainsi, l'article 311-12 du Code pénal fait-il référence explicite à la seule impossibilité des poursuites pénales.

Outre ces contradictions, internes au « contentieux *Costedoat* », le choix de l'immunité procédurale dénote par rapport aux autres moyens mis en œuvre par la jurisprudence pour protéger le préposé²⁶³⁷.

Il n'est tout d'abord nullement question d'immunité procédurale lorsque la jurisprudence décide que le préposé ne saurait être gardien de la chose qu'il utilise pour le compte de son commettant. La solution visant à protéger le préposé s'appuie sur une interprétation particulière²⁶³⁸ de la notion de garde, ce qui renvoie à une condition de fond de la responsabilité du fait des choses. Dans ce cas, ce sont les conditions d'engagement de la responsabilité du préposé qui ne seraient pas remplies²⁶³⁹.

Il n'est pas davantage question d'immunité procédurale s'agissant de la théorie des risques de l'exploitation, qui a pour conséquence d'élever le fait générateur de la responsabilité du salarié envers son employeur. Depuis la fin des années cinquante, la chambre sociale a ainsi posé pour principe que la responsabilité (contractuelle) du salarié envers son employeur n'était engagée qu'en cas de faute lourde équipollente au dol²⁶⁴⁰, lequel devait se définir comme l'intention de nuire à l'employeur²⁶⁴¹ voire à l'entreprise²⁶⁴². Après avoir jugé que toute clause relative à la responsabilité personnelle du salarié devait être condamnée en l'absence de démonstration d'une faute lourde²⁶⁴³, la chambre sociale érige le principe d'une responsabilité pour faute

²⁶³⁶ Si la Cour de cassation se prémunit ainsi de toute critique formelle, elle ne saurait par cette seule précaution se mettre à l'abri des critiques portant sur le fond du droit (V. *supra* n°446 et 475).

²⁶³⁷ L'exception notable est celle de l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances qui semble effectivement mettre en place une immunité procédurale au profit du préposé. Cependant la mesure n'est pas unanimement interprétée, en droit des assurances, comme une mesure protectrice du préposé. Une partie de la doctrine considère que cette disposition repose sur la présomption selon laquelle l'assuré lui-même n'aurait pas agi contre le responsable. Il s'agirait alors d'interdire la subrogation d'un recours auquel l'assuré aurait renoncé (H. GROUDEL *et alii*, *op. cit.*, n°1650), ce qui serait une protection indirecte de l'assuré (H. GROUDEL *et alii*, *op. cit.*, n°1651).

Cette analyse avait autorisé certains auteurs à contester le caractère d'ordre public de ces immunités (J. BIGOT, *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, n°1687 ; M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, réf. préc., p.403) avant qu'il ne soit consacré par la jurisprudence (Civ. 1, 6 juin 1990 : RGAT 1990, p.572, note H. MARGEAT et J. LANDEL).

²⁶³⁸ Et sans doute, difficile à justifier (V. *supra* n°139).

²⁶³⁹ En ce sens, G. CANSELIER, *Brèves réflexions sur l'immunité en droit français de la responsabilité civile* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.175, spé. p.179.

²⁶⁴⁰ Soc., 27 novembre 1958, D. 1959, p.20, note R. LINDON ; S. 1959, p.33 ; JCP 1959, II, 11143, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE.

²⁶⁴¹ Soc. 31 mai 1990, B. n°260 – Soc. 6 mai 1997, JCP 1997, IV, 1362 – Soc. 29 novembre 1990, Dr. soc.1991, p.105, note G. COUTURIER.

²⁶⁴² Soc. 2 décembre 1998, B. n°530.

²⁶⁴³ Soc. 23 janvier 1992, JCP 1993, II, 22000, note P. DELEBECQUE. – *Contra*, Soc. 19 novembre 1959, D. 1960, p.74, note R. LINDON.

lourde en principe du droit du travail en 1995²⁶⁴⁴. La doctrine parle pourtant d'immunité²⁶⁴⁵, « immunité contractuelle », par opposition à l'« immunité délictuelle »²⁶⁴⁶.

Il n'y a cependant pas vraiment consensus sur la technique employée pour prévenir l'engagement de la responsabilité du salarié car s'il est parfois question d'élévation du fait générateur²⁶⁴⁷, il est également fait référence à l'imputation de la faute à la seule entreprise en dessous d'un certain seuil de gravité²⁶⁴⁸. Selon cette analyse, la faute du salarié est traitée comme un risque tant qu'elle n'atteint pas le seuil de gravité déterminé par la jurisprudence, risque qui doit être imputé à l'employeur²⁶⁴⁹.

Compte tenu du droit positif, la seule référence à l'élévation du fait générateur est insuffisante à décrire le régime de responsabilité contractuelle évoqué : en effet, certaines décisions fondent la responsabilité du salarié en l'absence de faute lourde sur la poursuite de son seul intérêt personnel²⁶⁵⁰ ou sur une faute détachable des fonctions²⁶⁵¹. Autrement dit, le salarié n'est pas protégé pour toutes ses erreurs, seules ses erreurs fonctionnelles le mettent à l'abri des poursuites de son employeur²⁶⁵².

Enfin, le choix de l'immunité procédurale est difficilement conciliable avec la théorie du risque-profit, laquelle repose essentiellement sur l'admission que certaines fautes sont des risques devant être imputés, non au fautif, mais à celui qui tire profit de l'activité de ce dernier²⁶⁵³. Si la faute du préposé est un risque devant être assumé par l'entreprise, comment admettre que la dette de réparation existe, à l'état latent, dans son patrimoine ?

L'immunité procédurale, apparemment affirmée à l'endroit du préposé, n'est donc pas un choix inattaquable. Le même constat semble s'imposer quant au mandataire dirigeant.

529. Limites relatives au mandataire dirigeant. – Alors que la Cour de cassation formule le principe négatif selon lequel le préposé « n'engage pas sa responsabilité... », elle

²⁶⁴⁴ Soc. 12 avril 1995, note J. SAVATIER, *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité en l'absence de faute lourde*, Dr. soc. 1995, p.651.

²⁶⁴⁵ C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n° 338.

²⁶⁴⁶ J.-B. LAYDU, *Responsabilité civile du salarié : la voie étroite ?*, RRJ 2005-4 (1), p.1936.

²⁶⁴⁷ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001, n°155.

²⁶⁴⁸ A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ 2009, Bib. de droit privé, t. 508, n°68 et s. – Certains auteurs précisent que l'attribution des effets de cette faute à l'employeur « ne procède pas d'une imputation de responsabilité : les effets dommageables des fautes commises sont simplement mis à sa charge » (F. MILLET, *op. cit.*, *loc. cit.*).

²⁶⁴⁹ A.-C. MARTIN, *op. cit.*, n°69.

²⁶⁵⁰ Soc. 10 novembre 1993, RJS 7/1994, n°847 (1^{ère} espèce) – Soc. 25 mai 1994, RJS 7/1994, n°847 (2^{ème} espèce).

²⁶⁵¹ Soc. 9 novembre 2005, pourvoi n°04-14419 : la Cour de cassation statuait en l'espèce à propos du recours du commettant contre un chef d'agence bancaire n'ayant pas porté au crédit du compte d'un client un chèque remis pour encaissement. La banque avait été condamnée à indemniser le client et s'était retournée contre son préposé. Ce dernier invoquait la nécessité de démontrer une faute lourde ; ce moyen a été jugé inopérant, la Cour d'appel ne s'étant pas « fondée sur une faute commise par le salarié dans l'exécution de la prestation de travail mais sur une faute détachable de ses fonctions ».

²⁶⁵² V. cependant, *infra* n°630 et 649, les ambiguïtés de la jurisprudence sociale.

²⁶⁵³ V. *supra* n°433.

exprime au contraire un principe positif applicable aux mandataires dirigeants, à savoir que leur « responsabilité personnelle...ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de [leurs] fonctions »²⁶⁵⁴. Le point commun de ces motivations réside cependant dans leur référence à l'irresponsabilité de l'agent, et non dans une possible immunité de celui-ci.

D'ailleurs, tandis que la notion d'immunité revient de manière récurrente dans les études consacrées à la jurisprudence *Costedoat*, elle n'est évoquée que de façon sporadique à propos du mandataire dirigeant²⁶⁵⁵. Plus précisément, la notion d'immunité n'est guère isolée des autres instruments juridiques aboutissant à l'irresponsabilité de l'agent car elle semble être appréhendée uniquement par son résultat²⁶⁵⁶.

D'une manière générale, la doctrine commercialiste ne s'oriente guère vers la figure de l'immunité car elle lui préfère des considérations relatives à l'imputation de la faute. Un auteur a ainsi mis en exergue un point de vue transversal : la faute de fonction et ses corollaires, fautes détachables et fautes séparées, sont avant tout des instruments d'imputation pertinents de la faute commise par le mandataire dirigeant²⁶⁵⁷. La faute de fonction permet d'imputer la faute à la personne morale, tandis que la faute séparable autorise une imputation additionnelle au mandataire dirigeant et que la faute séparée justifie son imputation exclusive à la personne physique.

La problématique est alors étrangère à l'immunité procédurale entendue comme un privilège et se rapporte à la mise en œuvre d'une condition de l'engagement de la responsabilité civile, la condition d'imputation d'une faute à une personne juridique.

Ce point de vue sera nécessairement partagé par ceux qui définissent le lien entre la personne morale et le mandataire dirigeant comme un lien organique car conformément à cette théorie, ce qui distingue le mandataire dirigeant d'un mandataire « classique » tient précisément à un mécanisme singulier d'imputation des actes mais surtout des faits de l'organe²⁶⁵⁸.

530. Synthèse. – Le maintien de l'illicéité de l'acte de l'agent irresponsable ainsi qu'une solution autorisant le recours de l'assureur du commettant contre l'assureur du préposé ont conduit à considérer avec attention la figure de l'immunité procédurale. L'analyse minutieuse de cette institution juridique ainsi que sa confrontation avec l'état du droit positif n'a cependant pas permis d'aboutir à son admission pleine et entière. Nonobstant, l'immunité procédurale doit encore subir l'évolution récente de la notion d'immunité de fond.

²⁶⁵⁴ Com. 20 mai 2003 (arrêt *Seusse*), réf. préc.

²⁶⁵⁵ V. cependant, B. DONDERO, *L'immunité des dirigeants d'entreprise* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques CEPRISCA, 2009, p.37 ; V. EGEA, *L'immunité en droit privé*, RRJ 2008-4, p.1977 ; plus ponctuellement, J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants, La responsabilité personnelle à la dérive*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.41.

²⁶⁵⁶ C'est également le cas lorsque la doctrine évoque l'exonération de l'agent. – V. par exemple, J.-F. BARBIERI, *op. cit.*, qui renvoie successivement à l'« exonération » et à l'« immunité fonctionnelle » du mandataire dirigeant.

²⁶⁵⁷ J.-F. BARBIERI, *op. cit.*, n°5.

²⁶⁵⁸ V. *supra* n°61 et 62.

2. Les limites émanant de l'apport de la doctrine moderne sur les immunités de fond

531. Définition classique des immunités de fond. – Les études les plus classiques relatives à la notion d'immunité qualifient les immunités fonctionnelles d'immunités de fond²⁶⁵⁹, ce qu'une doctrine moderne a également admis²⁶⁶⁰. Sont ici visées les immunités du Président de la République pour ses actes fonctionnels autres que la haute trahison²⁶⁶¹, celle des députés et sénateurs pour les opinions ou votes fonctionnels²⁶⁶², l'immunité judiciaire²⁶⁶³ et celle du médiateur pour ses opinions et actes fonctionnels²⁶⁶⁴.

A la différence des immunités procédurales, les immunités de fond sont des immunités-irresponsabilités, c'est-à-dire qu'elles sont réputées faire disparaître l'illicéité de l'acte de l'agent. Pour certains auteurs, elles agiraient comme des faits justificatifs²⁶⁶⁵, paralysant l'élément légal²⁶⁶⁶; c'est pourquoi elles agissent *in rem*. Rapporté aux immunités fonctionnelles sus évoquées, cela signifierait que l'exercice de la fonction rendrait licite un acte en principe illicite²⁶⁶⁷. La disparition de cette illicéité ne convainc cependant pas l'ensemble de la doctrine, certains auteurs proposant une autre explication au phénomène des immunités substantielles fonctionnelles²⁶⁶⁸.

532. Autre conception des immunités substantielles fonctionnelles. – Deux considérations ont amené un auteur à remettre en question la disparition de l'illicéité : la

²⁶⁵⁹ C. CHOUCKROUN, *L'immunité*, RSC 1959, p.29, spé. p.37.

²⁶⁶⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, *Justice pénale et décisions politiques : réflexion à partir des immunités et privilèges de juridiction*, RSC 2003, p.247, spé. p.250.

²⁶⁶¹ Article 68 de la Constitution.

²⁶⁶² Article 26 alinéa 1 de la Constitution. – V. également article 41 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁶⁶³ Article 41 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁶⁶⁴ Article 3 de la loi du 3 janvier 1973 ; pour le défenseur des enfants, article 10 de la loi du 6 mars 2000.

²⁶⁶⁵ Sur l'effet des faits justificatifs sur l'élément légal, il n'existe pas de consensus doctrinal. Certains adhèrent à l'idée d'une neutralisation de l'élément légal (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2002, n°240), tandis que d'autres expliquent cette technique par l'idée de réprobation (M. LACAZE, *La réprobation objective en droit pénal. Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Cujas, 2011, n°1, p.258, spé. p.265).

Ce désaccord rejaillit sur l'analyse des immunités, certains auteurs s'accordant pour la disparition de l'élément légal (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, coll. U Droit, 4^{ème} éd., 2002, n°186 ; E. DEZEUZE, *Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République sur la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 – du Conseil constitutionnel*, RSC 1999, p.497, n°16).

²⁶⁶⁶ M. COSNARD, *Immunité*, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, coll. Quadriges, 2003.

²⁶⁶⁷ C. CHOUCKROUN, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁶⁸ La nouvelle conception n'est sans doute pas transposable aux autres immunités substantielles, telles les immunités familiales applicables lors d'atteintes à l'autorité publique (article 434-6 du Code pénal : recel de malfaiteur ; article 434-11 du code pénal : omission de témoigner en faveur d'un innocent). La qualification de ces immunités ne fait cependant pas l'objet d'un réel consensus. Ainsi s'agissant des immunités familiales en matière de recel de malfaiteur, certains auteurs se prononcent en faveur d'une immunité de fond (P. MOUSSERON, *op. cit.*, p.297) tandis que d'autres optent pour une simple immunité procédurale, en dépit d'une rédaction jugée malheureuse orientant l'analyste vers l'immunité de fond ; ceci afin de maintenir le caractère délictueux de l'acte et permettre la poursuite des autres participants à l'infraction (sur ce point, V. P. MAISTRE DU CHAMBON, *Recel de malfaiteur*, *Rép. pén. Dalloz*, 2009, spé. n°13).

possibilité d'une procédure disciplinaire²⁶⁶⁹ ainsi que celle d'octroi de dommages et intérêts²⁶⁷⁰.

Alors que la doctrine classique justifie sa qualification en renvoyant aux actions civiles survivant à l'existence d'un fait justificatif²⁶⁷¹, la doctrine moderne propose de voir dans l'immunité une cause de non-imputation d'un acte resté illicite²⁶⁷². Elle ferait ainsi disparaître l'illicéité subjective tout en laissant subsister l'illicéité objective²⁶⁷³. Ce n'est pas alors l'élément légal qui se trouve neutralisé par l'immunité-irresponsabilité mais l'imputation pénale elle-même²⁶⁷⁴.

Cette nouvelle approche de l'immunité-irresponsabilité appelle trois remarques.

533. Portée de cette nouvelle approche. – En premier lieu, cette nouvelle lecture de l'immunité de fond la rapproche incontestablement de l'immunité de procédure en ce qu'elle garantit le maintien de l'illicéité de l'acte. Elle s'en distingue cependant dès lors que l'immunité de fond fait obstacle à l'établissement de la responsabilité autant qu'à sa mise en œuvre. Une telle immunité ne satisferait donc pas ceux qui justifient la garantie de l'assureur du préposé sur le caractère processuel de l'immunité, au prix d'une mutation non négligeable de la logique assurantielle²⁶⁷⁵.

En effet, et en deuxième lieu, en présence d'une immunité procédurale, les conditions d'engagement de la responsabilité sont toutes caractérisables. Ce n'est pas le cas lorsqu'il existe une immunité-irresponsabilité, laquelle neutralise un élément de fond nécessaire à l'établissement de la responsabilité de l'agent. Ceci amène à penser que l'immunité-irresponsabilité ainsi entendue relève de l'abus de langage dès lors que l'immunité présuppose la responsabilité, ou plus précisément : l'immunité n'a de sens que si le bénéficiaire de celle-ci se trouve dans une situation dans laquelle sa responsabilité serait engagée s'il n'y avait l'immunité²⁶⁷⁶. Selon certains auteurs, il faut donc se garder de confondre l'immunité et les situations issues de l'impossibilité de caractériser l'ensemble des conditions posées pour l'engagement de la responsabilité de l'agent²⁶⁷⁷.

Encore convient-il d'admettre, en troisième lieu, que l'imputation fait bien partie des conditions « normales » d'engagement de la responsabilité d'un agent, ce qui impose de s'attarder sur cette notion, sans doute sous-exploitée, du droit de la responsabilité.

²⁶⁶⁹ En présence de l'immunité juridictionnelle des magistrats.

²⁶⁷⁰ En présence de l'immunité parlementaire. – Sur ces deux points, V. M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°420-421 pour davantage de précisions.

²⁶⁷¹ C. CHOUCKROUN, *op. cit.*, p.41.

²⁶⁷² M. BENEJAT, *op. cit.*, n°424.

²⁶⁷³ *Ibidem.*

²⁶⁷⁴ *Ibidem.*

²⁶⁷⁵ V. *supra* n°525 et s.

²⁶⁷⁶ J.-S. BORGHETTI, *L'immunité et les droits européens de la responsabilité civile* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.141, n°3

²⁶⁷⁷ G. CANSELIER, G. GUERLIN, *Brèves réflexions sur l'immunité en droit français de la responsabilité civile*, in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.175, spé. p.177.

§ 2. Le recours pertinent à la notion d'imputation

534. Autonomie de la notion d'imputation. – Peu présente dans les manuels de droit de la responsabilité, la notion d'imputation connaît depuis quelques années un certain succès dans des ouvrages plus spécialisés. Plusieurs thèses ont ainsi abordé le sujet plus ou moins directement²⁶⁷⁸, faisant de l'imputation, tantôt un instrument spécifique²⁶⁷⁹, tantôt le réceptacle d'autres mécanismes²⁶⁸⁰. Ce traitement différencié s'explique aisément par l'étymologie polysémique du terme.

Celui-ci provient du latin *imputare* signifiant « porter en compte » ou « attribuer » et se rapporte principalement au langage comptable. Une fois émancipé de ce domaine, il fut employé dans le sens d'« attribuer à quelqu'un une chose digne de blâme »²⁶⁸¹. Enfin, dépouillé de sa dimension religieuse, il signifie « attribuer quelque chose à quelqu'un », l'acception autorisant que soient imputés tant des fautes que des mérites²⁶⁸². Dès lors, cette signification pourrait tout autant renvoyer à la notion, plus connue bien que devenue obsolète en responsabilité civile, d'imputabilité²⁶⁸³. Quoiqu'il en soit, ces définitions prennent le parti d'envisager l'action d'imputer comme celle d'un **lien** entre un **objet** et un **sujet**²⁶⁸⁴.

Cependant, lorsque la doctrine cherche une justification à l'attribution de l'obligation de réparer un dommage, elle s'intéresse parfois au rôle causal joué par l'agent. L'imputation semble alors concurrencée par la causalité. Elle l'est même fortement selon un auteur qui juge que face à la causalité, l'imputation fait « figure d'inconnue de l'équation »²⁶⁸⁵.

Pour comprendre la substance de la notion d'imputation, il convient donc de rendre compte de son autonomie par rapport de l'imputabilité d'une part (**A.**) et à la causalité d'autre part (**B.**).

²⁶⁷⁸ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009 ; – V. déjà, J. COUPERET, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967.

²⁶⁷⁹ R. ADAMO, *L'imputation des infractions d'affaires*, thèse Bordeaux, 2009 ; M. BENEJAT, *op. cit.*.

²⁶⁸⁰ F. ROUSSEAU, *op. cit.*

²⁶⁸¹ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°2.

²⁶⁸² *Ibidem.*

²⁶⁸³ P. JOURDAIN, *Retour sur l'imputabilité* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, p.511, spé. p.512.

²⁶⁸⁴ En ce sens, ROUSSEAU, *op. cit.*, n°2.

²⁶⁸⁵ F. LEDUC, *Causalité civile et imputation* in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, RLDC 2007/40, suppl. n° 2631, n°2.

A. La distinction de l'imputation et de l'imputabilité²⁶⁸⁶

535. Racine commune. – En premier lieu, la notion d'imputation doit être distinguée de celle d'imputabilité. A l'instar de l'imputation, l'imputabilité apparaît comme une notion polysémique. Ainsi, une étude consacrée à son propos en a évincé trois acceptions possibles. L'imputabilité prise dans un sens « matériel » se confond d'abord avec la causalité²⁶⁸⁷. Dans un second sens, « objectif » mais « juridique », elle est équipollente à l'imputation²⁶⁸⁸. Enfin, elle peut être entendue dans une dimension « subjective » et « intellectuelle »²⁶⁸⁹. Pour l'auteur, ce n'est que dans ce sens que l'imputabilité est véritablement opératoire, ce qui doit être approuvé dès lors que l'assertion garantit l'autonomie des trois notions sans dénier à aucune d'entre elles un rôle spécifique au sein de la responsabilité.

536. Conception commune. – Au-delà d'une racine étymologique, imputabilité et imputation partagent la particularité de procéder d'un jugement de valeur²⁶⁹⁰. L'imputabilité a en effet pour fonction de « mesurer l'aptitude d'une personne à être déclarée responsable et à subir une sanction »²⁶⁹¹. Le juge porte alors attention à la personnalité du délinquant et à « ses relations avec le fait dommageable ou infractionnel »²⁶⁹². Plus précisément, il s'assure que l'agent a pu discerner les conséquences de ses actes²⁶⁹³ c'est-à-dire leur caractère fautif et reprochable. L'imputabilité renvoie selon un auteur, à la « capacité à l'imputation »²⁶⁹⁴, étant entendu que cette capacité n'est pas celle qui permet de contracter notamment²⁶⁹⁵. L'avantage de cette définition est qu'elle semble avoir parfaitement intégré la scission qui doit s'opérer entre imputabilité et imputation, cette dernière n'ayant pas pour vocation de s'intéresser au discernement de l'agent.

²⁶⁸⁶ Le terme d'imputabilité n'est pas univoque non plus, la jurisprudence l'employant pour désigner l'implication du régime des accidents de circulation (par exemple, Civ. 2, 13 juillet 2005, n°04-14084). La loi elle-même en fait pareil usage : dans l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, en matière de contaminations post-transfusionnelles par le virus de l'hépatite C (repris par la jurisprudence, par ex. Civ. 1, 15 novembre 2005, n°03-15942).

Dans ces cas (et dans d'autres, V. F. LEDUC, *op. cit.*, n°6), le terme renvoie à une imputation matérielle (V. *infra* n°541), présentant la particularité d'être présumée (F. LEDUC, *op. cit.*, *loc. cit.*).

²⁶⁸⁷ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.513. – V. *infra* n°538.

²⁶⁸⁸ *Ibidem.*

²⁶⁸⁹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.514.

²⁶⁹⁰ Allant plus loin, une partie de la doctrine considère que l'imputabilité empêche qu'il existe une responsabilité juridique en l'absence de responsabilité morale. La notion conférerait une dimension moralisatrice à la responsabilité (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Sirey, 2011, n°99).

²⁶⁹¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.517.

²⁶⁹² *Ibidem.*

²⁶⁹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁹⁴ F. LEDUC, *op. cit.*, n°7.

²⁶⁹⁵ En ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°99.

537. Eléments de divergence. – L'imputation a en revanche pour fonction d'attribuer un fait illicite (dommageable ou infractionnel) à un agent qui devra en répondre²⁶⁹⁶. Grâce à l'imputation, un fait dommageable est mis sur le compte moral du défendeur, tenu d'en endosser la responsabilité²⁶⁹⁷. Cette opération a pour objectif et pour effet de désigner le responsable. A ce titre le jugement de valeur ne s'opère pas *in situ* mais préalablement, comme relevant d'une décision politique. C'est pourquoi cette imputation est dite d'« essence normative ». Elle est une donnée de droit et non de fait et procède de la volonté du pouvoir normatif²⁶⁹⁸. Cet instrument juridique permet surtout à la doctrine classique d'expliquer les responsabilités du fait d'autrui consacrées par l'article 1384 du Code civil²⁶⁹⁹, mais il semble que les analyses les plus récentes supposent la transversalité de l'imputation, qu'elles élèvent au rang d'une quatrième condition de la responsabilité civile²⁷⁰⁰.

Imputation et imputabilité se distinguent également quant à la place qu'elles occupent dans le droit positif de la responsabilité. En effet, l'imputabilité est diversement opératoire selon la nature de la responsabilité considérée. En droit pénal, le discernement de l'auteur de l'infraction reste exigé pour engager sa responsabilité²⁷⁰¹ – responsabilité des personnes morales mise à part. En revanche, la condition d'imputabilité semble avoir disparu du droit de la responsabilité civile. Dans un premier temps, la loi du 3 janvier 1968 a introduit dans le Code civil l'article 489-2 disposant que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ». Malgré quelques incertitudes initiales sur la portée de ce texte²⁷⁰², il semblait clair que ce dernier consacrait la possibilité de mettre à la charge d'un majeur dépourvu de discernement l'obligation de réparer le dommage qu'il avait causé par son activité illicite, possibilité qui fut étendue par la jurisprudence aux mineurs frappés d'un trouble mental²⁷⁰³. Dans un second temps, la jurisprudence allait s'inspirer de cette règle pour admettre l'engagement de la responsabilité civile des *infans*, par définition non dotés de discernement²⁷⁰⁴. Cet état du droit est souvent décrit comme la consécration de la faute objective²⁷⁰⁵. Pourtant, parce que l'imputabilité est certainement une condition supplémentaire de la responsabilité et donc extérieure à la faute²⁷⁰⁶, le mouvement d'objectivisation a sans doute davantage concerné la

²⁶⁹⁶ F. LEDUC, *op. cit.*, n°7.

²⁶⁹⁷ F. LEDUC, *op. cit.*, n°2.

²⁶⁹⁸ Il est alors renvoyé à la théorie kelsénienne, laquelle oppose les sciences de la nature et les sciences normatives, ces dernières relevant d'un acte de volonté (F. LEDUC, *op. cit.*, n° 1).

²⁶⁹⁹ Ainsi, P. JOURDAIN cantonne-t-il l'imputation à ce cas de figure puisque selon lui, elle « exprime la volonté d'attribuer la responsabilité d'un fait à un tiers distinct de son auteur » (P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.513).

²⁷⁰⁰ V. *infra* n°541

²⁷⁰¹ Article 122-1 du Code pénal.

²⁷⁰² P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental*, JCP 1971, I, 2401 ; R. SAVATIER, *Le risque pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences*, D. 1968, p.19.

²⁷⁰³ Civ. 1, 20 juillet 1976, RTD civ. 1976, p.783, obs. G. DURRY ; JCP 1978, II, 18793, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE..

²⁷⁰⁴ AP, 9 mai 1984, D. 1984, p.525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; 20256, note P. JOURDAIN ; 20291, rapport FEDOU, obs. J. HUET.

²⁷⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°101.

²⁷⁰⁶ En ce sens, P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.516.

responsabilité que la faute²⁷⁰⁷. En tout état de cause, la suppression de l'imputabilité des conditions d'engagement de la responsabilité civile est pérenne puisqu'elle a été reconduite dans l'actuel article 414-3 du Code civil par la loi portant réforme des incapacités²⁷⁰⁸.

Alors que l'imputabilité est devenue un point purement historique du droit de la responsabilité civile²⁷⁰⁹, la notion d'imputation n'a jamais disparu du droit positif et semble même apparaître comme une quatrième condition de la responsabilité civile, ce qu'atteste également la possibilité de distinguer l'imputation de la causalité.

B. La distinction de l'imputation et de la causalité

538. Incertitudes terminologiques. – Le phénomène de confusion terminologique remarqué à propos de l'imputabilité se vérifie tout autant à propos de la causalité. La polysémie de l'imputabilité est en effet parfaitement transposable à l'imputation. C'est pourquoi nombreux sont les textes et les décisions qui font état d'imputation là où il est question de causalité²⁷¹⁰. De même, dans la plupart des études doctrinales, l'imputation se trouve assimilée à la notion de causalité, soit que les auteurs absorbent la question de l'imputation dans celle de la causalité²⁷¹¹, soit qu'ils notent que la causalité remplit une fonction d'imputation²⁷¹².

Une doctrine déjà ancienne avait pourtant mis en exergue une différence essentielle entre les deux notions, le principe de causalité devant renvoyer aux sciences, tandis que le principe d'imputation devait être intégré au droit²⁷¹³, postulant que la causalité échappe à la volonté humaine et que l'imputation provient au contraire d'un acte de volonté. Ce propos, qui semble condamner toute assimilation terminologique, doit pourtant être nuancé car l'emploi d'un vocable proche de l'imputation, pour aussi instinctif qu'il puisse paraître, semble pouvoir être légitimé par une approche plus moderne de la causalité, opérant la distinction entre une causalité purement matérielle (ou scientifique) et une causalité juridique.

539. Distinction causalité matérielle et causalité juridique²⁷¹⁴. – La distinction est la conséquence directe de l'affirmation de l'existence d'une « juridicité causale »²⁷¹⁵, s'opposant

²⁷⁰⁷ Un tel jugement implique de reconnaître la possibilité d'une volonté en l'absence de discernement (*Contra*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°101).

²⁷⁰⁸ Loi du 5 mars 2007.

²⁷⁰⁹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.513.

²⁷¹⁰ A ce propos, V. les exemples donnés dans la note de bas de page n°2686.

²⁷¹¹ J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM, 2001.

²⁷¹² P. BRUN, *Causalité juridique et causalité scientifique in Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, RLDC 2007/40, suppl., n°2631, n°22.

²⁷¹³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 ; les deux principes seraient cependant analogues (*Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p.31).

²⁷¹⁴ Sur la distinction causalité matérielle-scientifique/causalité juridique : R. BERAUD, *Les mythes de la responsabilité civile*, JCP 1964, I, 1837 ; plus récemment, C. RADE, *Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique*, D. 2012, p.112.

à ce que la causalité juridique soit un simple avatar de la causalité scientifique. Selon une doctrine récente, la causalité matérielle est « l'ensemble objectif des conditions qui ont concouru à la production d'un phénomène » tandis que la causalité juridique permet « le rattachement du résultat dommageable, par un jugement de valeur, à un fait ou à une faute »²⁷¹⁶. Conformément à ces définitions, les théories classiques (causalité adéquate ou équivalence des conditions) ne peuvent appartenir qu'à la causalité matérielle²⁷¹⁷. Au contraire, la causalité juridique s'appuie sur la théorie de l'« empreinte continue du mal »²⁷¹⁸. Cette conception suppose tout d'abord que le juriste ne se contente pas de chercher un lien de cause à effet entre le fait générateur et le dommage mais doit surtout vérifier que c'est bien son caractère fautif ou anormal qui explique la survenance du dommage²⁷¹⁹. Consécutivement, elle implique également que les dimensions de la causalité juridique soient bien supérieures à celles de la causalité matérielle car tandis que la seconde s'intéresse à la seule relation entre le fait générateur de responsabilité et le dommage, la première dépasse ces frontières pour envisager la cause du fait générateur ou les conséquences du préjudice²⁷²⁰. Une étude plaidant pour davantage d'autonomie encore²⁷²¹, entend lui conférer une existence autonome de la causalité scientifique : ainsi, la causalité juridique pourrait exister là où la causalité matérielle serait absente et vice versa²⁷²². Les contradictions qui pourraient naître de cette conception doivent être acceptées et justifiées par les principes de responsabilité civile²⁷²³, lesquels sont les guides du jugement de valeur²⁷²⁴.

540. Élément essentiel de convergence entre imputation et causalité. – Ainsi, la véritable causalité juridique « intègre à la recherche causale une appréciation d'ordre normatif »²⁷²⁵, bref un jugement de valeur sur l'enchaînement causal. C'est à ce titre que causalité juridique et imputation se rejoignent par le jugement de valeur qu'elles supposent, justifiant l'usage du vocable de l'imputation²⁷²⁶. La convergence s'arrête cependant à ce constat. La doctrine ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme que la causalité juridique est une

²⁷¹⁵ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bib. de Thèses, vol. 99, 2012, n°234.

²⁷¹⁶ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°231.

²⁷¹⁷ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°231.

²⁷¹⁸ N. DEJEAN DE LA BATIE, in C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, VI-2, Litec, 8^{ème} éd., 1989, n°69.

²⁷¹⁹ P. BRUN, *op. cit.*, n°28.

²⁷²⁰ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°234.

²⁷²¹ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°227.

²⁷²² C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°229.

²⁷²³ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°231. Elles devraient cependant être assez marginales (P. BRUN, *op. cit.*, n°27).

²⁷²⁴ V. également la possibilité de concevoir l'opposition causalité scientifique et causalité juridique par la dialectique (C. RADE, *op. cit.*).

²⁷²⁵ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°234 – Autrement dit, la causalité juridique doit reposer sur un parti pris conforme à la logique de la responsabilité civile (P. BRUN, *op. cit.*, n°23).

²⁷²⁶ F. LEDUC, *op. cit.*, n°5.

notion intermédiaire entre ces deux principes, « la rencontre du principe de causalité et du principe d'imputation »²⁷²⁷.

541. Démonstration de la non équipollence entre imputation et causalité. – D'un point de vue fonctionnel, imputation et causalité s'opposent puisque le jugement de valeur permettant de désigner le responsable s'effectue en principe *a priori*²⁷²⁸ et procède d'une politique législative tandis que celui qui aboutit à la sélection du fait générateur de responsabilité est porté au cas par cas par le juge.

Imputation et causalité se distinguent ensuite par l'objet auquel elles se rapportent. Ainsi, s'il peut être admis une certaine forme d'imputation dans la causalité juridique, ce ne peut être qu'une imputation matérielle²⁷²⁹, consistant à « mettre un fait sur le compte d'un autre fait »²⁷³⁰. Elle doit alors être distinguée de l'imputation qualifiée, par opposition, de « personnelle »²⁷³¹ et qui met un fait sur le compte d'une personne²⁷³². Or, seule cette acception possède une autonomie opératoire justifiant son existence.

Cette différence d'objet explique enfin que les problématiques soumises à la causalité juridique et celles qui intéressent l'imputation dite personnelle soient bien distinctes. Ainsi, l'épineuse question de l'incertitude scientifique, en matière médicale ou environnementale n'intéresse que la causalité²⁷³³, à l'exclusion de l'imputation²⁷³⁴.

A l'inverse, la causalité ne peut expliquer les cas de responsabilité médiate²⁷³⁵. Leur justification relève d'une logique d'imputation personnelle, s'appuyant sur la nature du lien unissant le responsable (secondaire) et l'auteur de la faute pour justifier que le premier soit responsable des actes du second²⁷³⁶. Ce lien est qualifié de « lien de rattachement »²⁷³⁷ ou de lien « d'imputation »²⁷³⁸.

²⁷²⁷ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°228.

²⁷²⁸ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°70 et s. : l'auteur y affirme l'exigence d'une prédétermination certaine.

²⁷²⁹ C. GRARE oppose ainsi la causalité qui établit un « rattachement matériel entre le dommage et le fait juridique » (*op. cit.*, n°69) et l'attribution qui lui paraît être un rattachement juridique du fait au répondant » (*op. cit.*, n°70).

²⁷³⁰ F. LEDUC, *op. cit.*, n°2.

²⁷³¹ *Ibidem.*

²⁷³² *Ibidem.*

²⁷³³ P. BRUN, *Causalité juridique et causalité scientifique* in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, réf. préc., n°4 et 32 et s.

²⁷³⁴ V. cependant, C. RADE, *op. cit.*

²⁷³⁵ G. VINEY, *La responsabilité* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1990, t.35, p.275, spé. p.287.

²⁷³⁶ F. LEDUC, *op. cit.*, n°7, qui vise l'autorité parentale et le lien de préposition, notamment ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°587 et s.

²⁷³⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°333-2.

²⁷³⁸ F. LEDUC, *op. cit.* .

De même, la causalité est incapable d'expliquer l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant²⁷³⁹. Si une partie de la doctrine entend bien utiliser la causalité juridique pour expliquer que certains faits ne soient pas reprochés à un agent²⁷⁴⁰, c'est en raison de circonstances dans lesquelles le caractère anormal du fait n'explique pas la survenance du dommage²⁷⁴¹, circonstances bien différentes de celles donnant lieu à l'immunité des préposé et mandataire dirigeant. « L'empreinte continue du mal » est toujours vérifiable dans les hypothèses d'immunité du préposé ou du mandataire dirigeant. En outre, le lien causal indispensable à l'engagement de la responsabilité du commettant est le même que celui qui permet l'engagement de la responsabilité de l'agent fautif²⁷⁴². Alors si la responsabilité de l'un est possible, la responsabilité de l'autre devrait l'être également.

Leur irresponsabilité pourrait dès lors découler d'une cause de non-imputation personnelle. Ceci ne saurait cependant être envisageable que s'il est admis que l'imputation personnelle puisse être opératoire dans le cadre d'une responsabilité immédiate ou du fait personnel²⁷⁴³. En effet, si l'imputation apparaît clairement dans les cas de responsabilité médiate, elle est généralement absorbée dans la responsabilité pour faute par le fait générateur²⁷⁴⁴ ou par la causalité²⁷⁴⁵ et n'y est révélée que par des circonstances particulières²⁷⁴⁶. La situation fonctionnelle pourrait parfaitement relever de ces circonstances particulières. En outre, l'imputation personnelle pourrait y être révélée de manière atypique, c'est-à-dire de manière négative.

L'imputation personnelle serait ainsi conçue comme une constante de la théorie de la responsabilité. En matière civile, la responsabilité découlerait désormais de quatre conditions : un dommage (première condition) uni par un lien causal (deuxième condition) à un fait générateur de responsabilité (troisième condition) ; ces trois conditions faisant naître une dette de réparation attribuée à un agent par une cause d'imputation personnelle (quatrième

²⁷³⁹ La doctrine la plus favorable à la causalité juridique n'a pas justifié l'irresponsabilité du préposé par cette notion, se contentant de renvoyer à son « immunité » (C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°620).

²⁷⁴⁰ P. BRUN, *op. cit.*, n°27. L'auteur s'exprime ainsi : « L'essentiel des difficultés se situe ailleurs : là où il est constant que le fait reproché au défendeur est intervenu matériellement dans la réalisation du dommage, mais où l'on hésite à le qualifier de cause. A cet égard, si l'on veut éviter l'arbitraire d'une causalité à géométrie variable, peut-être faut-il se souvenir du jugement de valeur qu'implique la décision sur la causalité, et de ce que l'esprit de responsabilité civile n'est pas tant de tenir pour causal un fait à raison de sa propension à produire le dommage, ni même en fonction de son degré d'implication matérielle, mais en considération de ce que ce fait est anormal ou illicite. »

²⁷⁴¹ Il s'agit du renvoi à la théorie de l'« empreinte continue du mal » élaborée par le professeur DEJEAN DE LA BÂTIE (réf. préc.).

²⁷⁴² C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°595 et 620.

²⁷⁴³ *Contra*, C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°564.

²⁷⁴⁴ F. LEDUC, *op. cit.*, n° 7 – *Comp.* C. BLOCH, *Définition de la faute* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.101, spé. p.104.

²⁷⁴⁵ F. EWALD, *La faute civile, droit et philosophie in Fin de la faute ? Droits*, 1987, n°5, p.45, spé. p.47.

²⁷⁴⁶ Parmi les circonstances dont la doctrine fait état, il en est une qui s'avère ici intéressante : l'attribution de la faute de l'organe à la personne morale. Y sont également évoqués le problème de la faute commise lors de l'exécution d'une obligation contractuelle qu'il convient d'attribuer au débiteur de l'obligation et le problème de la faute commise par un membre inconnu d'un groupe déterminé (F. LEDUC, *op. cit.*, n° 7).

condition). Il faut cependant noter que si ce schéma donne quelques armes pour comprendre les règles de réparation du dommage causé par une faute de fonction, il est insuffisant en l'état. Il doit en effet être tenu compte de la spécificité de l'imputation dérogatoire.

§ 3. La spécificité de l'imputation fonctionnelle

542. L'imputation naturelle²⁷⁴⁷ : l'imputation comportementale²⁷⁴⁸. – Le droit commun de la responsabilité civile délictuelle partage avec la responsabilité pénale sa principale cause d'imputation personnelle : le fait personnel. En effet, en prévoyant que celui qui, par sa faute, cause à autrui un dommage est tenu de la réparer, l'article 1382 du Code civil ne semble pas dire autre chose que l'article 121-1 du Code pénal, lequel prévoit que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». La cause d'imputation personnelle naturelle tient donc à la participation effective et fautive de l'agent à la survenance du dommage²⁷⁴⁹. L'imputation naturelle y est donc également comportementale.

543. L'imputation fonctionnelle. – L'imputation fonctionnelle paraît résolument dérogatoire à l'imputation naturelle. Il est cependant impossible de résumer le régime de la faute de fonction réparatrice par la seule corrélation entre l'imputation d'une faute fonctionnelle au bénéficiaire de la fonction et la non-imputation de cette faute au chargé de fonction l'ayant commise. Au contraire, le régime propre à la faute de fonction réparatrice est complexe car il rend possibles deux figures d'imputation fonctionnelle plus ou moins dérogatoires²⁷⁵⁰. Le fait que l'application de l'une ou l'autre figure dépende de l'intensité du caractère fonctionnel de la faute atteste de l'identité propre de ce régime. C'est pourquoi les conditions et les effets de ce régime seront exposés à travers les deux figures d'imputations possibles en cas de commission d'une faute de fonction : l'imputation fonctionnelle exclusive (A.) et l'imputation fonctionnelle cumulative (B.).

A. L'imputation fonctionnelle exclusive

544. Intérêt de l'imputation fonctionnelle exclusive. – Cette catégorie d'imputation est non seulement dérogatoire mais également inédite en droit de la responsabilité civile. Le premier niveau d'analyse, celui de la seule description du mécanisme (1.), autorise déjà un tel

²⁷⁴⁷ Adjectif emprunté à C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°77.

²⁷⁴⁸ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°317 et s.

²⁷⁴⁹ R. BARUFFOLO, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131, spé. p.146.

²⁷⁵⁰ R. BARUFFOLO, *op. cit.*, p.133 et p.146, qui parle d'imputation dérogatoire pour toutes les responsabilités du fait d'autrui.

jugement. Mais, bien plus, un second niveau d'analyse, celui des incidences de la logique d'imputation sur la responsabilité fonctionnelle (2.), en apportera la confirmation.

1. La description de l'imputation fonctionnelle exclusive

545. Double mécanisme d'imputation. – Cette catégorie d'imputation fonctionnelle permet d'expliquer que la faute de fonction dommageable donne lieu à la seule responsabilité des commettant et personne morale, à l'exclusion de celle des préposé et mandataire dirigeant fautifs. La faute de fonction est ainsi imputée à un agent n'ayant pas participé à la survenance du dommage. Cette imputation positive contrevient donc clairement à l'imputation naturelle. De plus, à cette imputation positive correspond une non-imputation, elle aussi dérogatoire aux règles d'imputation naturelle, puisque la personne qui en bénéficie aura causé fautivement le dommage survenu. De manière plus atypique encore, cette non-imputation semble davantage correspondre à une forme d'imputation négative. En effet, à la différence de la non-imputation, l'imputation négative coexiste nécessairement avec une imputation positive. Autrement dit, l'imputation négative n'est envisageable que parce qu'une imputation positive est possible en droit. C'est en cela que l'imputation est bien exclusive, ici, car elle ne peut être simultanément positive pour le bénéficiaire de la fonction et pour le chargé de fonction.

546. Rejet du maintien d'une responsabilité-caution du chargé de fonction. – Si l'arrêt *Costedoat* a tant suscité le débat, c'est parce qu'elle ne laissait à la victime qu'un seul débiteur à sa créance de réparation, au lieu des deux dont elle bénéficiait auparavant²⁷⁵¹. Cependant beaucoup d'auteurs convenaient que la situation antérieure faisant du préposé un débiteur primaire et l'exposant au recours subrogatoire de son commettant n'était guère satisfaisante non plus²⁷⁵². Dans un souci de concilier les intérêts divergents de la victime et du préposé, il fut donc suggéré que le premier puisse maintenir sa responsabilité en guise de garantie de l'obligation de réparation du commettant. Deux solutions alternatives étaient envisagées : l'une d'entre elles a été reprise par le projet CATALA à l'issue duquel le préposé reste subsidiairement responsable dans le cas où la victime ne pouvait obtenir réparation ni du commettant ni de l'assureur de celui-ci²⁷⁵³. Serait ainsi conféré au préposé une sorte de « bénéfice de discussion »²⁷⁵⁴. L'autre solution évoquée par la doctrine est celle de limiter les

²⁷⁵¹ V. *supra* n°414.

²⁷⁵² Par ex. G. DURRY, pourtant farouchement hostile à la jurisprudence *Costedoat* (*Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat (ou : Une hérésie facile à abjurer)* in *Ruptures, mouvements et continuité du droit autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p.549, spé. 555.

²⁷⁵³ Article 1359-1 du Code civil réformé. – V. déjà une telle proposition, G. DURRY, *op. cit.*, spé. p.556 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Tome I. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2006, n°812.

²⁷⁵⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°812.

effets de la jurisprudence *Costedoat* au stade de la contribution à la dette²⁷⁵⁵. Dans ce cas également, le préposé fait office de garant puisque, ayant indemnisé la victime, il sera celui qui supportera le poids de l'insolvabilité de son commettant.

L'admission du risque-profit comme fondement à la responsabilité du commettant et du mécanisme de l'imputation exclusive comme traduction technique de ce fondement empêche évidemment de souscrire à une telle proposition. Si elle est favorable pour la victime, elle n'est pas compatible avec le fondement retenu²⁷⁵⁶. Il n'est pas vraiment évident d'admettre en effet que le préposé est le garant du commettant au profit duquel il met sa force de travail.

La protection des tiers n'a, semble-t-il, pas autant suscité le débat s'agissant de l'irresponsabilité des dirigeants de la personne morale. Le maintien à leur égard d'une responsabilité-caution n'a guère traversé l'esprit de la doctrine. En cause certainement, l'analyse de la responsabilité civile de la personne morale par le fait de cet organe, qui parce qu'elle était conçue comme une responsabilité pour faute personnelle, effaçait le rôle et donc la potentielle responsabilité de l'organe.

547. Conditions et effets communs aux préposé et mandataire dirigeant. – Le mécanisme de l'imputation dérogatoire exclusive semble convenir tant à la situation du préposé qu'à celle du mandataire dirigeant. Dès lors, l'unification du régime de la faute de fonction pourrait constituer l'une des incidences de la logique d'imputation exclusive retenue.

2. Les incidences de la logique d'imputation exclusive sur la responsabilité fonctionnelle

548. Incidences analytiques de la logique d'imputation. – L'adoption d'une logique d'imputation apporte un éclairage nouveau sur l'analyse qui est traditionnellement faite de l'engagement délictuel des commettants et des personnes morales, bénéficiaires de la fonction. Ce faisant, elle permet d'abord d'expliquer et donc de conforter une partie du régime de la faute de fonction, ce qui est déjà un apport considérable, compte tenu du peu de certitude en la matière. Elle suggère ensuite une analyse plus inédite de la responsabilité civile de la personne morale, notamment.

²⁷⁵⁵ P. BRUN, *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?)* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.105, spé. p.115 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°222 – V. déjà, M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants (Pour une nouvelle approche de la question)*, JCP 1970, I, 2309.

²⁷⁵⁶ Certains auteurs, les mêmes pourtant qui proposaient la responsabilité subsidiaire du préposé, finissent par reconnaître l'absence totale de fondement à cette subsidiarité (G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé*, in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83, p.94).

Ces différents apports seront abordés successivement : la détermination préalable de la nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction (a.) permettant que soit précisé le régime de cet engagement (b.).

a. Le renouvellement de la nature de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction

549. Nature unitaire de l'engagement du bénéficiaire de la fonction. – La faute de fonction, qu'elle ait été commise par un préposé ou par un mandataire dirigeant, donne lieu à un engagement de même nature dès lors que celui-ci est issu du mécanisme d'imputation fonctionnelle exclusive précédemment décrit. Qu'il s'agisse du commettant ou de la personne morale, cet engagement correspond à une responsabilité civile du fait d'autrui. Si l'affirmation est classique s'agissant du commettant, elle est au contraire peu admise pour la personne morale. Dans les deux cas, cependant, la logique d'imputation initiée par le droit prétorien récent conduit à remettre en question les analyses classiques.

550. La responsabilité du commettant : le passage d'une responsabilité-garantie à une « véritable »²⁷⁵⁷ responsabilité du fait d'autrui. – De longue date²⁷⁵⁸, la responsabilité du commettant fut majoritairement conçue comme une « responsabilité provisoire »²⁷⁵⁹, une « responsabilité de garantie »²⁷⁶⁰, voire une « garantie au sens assurantiel du terme »²⁷⁶¹ ou une « simple garantie de paiement »²⁷⁶². La responsabilité du commettant se superposait²⁷⁶³, s'additionnait²⁷⁶⁴ en effet à celle de l'auteur direct du dommage, à l'instar de la responsabilité générale du fait d'autrui de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. La référence à une forme de sûreté était alors parfaitement justifiée car le système mis en place par le Code civil permettait à une victime de disposer de deux répondants²⁷⁶⁵, ce qui devait faciliter la réparation de son dommage, le répondant « naturel »²⁷⁶⁶ – le préposé – étant réputé peu solvable.

²⁷⁵⁷ L'adjectif est emprunté à un auteur dont la conception de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas totalement partagée (M. POUMAREDE, *L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui* in *Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.840).

²⁷⁵⁸ Après une période durant laquelle cette responsabilité était une responsabilité pour faute personnelle présumée (V. *supra* n°395).

²⁷⁵⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, t.5, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n°291 ; P. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°450.

²⁷⁶⁰ A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 12^{ème} éd., 2010, n°568.

²⁷⁶¹ C. GRARE, *op. cit.*, n°35.

²⁷⁶² C. RADE, *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* in *Responsabilité civile et assurances. Mélanges en l'honneur d'Hubert GROUDEL*, Litec, 2006, p.375, spé. n°10.

²⁷⁶³ J. JULIEN, *Responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°17.

²⁷⁶⁴ A. BENABENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁶⁵ Terminologie de C. GRARE, *op. cit.*, n°76 et s.

²⁷⁶⁶ Terminologie employée par employée par C. GRARE, *op. cit.*, n°78 ; J. JULIEN parlera de « responsable primaire », *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°263 et n°289.

L'irresponsabilité du préposé consacrée par l'arrêt *Costedoat* s'oppose au maintien d'une telle analyse puisque la responsabilité du commettant peut encore être admise en l'absence de toute imputation possible au préposé. Le préposé n'étant plus débiteur d'aucune obligation de réparation, le commettant ne saurait en être le garant.

Il est cependant inexact d'affirmer que la responsabilité du commettant est ainsi devenue une « responsabilité substituée »²⁷⁶⁷ et « objective »²⁷⁶⁸, comme le suggère une partie de la doctrine.

D'abord, il est erroné d'affirmer que la responsabilité du commettant est devenue une responsabilité objective par l'effet de l'irresponsabilité du préposé. Cette qualification fut en effet acquise par la seule disparition de la présomption de faute du commettant²⁷⁶⁹. Elle précédait donc la jurisprudence *Costedoat*.

De responsabilité substituée, il ne saurait ensuite être question puisque cela supposerait que la responsabilité du commettant vienne à la place de celle du préposé. Or, la responsabilité du préposé est devenue impossible²⁷⁷⁰. La critique peut sans doute être surmontée en raisonnant à partir de la seule notion d'imputation : l'imputation au commettant se substituerait à l'imputation naturelle à l'auteur direct. Mais le principal problème de cette qualification n'est pas là : il réside dans le fait qu'elle empêche de se départir de l'état du droit précédent qui niait l'autonomie de la responsabilité du commettant vis-à-vis de celle du préposé.

D'autres auteurs affirment ainsi que la responsabilité du commettant, qui était une responsabilité **pour** autrui est devenue une responsabilité **par** autrui²⁷⁷¹. L'avantage de cette présentation est qu'elle se rapproche davantage du changement opéré par la jurisprudence *Costedoat* : l'émergence d'une véritable responsabilité du commettant²⁷⁷².

551. Imputation exclusive et responsabilité du fait d'autrui. – Sans être tout à fait décisive de la transformation, la logique d'imputation se propose de la parachever en offrant un instrument structurant supplémentaire. Elle s'inscrit d'abord pleinement dans le courant doctrinal souhaitant la reconnaissance pleine et entière d'une responsabilité du fait d'autrui²⁷⁷³. D'abord, il s'agit d'une responsabilité *principale*²⁷⁷⁴ et nécessairement *personnelle*²⁷⁷⁵.

²⁷⁶⁷ A. BENABENT, *op. cit.*, *loc. cit.* ; C. RADE, qui emploie le terme de responsabilité substitutive (*Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?*, réf. préc., n°10).

²⁷⁶⁸ C. GRARE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁶⁹ V. *supra* n°395.

²⁷⁷⁰ En ce sens, M. POUMAREDE, *op. cit.*, spé. p. 859, note de bas de page n°127. – V. également, S. PORCHY-SIMON qui confirme que c'est avant la jurisprudence *Costedoat* que le commettant se substituait au préposé (*Droit civil, 2^e année, Les obligations*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd. 2012, n°761).

²⁷⁷¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 10^{ème} éd., 2009, n°808 et s. : les auteurs réservent l'expression de responsabilité pour autrui aux situations dans lesquelles l'addition des responsabilités de l'auteur direct et du civilement responsable est possible (faute commise par un enfant) et la terminologie de responsabilité par autrui aux situations dans lesquelles la responsabilité du répondant naturel a disparu. – *Contra*, M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, n°290 : l'auteur retient une responsabilité indirecte pour autrui, sans qu'il y ait cependant désaccord sur le fond.

²⁷⁷² P. BRUN, *op. cit.*, n°451 et s.

²⁷⁷³ M. POUMAREDE, *op. cit.* ; C. RADE, *op. cit.*

²⁷⁷⁴ J. MOULY, note sous Civ. 2, 10 mai 2001, JCP 2001, II, 10613.

L'expression « responsabilité personnelle » est d'ailleurs tautologique : comment une responsabilité c'est-à-dire une obligation de réparation pourrait-elle ne pas être personnelle ? Si l'obligation exécutable par le « civilement responsable » ne lui est pas personnelle, il faut alors convenir qu'il n'est plus question de responsabilité mais de garantie de paiement de la dette d'autrui²⁷⁷⁶. La véritable spécificité de la responsabilité du fait d'autrui tient plutôt à son fait générateur puisque celui-ci n'est ni le fait personnel ni le fait d'une chose mais le fait d'autrui²⁷⁷⁷.

La logique imputatoire fonctionnelle parachève ensuite la construction en proposant la faute de fonction comme instrument d'imputation du fait d'autrui au commettant, devenant alors civilement responsable.

La constance de la terminologie dissimule donc une réelle mutation de la nature de l'engagement du commettant qui doit s'analyser en une véritable responsabilité du fait d'autrui lorsqu'il découle de la commission d'une faute de fonction au sens strict du terme. Autrement dit, à l'imputation fonctionnelle exclusive correspond une responsabilité du fait d'autrui du commettant.

552. La responsabilité de la personne morale : le passage d'une responsabilité pour faute personnelle à une responsabilité du fait d'autrui. – Le droit positif actuel affirme que la responsabilité de la personne morale est une responsabilité du fait personnel²⁷⁷⁸. Pourtant la nature même de la personne morale²⁷⁷⁹ s'oppose à cette possibilité, la personne morale étant incapable de produire un comportement.

Or, selon certains auteurs, la faute dont il est question dans l'article 1382 du Code civil est nécessairement subjective²⁷⁸⁰. Partant, cette caractéristique n'est guère transposable à la personne morale. L'objectivisation partielle de la faute civile²⁷⁸¹ initiée à l'endroit des mineurs n'est, en outre, pas susceptible de permettre à la personne morale d'adopter un comportement

²⁷⁷⁵ G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83, spé. p.95.

²⁷⁷⁶ Pourtant certains auteurs continuent à affirmer que s'agissant des responsabilités du fait d'autrui, il est possible de constater une responsabilité non personnelle (J. JULIEN, *Responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2012, spé. n°12).

²⁷⁷⁷ M. POUMAREDE, *op. cit.*

²⁷⁷⁸ Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 : « la personne morale répond **des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes**. ». Dans cet arrêt, l'organe est un associé de la société, cette seule qualité conférerait donc la qualité d'organe, ce qui est discutable (cf. obs. G. DURRY, RTD civ. 1968, p.149, spé. p.150). – Civ. 2, 5 mars 1997, B. n°67, où la faute de l'association semble s'être incarnée dans la faute de son président.

²⁷⁷⁹ V. *supra* n°58.

²⁷⁸⁰ Alors que cela pourrait paraître paradoxal pour certains, ces auteurs s'appuient sur l'article 414-3 du Code civil pour démontrer que par principe la faute est subjective puisque la loi a dû créer une exception pour que les déments puissent engager leur responsabilité (A. BORIES, *La responsabilité civile des personnes morales*, RRJ 2006-3, p.1329, spé. n°11). Elle note aussi que le législateur, dans sa sagesse, n'y a employé ni le terme de faute, ni celui de responsabilité (*ibidem*).

²⁷⁸¹ V. *supra* n°537. Cette objectivisation n'est pas totale puisque si le discernement de l'auteur ne joue aucun rôle dans le régime de responsabilité civile, le contenu de sa volonté (intention, imprudence) est susceptible de produire des effets (B. DALLOZ, *L'intention : essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon 3, 2009). Cette remarque rejoint donc au moins partiellement le constat de l'élément moral de la faute fait par une partie de la doctrine (V. *supra* note de bas de page n°1143).

fautif, lequel reste l'apanage des seules personnes physiques. C'est pourquoi une partie de la doctrine n'hésite pas à affirmer que « s'agissant de la responsabilité civile d'une entité abstraite, dénuée de toute volonté consciente, à raison des fautes commises par ses dirigeants et organes ayant agi ès qualités, la mise en cause de la personne morale se présente bien plus comme une espèce de responsabilité pour autrui, l'immunité relative du fautif, qui répond de ses seules fautes personnelles, révélant une responsabilité du fait d'autrui fondée sur le risque²⁷⁸² »²⁷⁸³.

Néanmoins, certains d'auteurs restent attachés à une responsabilité du fait personnel de la personne morale²⁷⁸⁴, même s'ils admettent que la responsabilité de cette dernière implique l'« intermédiation »²⁷⁸⁵ d'une personne physique, laquelle « crée une ambiguïté et incite à la comparaison avec la responsabilité du commettant »²⁷⁸⁶. Il est ainsi frappant de constater que les conditions d'engagement de la responsabilité de la personne morale sont identiques quel que soit le fondement sur lequel cette responsabilité sera recherchée. La responsabilité de la personne morale, à l'instar de celle de toute autre personne, pourra être recherchée sur le fondement des articles 1382, 1384 alinéa 1²⁷⁸⁷ ou 1384 alinéa 5²⁷⁸⁸ du Code civil. Or, dans ces trois cas, le fait générateur de sa responsabilité sera la faute d'autrui : celle d'un organe dans le premier cas, celle d'un membre dans le deuxième cas, celle d'un préposé dans le troisième cas. En l'état du droit positif actuel, il serait cependant erroné de prétendre que la responsabilité de la personne morale ne peut être qu'une responsabilité du fait d'autrui ; il doit être tenu compte de la dualité de son régime. En effet, sa responsabilité civile délictuelle est également recherchée indépendamment de toute référence à la faute d'un organe.

553. La dualité de la responsabilité civile délictuelle de la personne morale. – A l'origine de ce régime dual se trouve la question de la pertinence de cantonner sa responsabilité à la condition d'un « fait de l'homme »²⁷⁸⁹. Une partie de la doctrine semble en effet séduite par la possibilité de démontrer une « mauvaise organisation » ou un « fonctionnement défectueux » de la collectivité²⁷⁹⁰.

²⁷⁸² A. BORIES, *op. cit.*, n°6.

²⁷⁸³ Également en faveur d'une responsabilité du fait d'autrui : A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 493, 2008, n°315 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, n°846 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, n°788-7.

²⁷⁸⁴ J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés, A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, n° 4 ; C. GRARE, *op. cit.*, n°87.

²⁷⁸⁵ J.-F. BARBIERI, *op. cit.*, n° 4.

²⁷⁸⁶ *Ibidem*.

²⁷⁸⁷ Responsabilité générale du fait d'autrui des associations sportives du fait de leurs membres : par exemple, Civ. 2, 22 mai 1995, JCP 1995, II, 22550.

²⁷⁸⁸ Par ex. : Civ. 2, 21 avril 1966, B. n°454.

²⁷⁸⁹ La question innerve également la matière pénale, V. *infra* n°735.

²⁷⁹⁰ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°424.

En outre, le droit positif actuel²⁷⁹¹ paraît également valider la possibilité d'une responsabilité de la personne morale en l'absence de démonstration préalable de la faute d'un organe²⁷⁹². En l'état, ce droit positif est fortement critiqué, en ces termes : « le recours à l'article 1382 dispense par définition le juge de caractériser la faute du dirigeant ou organe de la personne morale et partant, les circonstances de sa commission. La mise en cause du groupement relève par conséquent d'une simple affirmation, qui tend à la divination. Sans invoquer le risque d'arbitraire, plane l'ombre de l'insécurité judiciaire, liée à la souveraineté des juges du fond qui peuvent ainsi imputer des fautes à la personne morale »²⁷⁹³. L'auteur plaide donc pour la reconnaissance d'une responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384 alinéa 1 du Code civil²⁷⁹⁴.

La proposition présente cependant le défaut d'obliger à l'identification d'une faute précise émanant d'un organe ou représentant, sauf à admettre l'importation de la présomption d'imputation pratiquée en droit pénal²⁷⁹⁵. La suggestion d'une responsabilité fondée alternativement sur un défaut de fonctionnement ou sur la faute d'un organe doit être préférée

²⁷⁹¹ V. déjà le constat de G. VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t.22, 1977, Sirey, p.5, spé. p.9.

²⁷⁹² Par exemple : Civ. 2, 27 avril 1977 (B. n°108) : une personne avait été blessée au cours de l'utilisation d'une « sécheuse-repasseuse ». Elle parvient à engager la responsabilité de la société distributrice de la machine. L'attendu est le même qu'en 1967 mais il est bien difficile de déterminer avec précision la faute reprochée : ainsi la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu « que le monteur de la société n'a pas mis les utilisateurs en garde contre le vice de la machine dont ladite société ne pouvait ignorer la défectuosité » ; elle ajoute que « la notice technique remise aux acheteurs n'était pas explicite sur le danger présenté par cette machine ». Il est permis de s'interroger sur l'auteur direct de la faute reprochée : s'agit-il du monteur, lequel n'est pas un organe mais plutôt un préposé ? S'agit-il de la personne chargée de la rédaction de la notice, laquelle n'est pas nécessairement un organe non plus ? La faute dont il est question est-elle diffuse ?

D'autres décisions sont tout aussi confuses :

- Civ. 2, 24 mars 1980 (B. n°71) : une association a été jugée responsable de la chute d'un participant dans un bassin artificiel. Les juges du fond avaient constaté que « la profondeur insuffisante du bassin, dont le rebord était glissant et peu stable, le rendait dangereux en cas de chute » ;

- Civ. 2, 2 octobre 1980 (B. n°199) : faute de l'association mais aussi « des organisateurs » non identifiés ;

- Civ. 1, 16 novembre 1982 (B. n°331) : faute de l'association de chasse ou de son président, donc responsabilité de l'association pour la mort d'un chasseur ;

- Com. 2 mai 1990 (B. n°131) : condamnation solidaire d'une société ayant participé à la fraude organisée par son gérant en vue de l'insolvabilité d'une autre société.

- Civ. 2, 7 octobre 2004 (Bull. July 2005, p.100, note J.-F. BARBIERI: abus du droit d'ester en justice) : cet arrêt est intéressant car le pourvoi a pour objectif que l'association et ses dirigeants engagent leur responsabilité. Celle des dirigeants sera écartée faute d'avoir démontré une faute détachable de leurs fonctions ; la Cour de cassation va même plus loin en précisant qu'aucune faute personnelle « précise » ne peut leur être reprochée. En revanche, elle retient la responsabilité de l'association pour abus du droit d'agir en justice au sens de l'article 1382 du Code civil. Les juges du fond ont pu à cet égard relever une mauvaise foi de la personne morale, ce qui est sans doute trop anthropomorphiste et aurait pu (dû) être évité.

- Civ. 3, 5 novembre 2005 (n°07-17054) : condamnation pour l'absence de diagnostic « amiante » conforme avant la vente d'un immeuble.

V. enfin, l'abondante jurisprudence relative à la responsabilité délictuelle des associations sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, dans l'article de G. CHABOT, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Defrénois 1999, 37015.

²⁷⁹³ A. BORIES, *op. cit.*, n°13.

²⁷⁹⁴ A. BORIES, *op. cit.*, n°34 et s. – Egalement en ce sens, N. FERRIER, *op. cit.*, n°272.

²⁷⁹⁵ V. *supra* n°216.

comme permettant de contourner la possible opacité de l'organisation de la personne morale²⁷⁹⁶.

D'ailleurs certains projets de réforme du droit des obligations intègrent cette dualité. Ainsi l'article 7 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques, conduit sous la direction du professeur TERRE, considère que la faute de la personne morale peut tout autant résulter de la faute d'un organe que d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement²⁷⁹⁷. Il serait cependant préférable de ne pas parler de « la **faute** de la personne morale » et se contenter d'affirmer que « la personne morale engage sa responsabilité [civile] par la faute d'un organe ou en raison d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ». Ainsi, cette responsabilité serait toujours objective, le défaut d'organisation ou de fonctionnement n'étant pas équipollent à une faute même objective²⁷⁹⁸, laquelle postule l'existence d'un jugement de valeur porté sur le **comportement** de l'agent²⁷⁹⁹.

Bref, si la responsabilité civile de la personne morale ne peut être écartée par principe²⁸⁰⁰, elle devrait peut-être recevoir un traitement distinct d'une « simple et traditionnelle » responsabilité pour faute personnelle, soit parce que la notion de faute y serait inappropriée, soit parce que la faute dont il pourrait être question serait nécessairement celle d'un « organe », donc celle d'« autrui »²⁸⁰¹.

Dans cette dernière hypothèse, l'analyse faite à propos de la responsabilité du commettant peut ici être reproduite : la responsabilité de la personne morale est une responsabilité principale dont le fait générateur est le fait d'autrui, lequel lui sera imputé grâce à la qualification de la faute de fonction.

554. Conclusion. – A la situation ayant conduit à une figure d'imputation fonctionnelle exclusive correspond donc la responsabilité du fait d'autrui du bénéficiaire de la fonction – commettant ou personne morale. A elle seule, cette qualification permet également de consolider ou de prévoir le régime de l'engagement du bénéficiaire de la fonction.

²⁷⁹⁶ V. également, en droit pénal, *infra* n°735.

²⁷⁹⁷ Dans ce projet, la personne morale peut également engager sa responsabilité à raison du dommage causé par une autre personne morale, V. S. MESSAI-BAHRI, M. ROUSSILLE, *La responsabilité pour faute des personnes morales* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.119.

²⁷⁹⁸ A propos de l'antinomie de la terminologie de « responsabilité objective pour faute », V. A. BORIES, *op. cit.*, n°10 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, RTD civ. 1998, p.1, spé. p.6.

²⁷⁹⁹ A propos de la faute objective et de son rapport avec la responsabilité objective : H. MAZEAUD, *La « faute objective » et la responsabilité sans faute*, D. 1985, chron. 3.

²⁸⁰⁰ La responsabilité des personnes morales de droit privé a valeur constitutionnelle : CC. 22 octobre 1982 : D. 1983, p.189, note F. LUCHAIRE.

²⁸⁰¹ Sur ce point, V. *supra* n°66, l'analyse du lien existant entre la personne morale et le mandataire dirigeant.

b. Le renouvellement du régime de responsabilité du bénéficiaire de la fonction

555. Développements limités à certains éléments du régime de responsabilité du bénéficiaire de la fonction. – En général, le mot « régime » désigne, en droit, « l'ensemble des règles applicables à une notion »²⁸⁰² ou « l'ensemble des règles gouvernant certaines matières ou institutions »²⁸⁰³. Bref, il induit une exhaustivité qui ne sera pas atteinte ici. Il faut se souvenir en effet que les développements présents se concentrent essentiellement sur la fonction réparatrice de la responsabilité civile qu'il faudra postérieurement concilier avec les résultats de la logique sanctionnatrice. Néanmoins deux points particuliers sont éclairés par la nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction issue de la logique imputative : d'une part les contours du fait générateur d'une responsabilité dépendante du fait d'autrui (**α.**) et d'autre part, les règles de recours entre le responsable et autrui (**β.**)

α. Les contours du fait générateur d'une responsabilité dépendante du fait d'autrui

556. Mise en cause préalable de l'auteur matériel inutile. – Avant même la consécration de l'imputation fonctionnelle exclusive, la jurisprudence avait eu l'occasion de préciser que l'exigence d'un fait générateur matériellement commis par le préposé ou le mandataire dirigeant n'impliquait pas la mise en cause préalable de l'auteur matériel du fait dommageable. Cela fut rappelé alors qu'était recherchée la responsabilité d'un commettant²⁸⁰⁴ : la victime pouvait faire l'économie d'une action contre l'auteur. Cela doit également être précisé à propos de la responsabilité de la personne morale engagée à raison de la faute de l'un de ses organes. Contrairement à ce qui est parfois affirmé²⁸⁰⁵, l'absence de nécessité d'établir la responsabilité de l'organe n'est donc pas une preuve efficiente d'une responsabilité de la personne morale du fait personnel, puisque la règle est partagée avec un régime de responsabilité du fait d'autrui (la responsabilité du commettant).

La jurisprudence avait même admis que la responsabilité du commettant puisse être engagée alors que le préposé auteur du dommage n'avait pas été identifié²⁸⁰⁶. A cet égard, il est permis de s'interroger sur la cohérence de la jurisprudence qui semblait néanmoins exiger que puisse être caractérisé l'ensemble des conditions d'engagement de la responsabilité personnelle du chargé de fonction pour engager la responsabilité du commettant²⁸⁰⁷. Procédait-il par présomption d'imputation, à l'instar de la démarche pénaliste actuelle²⁸⁰⁸ ?

²⁸⁰² *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012.

²⁸⁰³ G. CORNU *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadrige, PUF, 2011, V^o Régime.

²⁸⁰⁴ Civ. 2, 21 avril 1966, B. n°454 – Civ. 2, 11 mars 1972, B. n°113.

²⁸⁰⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, réf. préc., n°409 et s.

²⁸⁰⁶ Civ.2, 11 mars 1971, D. 1971, somm., p.211.

²⁸⁰⁷ En atteste la jurisprudence relative à la responsabilité du commettant du fait d'un préposé ayant agi sous l'empire d'une trouble mental. Alors que la Cour de cassation a rejeté cette responsabilité lorsque la responsabilité personnelle du préposé ne pouvait être recherchée (Civ. 15 mars 1956, JCP 1956, II, 9297, note P.

Quoi qu'il en soit, l'émergence de l'irresponsabilité du préposé et du mandataire dirigeant oblige à s'interroger de nouveau sur le contenu exact du fait générateur de la responsabilité d'autrui. En effet, le rejet de l'immunité procédurale au profit de la logique d'imputation implique que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'agent fautif ne pourront plus être réunies lorsque sa faute aura été strictement fonctionnelle. Ce nouveau droit positif n'entraîne-t-il pas un changement de la nature de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction ?

557. La nature directe ou indirecte de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction. – Durant de longues années, il a pu être affirmé que la responsabilité du commettant était une responsabilité indirecte car elle requérait la caractérisation d'une possible obligation de réparation à la charge du préposé. Pour la doctrine qui considère que cette forme de responsabilité est réservée à la situation d'une superposition possible de responsabilités²⁸⁰⁹, la jurisprudence *Costedoat* a nécessairement sonné le glas de la responsabilité indirecte du commettant²⁸¹⁰. Il n'y a pourtant pas consensus sur ce point, en raison notamment des différences sensibles mais notables de la définition donnée à la responsabilité indirecte. Outre l'opinion précédemment évoquée, l'enjeu de la qualification tient parfois non seulement à l'exclusivité de l'engagement du civilement responsable mais aussi à la nature de l'acte d'autrui (fautif ou simplement causal)²⁸¹¹. Enfin, une dernière doctrine semble faire dépendre cette qualification de responsabilité indirecte de la seule nature de l'acte d'autrui²⁸¹².

L'argument avancé pour restreindre la portée de la qualification à la seule question de l'exclusivité de la responsabilité du commettant tient à la nécessité de reconnaître le fait d'autrui en tant que fait générateur de responsabilité au même titre que le fait personnel ou que le fait de la chose, dépouillé de toute considération pour le sort personnel d'autrui. Faisant plus particulièrement le parallèle avec la responsabilité du fait des choses, un auteur interroge : y parle-t-on de responsabilité indirecte au prétexte que le fait générateur n'est pas le fait du responsable²⁸¹³ ?

Même s'il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question ici, il pourra être observé que la qualification de responsabilité indirecte/directe n'est cependant véritablement opératoire

ESMEIN), elle l'a admise dès l'introduction dans le Code civil d'une obligation de réparation à la charge des déments, motivant même ses solutions par la combinaison des articles 489-2 et 1384 alinéa 5 du Code civil (Civ. 2, 24 octobre 1973, D. 1974, somm., p.6 – Civ. 2, 3 mars 1977, B. n°61).

²⁸⁰⁸ V. *supra* n°216.

²⁸⁰⁹ Par ex. M. IMBERT, note sous Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131 : le commentateur rappelle laconiquement que la responsabilité est indirecte dès lors qu' « elle postule la responsabilité préalable » de l'auteur de la faute ; M. POUMAREDE, *op. cit.*, p.855.

²⁸¹⁰ M. POUMAREDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸¹¹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2012-2013, n°7316, pour qui la qualification de responsabilité directe **implique** nécessairement que le fait générateur de la responsabilité soit le fait simplement causal d'autrui (nous soulignons) ; J.-C. SAINT PAU, *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ?* RCA 1998, chron. 22, n°1.

²⁸¹² J. JULIEN, *Responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°16.

²⁸¹³ M. POUMAREDE, *op. cit.*, spé. p.859 *in fine*.

que lorsqu'elle permet de déterminer la nature du fait d'autrui susceptible d'entraîner la responsabilité du commettant ou de la personne morale. Effectivement en dépit de l'usage, il est sans doute excessif de parler de responsabilité lorsque le civilement responsable ne joue que le rôle de garant. La désignation de ce mécanisme comme d'une responsabilité indirecte est donc fortement trompeur et devrait être abandonnée. Dès lors, la distinction entre responsabilité directe et responsabilité indirecte, réservée à une véritable situation de responsabilité, n'est utile que si elle sert à exprimer la nature du fait d'autrui.

558. Nature du fait d'autrui. Fait causal. – Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur d'une nature simplement causale du fait d'autrui.

Le premier argument de nature technique pourra être rapidement écarté. La transformation de la nature du fait d'autrui engageant la responsabilité du commettant en fait simplement causal fut évoquée comme une conséquence possible de l'arrêt *Costedoat*²⁸¹⁴. L'analyse en termes d'imputation qui a cependant été retenue invalide cet argument car elle laisse coexister l'illicéité de l'acte du préposé et son irresponsabilité.

Le deuxième argument repose sur la lettre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil dont il ne résulte pas l'exigence d'un fait fautif du préposé mais la seule nécessité d'un fait dommageable²⁸¹⁵. Une partie de la doctrine note d'ailleurs que telle faute n'était pas requise par la jurisprudence et qu'elle n'est apparue que par « un ricochet inattendu »²⁸¹⁶ à la disparition de la présomption de faute du commettant²⁸¹⁷. Quoiqu'il en soit de l'analyse littérale du texte, elle n'est plus de mise depuis longtemps en droit positif : la Cour de cassation l'a écartée en 1956²⁸¹⁸ et n'a cessé de réaffirmer l'exigence d'une faute du préposé depuis²⁸¹⁹. La position de la Cour de cassation relativement à l'acte des organes de la personne morale est logiquement identique puisque la responsabilité de la personne morale est censée être fondée sur sa faute.

Le troisième argument repose sur la nécessité d'une unité d'interprétation de l'article 1384 du Code civil. La Cour de cassation a en effet admis que la responsabilité parentale découlait du simple fait dommageable de l'enfant²⁸²⁰. Conserver un fait générateur fautif pour la responsabilité du commettant conduirait ainsi à fragmenter les régimes de responsabilité du fait d'autrui. Là encore l'argument n'est pas dirimant. Etant acquis que la Cour de cassation semble exiger la caractérisation d'une faute pour engager la responsabilité du fait d'autrui sur

²⁸¹⁴ M. BILLIAU, note sous AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, spé. n°17.

²⁸¹⁵ M. POUMAREDE, *op. cit.*, spé. p.843 ; J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, spé. n°6.

²⁸¹⁶ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. ROSTEIN, 1947, p.224.

²⁸¹⁷ M. POUMAREDE, *op. cit.*, p.846 et s. – Un auteur semble ne pas avoir retenu cette évolution, B. STARCK, *op. cit.*, p.226-227.

²⁸¹⁸ Civ., 11 mai 1956, D. 1957, jur., p.121, note R. RODIERE.

²⁸¹⁹ Civ. 2, 8 octobre 1969, B. n°269 – Civ. 2, 13 mai 1981, Gaz. Pal. 1982, I, Pan. 9, obs. F. CHABAS – Civ. 2, 2 octobre 1997, Gaz. Pal. 1997, II, Pan. 333.

²⁸²⁰ Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, RCA 2001, chron. 18, H. GROUDEL ; JCP G 2001, II, 10163, note J. MOULY – AP 13 décembre 2002, D. 2003, p.231, note P. JOURDAIN.

le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil²⁸²¹, la fracture engendrée par l'arrêt *Levert* pourrait être réduite en réintroduisant, ainsi que l'encourage l'avant-projet de réforme, la nécessité de la faute de l'enfant pour engager la responsabilité civile de ses parents²⁸²². Dès lors, l'argument tenant à l'unification des régimes de responsabilité du fait d'autrui plaide au contraire pour l'admission d'un fait illicite d'autrui.

La recherche de l'unification du régime de responsabilité du commettant est à l'inverse un argument en faveur du simple fait causal. Se contenter d'un tel fait générateur permettrait effectivement de mettre fin à la solution souvent critiquée de l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé²⁸²³ pour justifier de la responsabilité du commettant du fait de la chose manipulée par son préposé²⁸²⁴. La doctrine n'a pas manqué de relever le paradoxe qu'il y a à admettre une responsabilité directe du fait des choses du commettant mais pas une responsabilité directe du fait d'autrui²⁸²⁵. L'argument fait mouche mais n'emporte pas toujours la conviction.

Le quatrième argument tient enfin à l'incompatibilité qu'il y a à retenir successivement le fondement du risque et un fait générateur fautif. Si la charge des risques se justifie par l'idée de profit²⁸²⁶, la responsabilité du commettant doit s'étendre à tous les actes dommageables. En effet, « le commettant profite plus des actes non fautifs de ses préposés que de leurs erreurs et négligences »²⁸²⁷. Plus généralement, une autre partie de la doctrine affirme que la faute ne doit jouer aucun rôle au stade de la réparation du dommage²⁸²⁸. A ce dernier argument deux considérations peuvent être opposées : d'abord, rien n'impose de lier fondement et fait générateur de la responsabilité²⁸²⁹. Dès lors, le fait générateur pourrait malgré tout demeurer fautif dans un régime fondé sur le risque-profit. Il semble, ensuite, que cette nécessité découle moins du fondement de la responsabilité que du concept même de responsabilité. A ce titre, la fonction réparatrice de la responsabilité civile n'impliquerait pas nécessairement l'éviction de la faute, cette fonction devant être pondérée par des exigences d'équité sous-tendant la responsabilité.

²⁸²¹ Là encore, la Cour de cassation s'est seulement prononcée à propos d'associations sportives, de sorte que les décisions peuvent ne pas tout à fait convaincre (Civ. 2, 20 novembre 2003, D. 2004, p.300, note G. BOUCHÉ ; RTD civ. 2004, p.106, note P. JOURDAIN – Civ. 2, 13 mai 2004, RCA 2004, chron. 15, C. RADE ; Civ. 2, 21 octobre 2004, D. 2005, p.40, note J.-B. LAYDU – AP, 29 juin 2007, RTD civ. 2007, p.782, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2007, II, 10150, note J.-M. MARMAYOU).

²⁸²² Le vœu fut rapidement prononcé par la doctrine : par ex. S. SANA-CHAILLE DE NERE, *La faute d'autrui*, RLDC 2004, étude 432.

²⁸²³ Pour une critique du droit positif actuel : M.-A. PEANO, *L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé*, D. 1991, p.51.

²⁸²⁴ V. ouvrage de R. VERNESCO, *La notion de préposé et l'idée de fonction*, Domat-Montchrestien, 1933, p.90 : « Nous voyons là l'idée de préposition se porter au secours de l'idée de garde, et se substituer complètement et avantageusement à cette dernière ».

²⁸²⁵ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, spé. n°6 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n°807.

²⁸²⁶ V. *infra* n°430 et s.

²⁸²⁷ B. STARCK, *op. cit.*, p.224.

²⁸²⁸ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, réf. préc., n°226 – *Contra*, C. RADE, *La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui*, RCA 2004, étude 15.

²⁸²⁹ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°668.

559. Arguments en faveur du maintien d'un fait illicite. – En premier lieu, le droit positif n'a pas souhaité, jusqu'à ce jour, modifier l'état du droit antérieur sur ce point. Ainsi, la deuxième chambre civile, dans une décision du 8 avril 2004²⁸³⁰, a-t-elle exigé pour admettre la responsabilité du club sportif commettant que soit rapportée la preuve d'une faute de son joueur préposé²⁸³¹. Bien que la matière sportive connaisse des particularismes²⁸³², la plupart des auteurs considèrent cependant qu'il est peu probable que la Cour de cassation souhaite opérer des distinctions au sein des répondants²⁸³³.

Elle doit en second lieu être approuvée car elle se justifie. Ne retenir qu'un fait causal est en effet critiquable à plusieurs égards. D'abord, la seule exigence d'un lien causal conduirait à des conséquences pratiques fâcheuses en termes d'assurance²⁸³⁴. Cette critique essentiellement économique est renforcée par la réification subséquente du préposé²⁸³⁵, critique analogue à celle qui avait été émise après l'arrêt *Levert* ayant consacré la possibilité d'engager la responsabilité des parents à raison du seul fait causal de leur enfant²⁸³⁶. En revanche, la critique selon laquelle une telle solution rendrait le bénéficiaire de la fonction plus responsable

²⁸³⁰ Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131, note M. IMBERT ; D. 2004, p.2601, note Y.-M. SERINET.

²⁸³¹ La solution n'a pas été confirmée dans des hypothèses extra-sportives, la Cour de cassation se contentant d'affirmer que la faute du préposé engageait la responsabilité de son commettant (Civ. 2, 29 mars 2006, n°05-12470), sans que cela signifie qu'en l'absence de faute, la responsabilité du commettant ne pouvait être engagée.

²⁸³² Ces dernières années furent cependant témoins de profondes fluctuations en la matière. Ainsi, tandis que le domaine sportif était le lieu privilégié de la théorie de l'acceptation des risques, la deuxième chambre civile, dans un arrêt du 4 novembre 2010, allait, au contraire décider que « la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques » (LPA 2 mars 2011, p.11, note J.-P. VIAL ; LPA 9 novembre 2011, p.10, note A. DUMERY ; LPA 12 avril 2011, p.19, note B. BRIGNON ; Gaz. Pal. 4 et 5 mai 2011, note ; D. 2011, p.690, note J. MOULY ; Jurisport 2011, n°106, p.34, note F. MARCHADIER ; RCA 2011, étude 3, S. HOCQUET-BERG ; JCP 2011, 12, note D. BAKOUCHE ; RTD civ. 2001, p.137, note P. JOURDAIN). Outre que cette décision suscita de très nombreuses réactions doctrinales, elle conduisit, semble-t-il, également, le législateur à intervenir pour rétablir la jurisprudence antérieure. Par une loi du 12 mars 2012, il insère, ainsi, dans le Code du sport un nouvel article L. 321-3-1 selon lequel « les pratiquants ne peuvent être tenus pour responsables des dommages matériels causés à un autre pratiquant par le fait d'une chose qu'ils ont sous leur garde, au sens du premier alinéa de l'article 1384 du code civil, à l'occasion de l'exercice d'une pratique sportive au cours d'une manifestation sportive ou d'un entraînement en vue de cette manifestation sportive sur un lieu réservé de manière permanente ou temporaire à cette pratique ». Cette loi semble donc réintroduire la spécialité du droit de la responsabilité sportive (V. les articles de D. BAKOUCHE, *La loi de la course*, JCP 2012, 397 ; J. BOLLE, A. BOISGROLLIER, *Le législateur au secours du sport*, JCP 2012, 507 ; H. GROUDEL, *Il faut sauver les « 24 heures du Mans » !*, RCA 2012, repère 3 ; J. MOULY, *Le nouvel article L. 321-3-1 du Code du sport : une rupture inutile avec le droit commun*, D. 2012, p.1070 ; E. PECHILLON, *L'exception sportive en question : l'intervention ciblée du législateur en matière de responsabilité*, JCP 2012, 228).

²⁸³³ M. IMBERT, *op. cit.* ; C. RADE, *op. cit.*, n°15.

Elle maintient cependant la responsabilité causale des parents : par ex. Civ. 2, 17 février 2011, D. 2011, p. 1117, note BOUTEILLE : le chapeau de cet arrêt qui porte essentiellement sur l'exonération des parents rappelle que « pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par **le fait, même non fautif, du mineur** ».

²⁸³⁴ D'une part, l'augmentation des risques couverts conduirait à une augmentation des primes d'assurance à la charge du commettant (C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°62). D'autre part, il existe également la possibilité pour l'assureur d'exclure la couverture pour les simples faits causaux (M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, LGDJ, coll. Manuel, 2009, n°647).

²⁸³⁵ M. IMBERT, note sous Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131.

²⁸³⁶ H. GROUDEL, *Le mineur ravalé au rang de simple chose*, RCA 2001, chron. n°18.

que le chargé de fonction²⁸³⁷ ou plus sévèrement responsable du fait d'autrui que de son fait personnel²⁸³⁸ ne peut être reçue. Il n'est pas inutile à cet égard de rappeler que cette personne s'est placée dans une situation particulière qui pourrait justifier qu'elle engage plus facilement sa responsabilité²⁸³⁹.

A l'inverse, l'exigence d'un fait illicite relèverait du « simple bon sens »²⁸⁴⁰, étant entendu qu'il s'agit du bon sens juridique ! Elle semble en effet plus « conforme à la tradition juridique »²⁸⁴¹ car « le propre de tout mécanisme de **responsabilité**²⁸⁴² est [...] de stigmatiser un comportement individuel »²⁸⁴³. Il pourrait cependant être reproché à l'argument le fait que le comportement du responsable n'est précisément pas stigmatisé en l'espèce. Il doit cependant être agréé à la solution qu'il appuie. D'autres auteurs, portant leur attention sur la réparation, parviennent toutefois à la même sentence. Si la réparation « pure » doit être pensée comme exclusive d'un fait illicite imputable à l'auteur d'un dommage, cette dissociation entre la réparation et l'acte illicite doit avoir pour corollaire la socialisation de la réparation, assumée par un organisme collectif ou par l'Etat²⁸⁴⁴. En effet, d'un point de vue philosophique, « il n'y a aucune raison de préférer la victime à l'auteur du dommage, si le comportement de ce dernier n'est en rien contraire au droit »²⁸⁴⁵ et d'un point de vue technique la réparation déconnectée de la responsabilité doit s'analyser et donc s'aménager en termes d'assurance, ce qui exclut que ce poids soit supporté par une seule personne²⁸⁴⁶. Le propos concernant l'auteur matériel peut aussi bien être appliqué au civilement responsable dès lors qu'il est question d'organiser non pas la seule indemnisation de la victime mais la responsabilité d'un agent²⁸⁴⁷. Sur un autre terrain, proche du précédent, il est parfois affirmé que l'exigence d'un fait d'autrui fautif permet à la responsabilité du fait d'autrui de « retourner dans le giron de la

²⁸³⁷ M. IMBERT, *op. cit.*

²⁸³⁸ C. BLOCH, *Responsabilité générale du fait d'autrui : quel fait générateur pour quelle responsabilité ?* note sous CA, Aix-en-Provence, 27 février 2002, JCP 2003, II, 10097, spé. n°8 ; J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, spé. n°12.

²⁸³⁹ Une telle critique condamnerait les règles de la responsabilité contractuelle issue de l'inexécution d'une obligation de résultat puisqu'aucune faute n'est alors à démontrer. Il semble au contraire que la situation contractuelle justifie une telle rigueur, et notamment l'engagement (volontaire) du débiteur à exécuter son obligation.

²⁸⁴⁰ P. BRUN, *La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés* in *Lamy Droit de la responsabilité civile*, mai 2006, n°246-37.

²⁸⁴¹ C. RADE, *La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui*, réf. préc.

²⁸⁴² Souligné par l'auteur.

²⁸⁴³ C. RADE, *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?*, réf. préc., n°16. – Adde, C. BLOCH, *op. cit.*, n°8.

²⁸⁴⁴ M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Bib. de droit privé, 1974, t. 135, p.80.

²⁸⁴⁵ M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.81.

²⁸⁴⁶ *Ibidem.*

²⁸⁴⁷ J. JULIEN, *Responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2012, n°167 – Pour un point de vue différent, cependant, V. C. GRARE qui admet d'une part la double possibilité d'une « responsabilité de la normalité » et la « responsabilité de l'anormalité » (*Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°65-66) mais qui se prononce en faveur de la seconde, *a minima* (*op. cit.*, n°66).

responsabilité civile de Droit commun, soumise aux exigences de causalité »²⁸⁴⁸, l'harmonie de la responsabilité civile s'en trouvant préservée²⁸⁴⁹. Finalement, c'est certainement à l'égard de cette tradition que certains auteurs se prononcent en faveur du maintien de la faute²⁸⁵⁰.

Cependant, même s'il est admis que la responsabilité ne saurait se satisfaire d'un simple fait causal, le consensus ne s'opère pas autour de la faute, certains auteurs privilégiant l'acte « seulement » anormal d'autrui²⁸⁵¹, ceci afin de donner à la responsabilité du fait d'autrui un fait générateur autonome²⁸⁵². La difficulté à retenir la proposition tient alors surtout à celle de donner une définition autonome à l'anormalité²⁸⁵³. Tandis qu'une partie de la doctrine note une différence de nature entre anormalité et faute, tenant à la disparition de la dimension morale de l'acte²⁸⁵⁴, d'autres auteurs se contentent d'affirmer que la catégorie de l'anormalité serait plus permissive que la faute²⁸⁵⁵. Il existerait « un seuil d'anormalité propre à la situation donnant lieu à une responsabilité du fait d'autrui en fonction de « son époque et de son milieu »²⁸⁵⁶ »²⁸⁵⁷. Le critère, relativement évanescent, ne permet cependant pas de retenir la proposition.

D'ailleurs, alors que la distinction entre acte illicite et acte anormal semble avoir été consacrée par certains projets²⁸⁵⁸, l'avant-projet de réforme du droit des obligations²⁸⁵⁹ et le projet de l'Académie des sciences morales et politiques (article 13 alinéa 2) exigent que soit caractérisée une faute d'autrui.

560. Extension de la solution à la responsabilité des personnes morales. – Si les considérations tenant à la qualification de véritable **responsabilité** sont justes, elles doivent être transposées au fait générateur de la responsabilité des personnes morales : ce dernier doit donc rester fautif.

²⁸⁴⁸ P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, *La responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil* in Liber amicorum. *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ 2008, p.579, spé. n°10.

²⁸⁴⁹ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 99, 2010, n°594.

²⁸⁵⁰ P. BRUN, *L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, RCA 2000, H-S n°11 bis, p.10, spé. n°25 et 35.

²⁸⁵¹ M. POUMAREDE, *op. cit.*, spé. p.863 et s.

²⁸⁵² M. POUMAREDE, *op. cit.*, p.867.

²⁸⁵³ A propos de la place de l'anormalité en droit de la responsabilité civile : J.-C. SAINT-PAU, *Responsabilité civile et anormalité* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.249 – V. également, S. CHASSAGNARD, *La normalité en droit privé français*, thèse Toulouse, 2000.

²⁸⁵⁴ C. GRARE, *op. cit.*, n°65

²⁸⁵⁵ M. POUMAREDE, *op. cit.*, p.871.

²⁸⁵⁶ G. RIPERT, *L'exercice des droits et de la responsabilité civile*, Rev. crit. lég. et jur. 1906, p.352, spé. 365 ; F. GENY, *Risques et responsabilité*, RTD civ. 1902, p.812., spé. p.839.

²⁸⁵⁷ P. POUMAREDE, *op. cit.*, loc. cit.

²⁸⁵⁸ L'article 1340 de l'avant-projet CATALA portant réforme des obligations, semble accorder une réelle autonomie aux deux concepts puisqu'il envisage le « fait illicite **ou** anormal »,.

²⁸⁵⁹ Article 1355 alinéa 2 : « Cette responsabilité [...] suppose [...] la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

Pour conclure sur ce point, le caractère indirect ou « médiat[e] »²⁸⁶⁰ de l'engagement du bénéficiaire de la fonction doit être reconnu pour toutes les situations fonctionnelles. De plus, il découle de la reconnaissance d'une véritable responsabilité pesant sur ses épaules. Celle-ci est cependant subordonnée au caractère fonctionnel de la faute commise.

561. Conditions de l'imputation fonctionnelle exclusive. – Jusqu'ici affirmée, l'idée que la qualification fonctionnelle est au cœur de l'imputation dérogatoire prend ici tout son sens. Seule la présence d'une faute de fonction entendue dans son sens le plus strict²⁸⁶¹ autorise en effet cette imputation exclusive. Sont alors visés les préposés qui ont agi « dans le cadre de [leur] mission »²⁸⁶² et les mandataires dirigeants qui n'ont pas commis de « faute séparable de leurs fonctions »²⁸⁶³. C'est donc avec justesse que la faute de fonction peut être considérée comme un instrument d'imputation dérogatoire, puisque c'est du lien pouvant être établi entre l'acte fautif et la fonction que dépend la forme de l'imputation dérogatoire.

L'analyse conceptuelle a déjà permis d'apporter des éléments de définition de la faute de fonction. Elle a cependant mis en exergue l'existence de deux catégories de faute de fonction. La première renvoie à une faute de fonction ayant été commise dans le respect des frontières externes et internes des prérogatives fonctionnelles conférées par le bénéficiaire de la fonction au chargé de fonction. C'est une faute de fonction au sens strict. La seconde renvoie à une faute de fonction ayant été commise à l'occasion de l'activité fonctionnelle. C'est une faute fonctionnelle pouvant n'entretenir avec l'activité fonctionnelle que des liens purement circonstanciels de temps, de lieu ou de moyen. Le droit positif semble donc réserver l'existence d'une imputation fonctionnelle exclusive à la première catégorie.

Encore convient-il de préciser que si ces deux catégories de fautes sont présentes en droit positif, leurs contours ont été largement inspirés par un raisonnement purement déductif et non fonctionnel. La définition de la faute de fonction au sens strict doit donc être soumise à la logique de la théorie du risque-profit.

Selon cette théorie, il semble évident que seules les fautes commises « dans l'intérêt » du bénéficiaire de la fonction devraient entraîner une imputation exclusive²⁸⁶⁴. La théorie du risque-profit ne permet cependant pas *a priori* d'exclure les fautes constitutives de dépassement de fonction dès lors qu'elles restent animées d'un mobile altruiste. A la lumière

²⁸⁶⁰ Le terme est employé par C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°561.

²⁸⁶¹ Sont exclus de son champ, les dépassements et les détournements de fonction, V. *supra* n°274.

²⁸⁶² AP, 25 février 2000 *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN.

²⁸⁶³ Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY.

²⁸⁶⁴ J. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code civil*, thèse Caen, 1933 : « le préposé cesse d'être dans ses fonctions dès lors qu'il n'agit plus en vue d'atteindre le but assigné par le commettant à son activité ».

de l'enrichissement de cette théorie par l'analyse conceptuelle de la faute de fonction, il est cependant permis de penser que cette faute sort incontestablement du cadre fonctionnel justifiant de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction²⁸⁶⁵. Celui-ci a en effet organisé l'activité fonctionnelle à partir de prérogatives fonctionnelles aux contours prédéterminés. Le non-respect de ces contours conduit à contrecarrer les prévisions du bénéficiaire de la fonction, faisant de sa responsabilité une charge injustifiée. Ces deux types de détachement correspondent finalement à ce qu'une partie de la doctrine dénomme « la faute à laquelle le commettant ne pouvait pas normalement s'attendre »²⁸⁶⁶ et qui ne peuvent à cet égard correspondre à un risque normal de l'entreprise²⁸⁶⁷.

En revanche, la théorie du risque-profit n'est ici d'aucune utilité pour exclure de l'imputation exclusive les fautes de fonction dépassant un certain seuil de gravité, dès lors qu'il a été démontré que la gravité de la faute n'opère pas détachement purement conceptuel de la faute²⁸⁶⁸ d'une part et dès lors que cette gravité n'entrave pas la recherche d'un profit pour le commettant ou la personne morale²⁸⁶⁹.

Cette question ne peut donc être tranchée par la seule théorie du risque-profit ; elle est pourtant d'importance car elle détermine entre autre les règles de recours entre bénéficiaire de la fonction et chargé de fonction.

β. Les règles de recours entre bénéficiaire de la fonction et chargé de fonction

562. Responsabilité du fait d'autrui et recours du bénéficiaire de la fonction contre le chargé de fonction. – Si l'engagement du bénéficiaire s'analyse comme une véritable responsabilité du fait d'autrui, et dans une logique purement réparatrice²⁸⁷⁰, aucun recours ne devrait être possible contre le chargé de fonction²⁸⁷¹.

563. Recours du commettant contre son préposé en droit positif. – Jusqu'à présent, l'essentiel du contentieux a concerné les rapports entre commettant et préposé ; la

²⁸⁶⁵ En faveur de cette interprétation de la théorie du risque-profit, N. FERRIER, *op. cit.*, n°270.

²⁸⁶⁶ G. VINEY, note sous l'arrêt *Rochas*, D. 1994, p.125, spé. p.127.

²⁸⁶⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°835 – Sur cette théorie, V. *infra* n°605.

²⁸⁶⁸ V. *supra* n°296 et 308.

²⁸⁶⁹ V. par exemple les faits de l'arrêt *Cousin*.

²⁸⁷⁰ V. *infra* n° 656 pour une modulation des solutions en considération de la fonction sanctionnatrice.

²⁸⁷¹ A propos du préposé : M. BACACHE-GIBEILI, réf. préc., n°253 ; C. GRARE, *op. cit.*, n°95 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 2012, n°623 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil. 2^{ème} année. Les obligations*, 7^{ème} éd., Hypercours, 2012, n°762 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°812 – *Contra*, J. JULIEN, pour qui le responsable civil devrait pouvoir, après avoir indemnisé la victime, recourir contre le responsable primaire. Selon lui l'obligation de réparation du responsable civil ne peut qu'être temporaire car ce n'est pas lui qui a causé le dommage (*La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°319). Il a cependant été démontré que le fondement causal n'était pas pertinent pour le régime de la faute de fonction réparatrice.

responsabilité de la personne morale étant une responsabilité pour faute personnelle, elle n'a jamais donné lieu à un quelconque recours.

A cet égard et de manière générale, les solutions de droit positif semblent bien correspondre à l'analyse d'une véritable responsabilité du fait d'autrui puisqu'elle refuse le recours du commettant contre le préposé depuis la reconnaissance de l'irresponsabilité de ce dernier²⁸⁷². Il convient cependant de nuancer le propos.

La jurisprudence la plus récente n'a effectivement consacré cette solution que pour le recours **subrogatoire** du commettant²⁸⁷³ au motif que le commettant ne « dispos[e] d'aucune action récursoire contre son salarié [...] dès lors qu'il ne peut se prévaloir d'une subrogation dans les droits de la victime, laquelle ne dispose d'aucune action contre le préposé ». La solution autorise que la logique imputatoire se substitue à celle d'une immunité de procédure puisque toutes les deux conduisent à l'éviction du recours subrogatoire du commettant. En effet, si les conditions d'engagement de la responsabilité n'ont pu être réunies par la victime, en raison d'une cause d'imputation négative, l'action en responsabilité n'a pas davantage pu naître dans le patrimoine de la victime. Comment expliquer, alors, que dans cette même décision, la deuxième chambre civile ait admis l'action personnelle du commettant employeur en responsabilité civile devant la juridiction prud'homale ?

La logique du régime de responsabilité civile invocable devant la juridiction prud'homale permet de sortir de l'impasse : tandis que la condition d'imputation empêche l'engagement de la responsabilité délictuelle du préposé en présence d'une faute de fonction, elle ne ferait pas obstacle à l'engagement de sa responsabilité contractuelle, cette dernière ayant au contraire vocation à traiter des « faute[s] dans l'exécution du contrat de travail »²⁸⁷⁴. Il en résulte que la réelle motivation de cette responsabilité civile, lorsqu'elle est possible, est moins réparatrice que sanctionnatrice. C'est dire que l'engagement de la responsabilité civile contractuelle de salarié ne doit pas être compris comme répondant à une problématique de contribution à la dette, mais à une problématique de punition²⁸⁷⁵.

Reste que cette solution avait suscité une interrogation : quid de l'action personnelle du commettant non lié au préposé par un contrat de travail²⁸⁷⁶ ? Cette question a été en grande partie réglée par l'exclusion des situations de fait du champ d'application de l'imputation dérogatoire fonctionnelle.

²⁸⁷² *Contra*, Civ. 1, 12 juillet 2007, JCP 2007, II, 10162, note S. HOCQUET-BERG ; RCA 2007, comm. 334, obs. H. GROUDEL ; LPA, 12 décembre 2007, n°248, p.17, J.-F. BARBIERI : dans cet arrêt la Cour statuait cependant sur le recours de l'**assureur** du commettant contre l'**assureur** du préposé.

La doctrine avait depuis longtemps proposé que la contribution à la dette suive les règles de responsabilité contractuelle du salarié (M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants (Pour une nouvelle approche de la question)*, JCP 1970, I, 2309).

²⁸⁷³ Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, obs. H. GROUDEL ; D. 2008, p.1248, note J. MOULY.

²⁸⁷⁴ Citation des motifs de l'arrêt.

²⁸⁷⁵ C. GRARE, *op. cit.*, n°95.

²⁸⁷⁶ Un auteur exprime ses craintes à ce propos : J. MOULY, note préc., spé. n°7 ; également, M. BILLIAU, note sous l'arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, JCP 2000, II, 10295, n°10.

564. Recours de la personne morale contre son mandataire dirigeant en droit positif. – Bien que la situation risque d'être fort théorique lorsque le groupement est en bonne santé financière et que le dirigeant fautif est resté en place, l'action subrogatoire de la personne morale contre son mandataire dirigeant est actuellement parfaitement possible²⁸⁷⁷. Pourtant elle paraît d'abord peu compatible avec l'existence d'une véritable responsabilité du fait d'autrui de la personne morale. Ensuite, elle semble relativement vaine dès lors que les conditions de l'action subrogatoire sont identiques aux conditions de l'action en responsabilité civile engagée par les tiers, laquelle ne peut aboutir en présence d'une faute de fonction au sens strict.

Il n'est pas exclu dès lors que l'action personnelle de la personne morale soit privilégiée. Or, celle-ci n'est pas soumise aux mêmes conditions que l'action du tiers²⁸⁷⁸, de sorte que le groupement pourrait ainsi obtenir des dommages et intérêts à la hauteur de ceux qu'il aurait versé à la victime. Une telle possibilité est assez dérangeante, même si l'action personnelle est conçue comme une action sanctionnatrice²⁸⁷⁹ car elle revient à rendre juridiquement impossible l'existence d'une véritable responsabilité du fait d'autrui de la personne morale, c'est-à-dire une véritable responsabilité personnelle de la personne morale. La théorie du risque-profit n'est pas en cause puisque la théorie de l'organe n'avait davantage pu expliquer cette situation²⁸⁸⁰. Il faut peut-être admettre que l'action personnelle de la personne morale contre son dirigeant à raison du préjudice causé par le versement de dommages et intérêts à une victime à raison d'une faute de fonction au sens strict est illégitime, comme heurtant le principe de cohérence²⁸⁸¹, ou qu'un tel préjudice n'est pas réparable.

565. Appel en garantie du bénéficiaire de la fonction par le chargé de fonction. – Si la responsabilité du commettant ou de la personne morale est exclusive, le préposé et le mandataire dirigeant ne devraient pas être mis en cause par la victime. Logiquement, l'appel en garantie en devient inutile. Cela est vrai lorsque l'impossibilité d'agir contre eux découle d'une interdiction d'agir contre celui-ci²⁸⁸². L'adoption d'une logique d'imputation ne change cependant pas la donne du point de vue du chargé de fonction : il n'a pas besoin d'appeler le bénéficiaire de la fonction pour bénéficier de l'irresponsabilité découlant d'une imputation négative.

Cependant, l'intervention forcée du bénéficiaire de la fonction pourra être pertinente lorsqu'une situation d'imputation fonctionnelle exclusive est vraisemblable, pour

²⁸⁷⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°304.

²⁸⁷⁸ V. *supra* n°514 et *infra* n°624 et 647.

²⁸⁷⁹ V. *infra* n°625.

²⁸⁸⁰ Il était alors question de faire le départ entre l'action de l'homme et l'action de l'organe (V. *supra* n°59).

²⁸⁸¹ Article 31 du Code de procédure civile – A propos des liens entre intérêt légitime et principe de cohérence, V. not. G. WICKER, *La légitimité de l'intérêt à agir in Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA. Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p.455.

²⁸⁸² A propos du préposé, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, n°225.

préserver la victime des aléas de la qualification fonctionnelle. Cette intervention devra être initiée par le juge²⁸⁸³ dans l'hypothèse où la victime n'aurait pas actionné les deux agents de manière concomitante²⁸⁸⁴. Il est également possible de prévoir, par une disposition expresse, l'appel en garantie du chargé de fonction.

566. Synthèse – La qualification de faute de fonction au sens strict conduit à une figure imputative spécifique et commune aux fautes du préposé et du mandataire dirigeant : une imputation fonctionnelle exclusive. La cause de cette imputation réside incontestablement dans la théorie du risque-profit tandis que l'instrument technique reste subséquemment la qualification fonctionnelle de la faute commise. Cette logique imputatoire fut d'autant plus riche d'enseignement qu'elle a permis de clarifier et d'unifier la nature de la responsabilité du commettant et de la personne morale résultant de la commission d'une faute de fonction par le chargé de fonction. Qu'il s'agisse du commettant ou de la personne morale, la faute de fonction entraîne une véritable responsabilité du fait d'autrui, responsabilité indirecte car dépendante du fait illicite d'autrui mais responsabilité au sens plein puisqu'elle implique la commission d'une faute et qu'elle empêche que le responsable puisse exercer un recours contre l'agent fautif.

Les éclaircissements ainsi obtenus grâce à la logique d'imputation ont montré que le système mis en place par la jurisprudence est techniquement cohérent. La première figure d'imputation fonctionnelle prêtera cependant toujours le flan à la critique tant qu'elle n'aura pas été intégrée aux règles écrites par le législateur. Cette intervention lui permettrait ainsi d'accéder au même rang que l'imputation fonctionnelle cumulative.

B. L'imputation fonctionnelle cumulative

567. Caractère controversé de cette qualification. – A l'instar de l'imputation fonctionnelle exclusive, cette qualification sera différemment appréciée selon la situation fonctionnelle envisagée. Si la figure n'est guère innovante vis-à-vis de la situation fonctionnelle commettant/préposé, elle constituera certainement pour de nombreux auteurs une « bizarrerie » lorsqu'elle sera évoquée à propos de la situation fonctionnelle personne morale/mandataire dirigeant. C'est pourquoi il est, à son égard comme à celui de l'imputation fonctionnelle exclusive, nécessaire de procéder d'abord à la description de sa mise en œuvre (1.) avant de montrer les incidences de cette qualification sur la responsabilité fonctionnelle (2.).

²⁸⁸³ Article 332 du Code de procédure civile.

²⁸⁸⁴ Un auteur avait déjà souligné l'intérêt pour la victime de mettre en cause commettant et préposé de manière concomitante, ce qui permettra au juge de déterminer l'identité du débiteur de l'obligation de réparation (P. BRUN, *La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, Dr. et patr. 2001, p.52, spé. p.56).

1. La description de l'imputation fonctionnelle cumulative

568. Double imputation positive. Origines. – Cette forme d'imputation était celle de l'état du droit antérieur à la jurisprudence *Costedoat*, s'agissant de la faute commise par le préposé. Elle impliquait que la faute fût imputée tant au préposé, auteur matériel de la faute, qu'à son commettant, ce qui justifie qu'il soit fait constat du caractère cumulatif de l'imputation fonctionnelle. La victime avait alors le loisir d'engager soit la responsabilité du commettant, soit la responsabilité du préposé, soit d'agir concomitamment contre ces deux agents.

L'imputation fonctionnelle cumulative n'était alors dérogatoire que pour le commettant, n'ayant pas participé à la survenance du dommage, tandis que les règles d'imputation de la faute au préposé étant celles de l'article 1382 du Code civil.

569. Maintien de l'imputation fonctionnelle cumulative après la jurisprudence *Costedoat*. – La possibilité que responsabilité du commettant et responsabilité du préposé se cumulent n'est pas admise par l'ensemble de la doctrine. Pour une partie des auteurs, la jurisprudence *Costedoat* devait mettre fin à tout cumul²⁸⁸⁵ de responsabilité, et partant d'imputations positives. A l'appui de cette opinion se trouvait la volonté de ne pas opérer de distinction entre la faute de mission entraînant l'irresponsabilité du préposé et la faute de fonction conduisant à l'engagement de la responsabilité du commettant²⁸⁸⁶. Sans doute y avait-il là la crainte de voir se reproduire les circonvolutions jurisprudentielles ayant finalement permis de définir l'« abus de fonction ».

Le choix d'une terminologie différente pour circonscrire l'irresponsabilité du préposé alors que la jurisprudence continuait à parler de fonction pour engager la responsabilité du commettant, conduit pourtant à admettre une autonomie des deux types de fautes tant du point de vue de leur définition²⁸⁸⁷, que de celui de leur régime. Effectivement, la jurisprudence semble valider cette dualité, à l'instar de la majorité de la doctrine. La responsabilité du commettant est en effet engagée alors que celle du préposé a été retenue²⁸⁸⁸. Démonstration est ainsi faite que le préposé peut sortir de sa mission sans sortir de ses fonctions.

Cette dualité de régime n'est cependant pas chose acquise puisque le projet de l'Académie des sciences sociales et politiques retient une exclusivité des responsabilités du commettant et du

²⁸⁸⁵ H. GROUDEL, *Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés*, RCA 2000, chron.11.

²⁸⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁸⁷ V. *supra* n°204.

²⁸⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 27 septembre 2005, JCP 2006, IV, 2369 – Civ. 2, 16 juin 2005, JCP 2006, I, 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA 16 avril 2007, p.15, note R. CHAABAN – CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006, II, 10168, note C.-A. MAETZ.

préposé, avec corrélativement, le rejet de la distinction entre faute de fonction et faute de mission²⁸⁸⁹.

570. Reconnaissance de l'imputation fonctionnelle cumulative de la faute du mandataire dirigeant. – La conception largement retenue d'une responsabilité personnelle de la personne morale implique une exclusivité de sa responsabilité. L'existence d'une imputation fonctionnelle cumulative serait donc fortement sujette à caution s'il n'avait été préalablement démontré que la responsabilité de la personne morale est en réalité une responsabilité du fait d'autrui lorsqu'elle est engagée à raison de la faute d'un mandataire dirigeant. Partant également du double constat selon lequel la faute séparable n'est pas la faute séparée tandis que la personne morale engage sa responsabilité dès que la faute du mandataire dirigeant possède un lien même ténu avec les fonctions, il semble inévitable que la responsabilité de la personne morale pourra être engagée tandis que les conditions de la responsabilité du mandataire dirigeant seront réunies. D'ailleurs, le droit positif semble bien aller en ce sens qui admet de se prononcer sur la responsabilité d'un dirigeant alors que la responsabilité de la personne morale était également en cause²⁸⁹⁰ ou avait été retenue²⁸⁹¹.

L'alignement du régime de la faute du mandataire dirigeant sur celui de la faute du préposé se justifie puisqu'il en partage la cause : la théorie du risque-profit.

Pour aller plus loin dans la définition de la faute génératrice d'une imputation dérogatoire cumulative, il faut s'intéresser aux incidences de la logique d'imputation cumulative sur la responsabilité fonctionnelle.

2. Les incidences de la logique d'imputation cumulative sur la responsabilité fonctionnelle

571. Apport principal de la logique d'imputation cumulative. – Tandis que la logique d'imputation cumulative se contente de justifier l'analyse traditionnelle de la responsabilité additionnelle du commettant, son extension à la responsabilité de la personne morale n'est guère usuelle. Cependant, outre que l'état du droit positif a imposé cette analyse, elle permet de déterminer avec une relative certitude certains éléments du régime de la faute de fonction du mandataire dirigeant. Est ainsi justifié que les développements soient d'abord consacrés à la réaffirmation de la nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction **(a.)** puis au régime subséquent **(b.)**.

²⁸⁸⁹ A. OUTIN-ADAM, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la direction de François TERRE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.157, spé. p.161.

²⁸⁹⁰ CA Versailles, 17 janvier 2002, Bull. Joly 2002, § 111, note J.-F. BARBIERI ; RJDA 2002, n°398.

²⁸⁹¹ Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, obs. A. COURET.

a. La réaffirmation de la nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction

572. Nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction. – Le constat que l'imputation fonctionnelle cumulative décrit le régime applicable à la faute de fonction du préposé *ante* jurisprudence *Costedoat*, permet de s'appuyer sur de solides analyses doctrinales. Avant la consécration de l'irresponsabilité du préposé, la majorité de la doctrine s'était prononcée en faveur d'une garantie²⁸⁹².

Plus précisément, son obligation s'analyserait comme une « garantie de la responsabilité d'autrui »²⁸⁹³. Deux cas de figure sont alors envisageables : soit il s'agit d'une « garantie du risque »²⁸⁹⁴, laquelle implique que la responsabilité de l'auteur ne puisse être recherchée à défaut de fait générateur²⁸⁹⁵ ; soit il s'agit d'une garantie d'indemnisation²⁸⁹⁶ doublée d'une garantie de paiement²⁸⁹⁷ parce qu'elle assure l'indemnisation d'un tiers contre l'insolvabilité du débiteur. Puisque l'analyse s'attache à la situation d'une double imputation positive au civilement responsable et à l'auteur immédiat, il ne peut s'agir que d'une garantie d'indemnisation et de paiement. Cette analyse technique de l'engagement en garantie doit donc être absolument distinguée de celle du professeur STARCK pour lequel la garantie ne jouait aucun rôle technique dans la responsabilité civile mais en était le fondement. Dans sa conception, la garantie ne s'analyse d'ailleurs pas comme une catégorie de sûreté mais comme un droit de la victime à la protection²⁸⁹⁸.

Cette conception classique de la responsabilité du commettant doit être conservée, au moins pour partie après la jurisprudence *Costedoat* dans la mesure où cette dernière n'a pas mis fin à l'imputation fonctionnelle cumulative mais l'a circonscrite à une sphère extérieure à la faute de fonction *stricto sensu* mais intérieure à la faute fonctionnelle²⁸⁹⁹. Elle devrait en outre être étendue à l'engagement délictuel de la personne morale, comme procédant de la même logique

²⁸⁹² M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil. T. 5. Les obligations. La responsabilité extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n°292 ; A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 12^{ème} éd., 2010, n°568 ; P. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, n°451 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°207 ; C. RADE, *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* in *Responsabilité civile et assurances, Mélanges en l'honneur d'Hubert GROUDEL*, Litec, 2006, p.375, spé. n°10 ; plus récents : C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°35. – *Adde*, une étude récente, dont l'ampleur dépasse le cadre restreint de cette question, a mis en évidence la possibilité d'interpréter une obligation comme une garantie, F. ROUVIERE, *L'obligation comme garantie*, RTD civ. 2011, p.1.

²⁸⁹³ P. JOURDAIN, *Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé* in *Etudes offertes au professeur Philippe MALINVAUD*, Litec, 2007, p.303, spé. p.308.

²⁸⁹⁴ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.306.

²⁸⁹⁵ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.308-309 – *Contra*, responsabilité des parents du fait de leur enfant.

²⁸⁹⁶ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.307.

²⁸⁹⁷ P. JOURDAIN, *op. cit.*, p.305.

²⁸⁹⁸ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947.

²⁸⁹⁹ V. *infra* n°575.

d'imputation cumulative²⁹⁰⁰. La jurisprudence ne semble pas y être opposée²⁹⁰¹, à l'inverse d'une partie de la doctrine²⁹⁰². L'édiction d'un texte approprié serait sans doute indispensable pour que le régime de garantie de la personne morale puisse être identique à celui du commettant²⁹⁰³.

Une fois retenue la qualification de garantie de la dette d'autrui, certains éléments de régime s'imposent de manière quasi automatique.

b. Le régime subséquent de l'engagement du bénéficiaire de la fonction

573. Régime subséquent à la qualification de garantie. – L'admission d'une responsabilité-garantie dicte en principe un régime assez sévère tant pour le bénéficiaire de la fonction au stade de l'obligation à la dette (**α.**) que pour le chargé de fonction au stade de la contribution à la dette (**β.**).

α. Le régime subséquent de l'obligation à la dette

574. Obligation à la dette du bénéficiaire de la fonction. – Schématiquement, deux cas de figure sont possibles en droit des sûretés quant aux modalités de poursuite, par le créancier, du « garant »²⁹⁰⁴. Si celui-ci est un garant « simple », il peut opposer au créancier le bénéfice de discussion²⁹⁰⁵ : il peut contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal²⁹⁰⁶. S'il est un garant « solidaire », ce bénéfice de discussion disparaît²⁹⁰⁷, le créancier pouvant réclamer la totalité de la dette garantie au garant par la seule démonstration de la non-exécution de l'obligation du débiteur principal. La garantie conférée par le bénéficiaire de la fonction relève de cette seconde catégorie : il sera donc inutile d'attirer préalablement le chargé de fonction en justice. Devant les juridictions civiles, il est même

²⁹⁰⁰ En faveur de l'admission d'un concours de responsabilités entre la personne morale et son mandataire dirigeant, S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1255 et s.

²⁹⁰¹ Pour des condamnations cumulatives de la société et de son dirigeant, V. par ex., CA Versailles 17 janvier 2002, Bull. Joly 2002, § 111, note J.-F. BARBIERI – Civ. 1, 16 novembre 2004, Bull. Joly 2005, § 72, note B. DONDERO – Com. 23 mai 2006, pourvoi n°03-18.425.

²⁹⁰² J.-F. BARBIERI, note sous CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, § 123 ; A. BENABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 2003, n°588 ; D. VIDAL, note sous Com. 28 avril 1998, Dr. sociétés 1998, comm. 115.

²⁹⁰³ V. à propos du caractère solidaire et subsidiaire de la garantie assumée par la personne morale, S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1269-1270.

²⁹⁰⁴ Ces modalités de poursuites existent en réalité essentiellement en présence d'un cautionnement (V. sur toutes les possibilités, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2011, p.46 et s.).

²⁹⁰⁵ L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.*, n°142.

²⁹⁰⁶ Article 2299 du Code civil.

²⁹⁰⁷ L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.*, n°148.

inutile d'identifier le préposé auteur direct du dommage²⁹⁰⁸. La situation est différente devant la juridiction pénale car l'infraction du préposé doit pouvoir être caractérisée, ce qui implique l'identification de ce dernier²⁹⁰⁹. Il n'est cependant pas nécessaire que le préposé soit condamné civilement²⁹¹⁰.

575. Conditions sévères de l'obligation à la dette. – Logiquement, l'instrument de l'imputation fonctionnelle cumulative reste la faute de fonction mais cette fois c'est sa définition élargie qui est retenue. Seule la qualification d'une faute fonctionnelle (faute commise à l'occasion des fonctions) conduit à cette double imputation positive, car c'est de cette qualification que dépend l'engagement du bénéficiaire de la fonction. La seule gravité de la faute du chargé de fonction ne permet pas de rompre le lien fonctionnel, comme constitutive d'une simple distension du lien fonctionnel. L'imputation fonctionnelle cumulative perdure donc dans cette hypothèse de détachement relatif²⁹¹¹. En principe, le dépassement et le détournement des prérogatives fonctionnelles, opérant également détachement relatif²⁹¹², relèvent pareillement de l'imputation fonctionnelle cumulative. Dans quelle mesure cet état du droit positif est-il justifié par la théorie du risque-profit ?

La garantie du bénéficiaire de la fonction peut être justifiée, en premier lieu, lorsque dépassant ses prérogatives, le chargé de fonction agit toujours dans l'intérêt du bénéficiaire de la fonction²⁹¹³. Bien que cela puisse susciter la controverse, cette garantie se justifie encore lorsque le chargé de fonction, tout en ayant dépassé et détourné ses prérogatives, aura commis sa faute sur les lieux, dans le temps ou avec les moyens de l'activité fonctionnelle²⁹¹⁴. Ce lien très distendu avec la fonction ne pourrait certainement pas justifier de la véritable responsabilité du bénéficiaire de la fonction. Mais tant que l'activité dont l'exécution a été confiée par le bénéficiaire de la fonction au chargé de fonction n'est pas étrangère à la commission de la faute, le bénéficiaire de la fonction doit rester un garant possible. La faute fonctionnelle émanant du droit positif relève certainement de ces circonstances²⁹¹⁵.

La limite de l'activité fonctionnelle s'impose tant pour le préposé que pour le mandataire dirigeant. S'agissant du dirigeant social, la solution est dictée par la théorie des pouvoirs

²⁹⁰⁸ V. *supra* n°556.

²⁹⁰⁹ Crim. 17 décembre 1970, JCP 1971, IV, p.23 – Crim. 17 mai 1976, D. 1977, p.650, rapport LECOURTIER ; RTD civ. 1977, p.135, obs. G.DURRY

²⁹¹⁰ L'hypothèse est possible lorsque la victime n'adresse sa demande de dommages et intérêts qu'au commettant (Crim. 26 octobre 1982, B. n°233).

²⁹¹¹ V. *supra* n°255.

²⁹¹² V. *supra* n°266.

²⁹¹³ S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1264.

²⁹¹⁴ *Comp.* la théorie du mandat apparent qui permet l'engagement de la personne morale (V. *supra* n°229).

²⁹¹⁵ Certains auteurs évoqueront également une « logique de responsabilisation » (C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)*, RTD civ. 1999, p.561, spé. p.582) venant à l'appui de la théorie du risque-profit.

légaux qui, lorsqu'elle s'applique, engage la société à concurrence de l'objet social²⁹¹⁶, correspondant à son activité juridique²⁹¹⁷. Théorie des pouvoirs légaux et imputation positive cumulative convergent donc vers un souci de protection des tiers²⁹¹⁸. La solution peut cependant être nuancée, ponctuellement.

576. Limites inhérentes à la nature de la personne morale. – En premier lieu, la capacité délictuelle de la personne morale doit être corrélée à sa capacité juridique laquelle est en principe déterminée par son objet social²⁹¹⁹. Pourtant, dans les sociétés à risque limité, l'engagement du groupement envers les tiers peut aller au-delà de cet objet social. Cette règle, plus proche de la théorie de l'apparence que de celle des pouvoirs légaux, doit être interrogée à la lumière de la matière délictuelle envisagée. Est-il possible d'admettre la théorie de l'apparence en matière délictuelle ? Certaines solutions jurisprudentielles relatives au préposé ont semblé l'admettre, mais elles ont été précédemment critiquées²⁹²⁰. En outre, est-il légitime de traiter de manière analogue l'acte licite pris en dépassement de l'objet social et l'acte illicite commis en dépassement de l'objet social ? L'extension jusqu'à l'objet social, indifférente à l'intérêt social est sans doute suffisamment permissive.

En second lieu, si la théorie du risque-profit autorise que l'engagement de la personne morale dépasse les fautes commises dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles, elle ne saurait contrevenir aux règles de protection de la personne morale. Ainsi, il serait fonctionnellement incohérent d'admettre qu'un acte interdit par la loi puisse engager la personne morale sur le terrain délictuel. C'est ainsi que le cautionnement donné par dirigeant d'une société anonyme sans autorisation préalable du conseil d'administration ne saurait entraîner la responsabilité délictuelle de la personne morale alors qu'un tel cautionnement lui est inopposable²⁹²¹.

Certains auteurs n'entendent pas, cependant, limiter la responsabilité délictuelle de la société en ce sens. Ils jugent au contraire que la société pourrait être responsable sur le terrain délictuel en cas de cautionnement non autorisé²⁹²². Cette solution ne contreviendrait pas à la règle de l'inopposabilité dès lors que l'obligation de la société ne serait pas fondée sur le contrat de cautionnement et que le montant de la réparation pourrait être modéré par le juge en

²⁹¹⁶ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1173. L'auteur fixe le départ de la responsabilité exclusive du dirigeant social à partir du dépassement de ses pouvoirs légaux. Or, la limite de ces pouvoirs légaux est constituée par l'objet social de la société.

²⁹¹⁷ Selon certains auteurs, l'objet social ne correspond pas exactement à l'activité sociale qui est l'activité effectivement exercée par la société (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd. 2012, n°113) ; l'activité sociale doit pourtant directement découler de l'objet social, sous peine d'une requalification judiciaire de l'objet social.

²⁹¹⁸ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1266.

²⁹¹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°113 et s.

²⁹²⁰ V. *supra*, n°226.

²⁹²¹ *Contra*, Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI.

²⁹²² R. VATINET, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. des sociétés 2003, p.247, n°33.

fonction, notamment de la faute de la victime ne s'étant pas assurée de l'autorisation du Conseil d'administration²⁹²³. Le propos n'est pas partagé et il est permis de se demander s'il respecte le principe de cohérence.

577. Droit prospectif. – L'extension de la responsabilité civile de la personne morale à concurrence des fautes commises lors d'une activité entrant dans son objet impliquerait certainement une intervention législative tant elle semble controversée et incertaine en droit positif. Ainsi, la doctrine n'est-elle même pas certaine que l'introduction en droit français des « lettres de confort » ou « lettre de missions » issues de la pratique anglo-saxonne des *indemnity letters*²⁹²⁴ – conventions par lesquelles la société s'engage à prendre en charge le paiement des condamnations pécuniaires du dirigeant – soit admissible en droit français, **même pour les fautes non séparables des fonctions**²⁹²⁵. Partant, il faudrait certainement que la loi impose la garantie de la personne morale pour les fautes fonctionnelles commises par leurs dirigeants²⁹²⁶. Cela pourrait se faire lors de la réforme du droit des obligations²⁹²⁷. Cette réforme serait en outre l'occasion de statuer sur les causes d'exonération du responsable garant.

578. Causes d'exonération du bénéficiaire de la fonction. – La sévérité du régime se poursuit au stade des causes d'exonération du commettant ou de la personne morale. Ainsi est-il généralement enseigné que le commettant ne dispose pas de causes d'exonération propres. C'est pourquoi ne peut-il démontrer que la faute de son préposé a constitué pour lui un cas de force majeure à défaut de pouvoir remplir la condition d'extériorité de l'acte du préposé. Le commettant peut toutefois se libérer de son obligation en caractérisant l'existence d'une force majeure pour le préposé²⁹²⁸, ce que corrobore la jurisprudence²⁹²⁹. Pourtant, il s'agit moins pour le commettant de s'exonérer que de faire disparaître l'**objet** de sa garantie²⁹³⁰. La libération totale ou partielle du commettant par la faute de la victime procède du même mécanisme car celle-ci interrompt la causalité entre la faute du préposé et le dommage de la victime.

²⁹²³ *Ibidem.*

²⁹²⁴ J.-M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, Rev. sociétés 2003, p.195, spé. p.208

²⁹²⁵ S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1201 et s.

L'auteur s'interroge sur le point de savoir si ces conventions n'appartiennent pas à la catégorie des sûretés personnelles profitant au dirigeant, interdites par l'article L. 225-43 du Code de commerce. Elle répond par la négative (*op. cit.*, n°1203). V. *infra* n°662 à propos des polices d'assurance souscrites par la personne morale pour le compte de ses dirigeants.

²⁹²⁶ Lorsque la société est *in bonis* (V. *supra* n°494).

²⁹²⁷ V. *supra* n°553 le texte envisagé par l'Académie des sciences morales et politiques.

²⁹²⁸ V. auteurs cités par J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM, 2001, n°286, spé. note de bas de page n°1182.

²⁹²⁹ Civ.1, 11 décembre 1974, D.1975, IR, p.67.

²⁹³⁰ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°809.

Il est également avancé que la démonstration d'un « abus de fonction » du préposé serait un moyen pour le commettant de s'exonérer de sa responsabilité-garantie. C'est en effet en ces termes que la jurisprudence s'exprime²⁹³¹ et cette qualification est réaffirmée par une partie de la doctrine²⁹³². Pourtant, "pour parler d'exonération, il faut supposer que les conditions d'application sont réunies, du moins en apparence"²⁹³³. La cause d'exonération désignée par la jurisprudence correspond plutôt à la démonstration d'une faute extra fonctionnelle : la condition de l'engagement de la responsabilité-garantie du commettant tenant au caractère fonctionnel de la faute n'est alors pas remplie²⁹³⁴. La démonstration d'un « abus de fonction » permet donc de faire disparaître l'une des **conditions** de la garantie du commettant. A certains égards l'« abus de fonction » du préposé ressemble donc à la faute séparée des fonctions de mandataire dirigeant.

Il en résulte que si substantiellement l'« abus de fonction » correspond moins à une cause d'exonération qu'à une défense au fond, elle correspond cependant d'un point de vue processuel à un déplacement de la charge de la preuve. Il y a alors allègement de la charge de la preuve de la victime qui peut se contenter de démontrer la seule apparence d'une faute fonctionnelle et alourdissement subséquent de la charge de la preuve du garant qui, pour se défendre, devra démontrer la réalité d'une faute extra-fonctionnelle. La solution est heureuse pour la victime et s'inscrit parfaitement dans une logique de réparation. Elle semble sévère pour le garant qui paraît pourtant mieux placé que la victime pour démontrer le caractère fonctionnel ou non fonctionnel de la faute.

579. Introduction d'une nouvelle cause d'exonération ? – Pour beaucoup d'auteurs, cette situation accrédite la qualification de garantie. Il est notable cependant que force majeure, faute de la victime et extra fonctionnalité de la faute du préposé sont invocables tant par le responsable du fait d'autrui²⁹³⁵ que par le garant de la responsabilité d'autrui. Seulement tandis que le responsable du fait d'autrui devrait disposer de causes d'exonération propres, le garant en serait logiquement dépourvu. Cette distinction, non actée en droit positif, est cependant réclamée en doctrine²⁹³⁶ : la cause d'exonération appropriée du responsable du fait d'autrui serait alors « l'impossibilité qu'a eu le responsable d'empêcher le fait dommageable ». L'introduction d'une telle cause d'exonération n'est toutefois pertinente qu'autant que le

²⁹³¹ Par exemple, AP 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN.

²⁹³² L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité*, thèse Bordeaux IV, 2003, n°372.

²⁹³³ L. BLOCH, *op. cit.*, n°28 : « l'exonération ne sanctionne pas l'absence d'une des conditions de formation ou de validité de l'obligation ».

²⁹³⁴ Article 1384 alinéa 5 du Code civil : « [...] dans les fonctions [...] ».

²⁹³⁵ Ces événements sont donc invocables par le bénéficiaire de la fonction tant dans le régime de l'imputation fonctionnelle exclusive que dans l'imputation fonctionnelle cumulative.

²⁹³⁶ M. POUMAREDE, *L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui* in *Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.839 ; C. RADE, *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* in *Responsabilité civile et assurances, Mélanges en l'honneur d'Hubert GROUDEL*, Litec, 2006, p.375, n°21.

fondement retenu de l'engagement du responsable du fait d'autrui est l'autorité, ce qui n'a pas été retenu en l'espèce.

Le responsable du fait d'autrui ne dispose donc d'aucune réelle cause d'exonération, si ce n'est qu'il pourra demander la disqualification de sa responsabilité en garantie par la démonstration du détachement fonctionnel de la faute du chargé de fonction. Une telle prétention interviendra possiblement au stade du recours du bénéficiaire de la fonction.

β. Le régime subséquent de la contribution à la dette

580. Contribution à la dette. Règles de recours entre le bénéficiaire de la fonction et le chargé de fonction. – D'abord, les règles de recours semblent devoir suivre celles du droit des sûretés selon lequel le garant dispose d'un recours contre le débiteur principal²⁹³⁷. Ainsi, alors que l'appel en garantie du bénéficiaire de la fonction par le chargé de fonction était rejeté²⁹³⁸, le bénéficiaire de la fonction disposait d'un recours subrogatoire contre le chargé de fonction²⁹³⁹.

Des aménagements doivent cependant être apportés tant en ce qui concerne la possibilité du recours du bénéficiaire de la fonction qu'en ce qui concerne l'impossibilité d'un appel en garantie du bénéficiaire de la fonction par le chargé de fonction. Ces deux points ne peuvent en effet être abordés qu'une fois le régime de la faute de fonction parachevé par son autre versant, celui de la logique sanctionnatrice²⁹⁴⁰.

581. Synthèse – Lorsque le lien fonctionnel se distend sans pour autant disparaître, la faute commise par le chargé de fonction donne lieu à la seconde figure d'imputation : l'imputation fonctionnelle cumulative. La cause de cette imputation reste apparemment la théorie du risque-profit et le lien qui peut être établi entre la faute et la fonction sert toujours d'instrument d'imputation. Pour qu'il y ait imputation fonctionnelle cumulative, il faut en effet constater le lien fonctionnel même élargi, autrement dit une faute fonctionnelle, à l'exclusion d'une faute

²⁹³⁷ Ainsi la caution *solvens* dispose d'un recours personnel contre le débiteur principal (M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien, coll. Cours LMD, 2010, n°445) et d'un recours subrogatoire (article 2306 du Code civil) (M. MIGNOT, *op. cit.*, n°449). De même le garant peut recourir contre le donneur d'ordre (M. MIGNOT, *op. cit.*, n°631).

Il est difficile d'affirmer que l'existence d'un recours découle de la notion de garantie dès lors que le recours est fondé non sur le droit des sûretés mais sur le mandat ou la gestion d'affaire pour la caution (M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBERD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, coll. U, 2^{ème} éd. 2012 ; M. MIGNOT, *op. cit.*, n°446 – *Contra*, à propos de la garantie autonome, M. MIGNOT, *op. cit.*, n°631). Il ne semble pas nécessaire, cependant, de qualifier ces institutions juridiques pour ouvrir le recours (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2010, n°273), ce dernier étant fondé sur le contrat liant la caution et le débiteur principal selon les termes de l'article 2305 du Code civil.

²⁹³⁸ A propos de l'appel en garantie par le préposé : Civ. 2, 6 février 1974, D. 1974, p.409, note P. LE TOURNEAU.

²⁹³⁹ A propos du recours du commettant contre le préposé : Civ. 1, 20 mars 1979, D. 1980 p.29, note C. LARROUMET – Civ. 1, 25 novembre 1992, B. n°293.

²⁹⁴⁰ V. *infra* n°656 et s.

de fonction au sens strict. Concrètement, ensuite, l'imputation cumulative se traduit par la possibilité d'engager tant la responsabilité du bénéficiaire de la fonction que celle du chargé de fonction. Dès lors, la responsabilité du bénéficiaire de la fonction doit s'analyser comme une responsabilité-garantie, au moins pour partie²⁹⁴¹.

582. Conclusion section 2. – La recherche du contenu du régime de la faute de fonction réparatrice a dû s'effectuer en trois temps.

Il a été d'abord assez aisé de démontrer l'insuffisance de l'appréhension de ce régime comme la conjonction d'une responsabilité du fait d'autrui et d'une immunité. En effet, ce dernier mécanisme renvoie soit à une immunité procédurale, peu pertinente au regard de la théorie du risque-profit, soit à une immunité de fond renvoyant finalement à une cause de non-imputation.

C'est alors à la vérification de la réalité de la notion d'imputation elle-même qu'il a fallu procéder, sa sous-exploitation en droit de la responsabilité civile pouvant en effet faire douter de son caractère opératoire. Le processus de recherche a ainsi permis d'isoler la notion de celles d'imputabilité et de causalité, dont elle est proche. Finalement, l'imputation à laquelle pourra être adjoint l'adjectif « personnelle » pour mieux la distinguer de la causalité, exprime la décision de mettre à la charge d'un agent les sanctions juridiques attachées à un fait juridique, cette décision résultant d'un jugement de valeur *ante* judiciaire. Elle se présente comme une quatrième condition de la responsabilité civile, au côté du fait générateur, du préjudice et du lien causal établi entre ces deux éléments.

S'en est suivi l'exposé du caractère dérogatoire de l'imputation en présence d'une faute de fonction. Celle-ci est en effet apparue comme génératrice de deux figures d'imputation plus ou moins dérogatoires de l'imputation naturelle comportementale. Outre que ces deux figures d'imputation sont communément causées par la théorie du risque-profit, sans distinction quant à l'objet de la fonction, elles ont en commun d'être déclenchées par et en fonction de l'intensité du lien fonctionnel de la faute. Lorsque celui-ci est étroit, il donne lieu à une imputation exclusive de la faute. Lorsque celui-ci est au contraire distendu, il donne lieu à une imputation cumulative de la faute. Concrètement, l'imputation exclusive se traduit par la concomitance de l'imputation négative de la faute au chargé de fonction, cause de son irresponsabilité, et de l'imputation positive de la faute au bénéficiaire de la fonction, cause de sa responsabilité. L'imputation cumulative est plus classique qui renvoie à la possibilité d'engager cumulativement la responsabilité du bénéficiaire de la fonction et celle du chargé de fonction.

Ces deux figures ont permis de mieux appréhender la nature de l'engagement du commettant et de la personne morale. Lorsque l'imputation est exclusive, ils sont de véritables responsables du fait d'autrui, ce qui implique d'une part que leur responsabilité soit déclenchée

²⁹⁴¹ V. *infra* n°656.

par le fait illicite d'autrui et d'autre part qu'il leur soit impossible d'exercer un recours contre l'agent fautif. Lorsque l'imputation est cumulative, ils sont les garants de la responsabilité de l'agent fautif.

Ainsi analysé, le régime de la faute de fonction confirme l'intuition d'une doctrine qui concluait une étude comparant imputation et causalité en jugeant qu'« à la bourse des notions juridiques, le cours de l'imputation [devrait] être revu à la hausse par rapport à celui de la causalité »²⁹⁴².

²⁹⁴² F. LEDUC, *Causalité civile et imputation*, réf. préc., spé. n°11.

583. Conclusion du chapitre 2. – Au terme de ces développements consacrés à la mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice, de nombreuses zones d'ombres ont été levées.

D'abord, fort d'un fondement politique efficient, le domaine de ce régime a été déterminé avec précision : réservé à l'action en responsabilité civile délictuelle lorsqu'elle est exercée par un tiers à la situation fonctionnelle, ce régime s'applique à la très grande majorité des agents placés dans des situations fonctionnelles d'expansion, à l'exception des intermédiaires que sont les commissionnaires et les agents d'assurance. La théorie du risque-profit justifie en outre l'exclusion de ce régime des situations de fait – quasi-fonctions – et des situations parafonctionnelles du sous-traitant ou du mandataire de droit commun, une figure d'imputation dérogatoire cumulative restant cependant possible dans ces hypothèses, en ayant recours à un autre fondement politique : l'autorité/maîtrise. En somme, le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice correspond, à peu de chose près, au cadre conceptuel de la faute de fonction.

Ensuite, et face aux insuffisances du mécanisme de l'immunité, le contenu du régime de la faute de fonction implique de mettre l'accent sur la notion d'imputation. Distincte de l'imputabilité et de la causalité, l'imputation personnelle procède de la volonté législative de mettre à la charge d'un agent les sanctions juridiques attachées à un fait juridique. Postulant un jugement de valeur *ante* judiciaire, l'instrument peut être décliné positivement à l'égard du bénéficiaire de la fonction et négativement à l'égard du chargé de fonction. Ainsi, la faute de fonction autorise-t-elle deux figures d'imputation dérogatoires possibles selon que le droit positif aura choisi d'imputer le fait juridique tant à l'agent fautif qu'au responsable civil ou qu'il aura choisi de l'imputer positivement à un responsable civil et négativement au chargé de fonction. A ces deux figures correspondent respectivement le régime d'une garantie de responsabilité et le régime d'une véritable responsabilité du fait d'autrui. Or, le choix du législateur pour l'un ou l'autre régime peut légitimement être dicté par l'intensité du lien fonctionnel de la faute. La théorie du risque-profit n'a cependant pas vraiment permis d'expliquer parfaitement le détachement intellectuel de la faute par rapport à la fonction, opéré par le droit positif en présence d'une faute d'une certaine gravité.

CONCLUSION DU TITRE 1

584. A l'issu de ces développements relatifs à la faute de fonction réparatrice, un bilan peut être dressé des certitudes et des incertitudes de son régime.

Au registre des certitudes, l'appréhension de la responsabilité par la seule logique réparatrice a permis de découvrir un fondement politique unique et pertinent pour le régime de la faute de fonction, qu'elle ait été commise par un préposé ou par un mandataire dirigeant. La théorie du risque-profit recentrée sur une acception pécuniaire du profit et enrichie par l'analyse conceptuelle de la situation fonctionnelle d'expansion est à même de justifier la responsabilité du bénéficiaire de la fonction (commettant et personne morale) et l'irresponsabilité du chargé de fonction (préposé et mandataire dirigeant). Selon cette théorie, les charges de la fonction, au sein desquelles certaines fautes peuvent être comptées, doivent logiquement incomber à celui qui est destiné à recevoir le profit issu de l'activité fonctionnelle. La découverte de ce fondement solide permet alors de rendre le régime de la faute de fonction plus lisible en proposant au législateur une ligne directrice dans l'édiction de nouvelles normes de responsabilité rendues nécessaires par l'actuelle illégalité du dispositif appliqué à la faute de fonction. Outre cette ligne directrice, le législateur se doit également de respecter la position des normes supérieures sur la matière de la responsabilité. Or, tant la Constitution que la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales semblent compatibles avec la logique du risque-profit dès lors qu'elle ne confère pas une totale impunité à l'auteur de la faute.

La théorie du risque-profit a également permis de déterminer la mise en œuvre du régime de la faute de fonction et tout d'abord son domaine d'application. Elle a justifié de la possibilité de traiter juridiquement de manière uniforme la faute du préposé et la faute du mandataire dirigeant, dès lors que l'action en responsabilité civile délictuelle sera engagée par un tiers à leur relation fonctionnelle. Ce fondement politique a de surcroît permis de légitimer la production d'effets différents selon l'intensité du lien fonctionnel. En présence d'une faute de fonction au sens strict, la théorie du risque-profit justifie la mise en œuvre d'une imputation exclusive de la faute, se traduisant par une véritable responsabilité du fait d'autrui du bénéficiaire de la fonction et par l'irresponsabilité du chargé de fonction. Lorsque ce lien fonctionnel se distend, la faute entraîne alors une imputation cumulative de la faute tant au bénéficiaire de la fonction qu'au chargé de fonction, le premier devenant le garant du second. Précisément, au titre des incertitudes, persiste la question du détachement du lien fonctionnel à raison de la gravité de la faute commise. Dans la seule logique de réparation dictée par la théorie du risque-profit, la gravité de la faute commise est moins déterminante que son cantonnement à la sphère de pouvoirs octroyée par le bénéficiaire de la fonction. La solution de cette énigme réside sans doute ailleurs, dans la volonté de ne pas offrir d'impunité à l'agent ayant commis une faute importante, selon une logique sanctionnatrice. Il est donc fort probable

Partie 2. Titre 1. La faute de fonction réparatrice

que les résultats obtenus par l'étude de la faute de fonction réparatrice doivent être combinés avec ceux de l'étude de la faute de fonction sanctionnatrice.

TITRE 2.

LA FAUTE DE FONCTION SANCTIONNATRICE

585. Faute de fonction et logique sanctionnatrice. – La confrontation de la faute de fonction, et de ses effets juridiques, à la logique sanctionnatrice a pu sembler, *a priori*, devoir être cantonnée à la matière pénale dès lors que l’acception retenue de la sanction est celle de la punition, d’un « châtement juridique »²⁹⁴³. Contrairement aux idées reçues, la fonction sanctionnatrice n’est pas l’apanage du seul droit pénal²⁹⁴⁴. Il y a incontestablement la place à un droit « répressif » en dehors de la responsabilité pénale et plus spécialement dans la responsabilité civile.

586. Axes de recherche. – En premier lieu, si la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile doit être en partie maintenue, il faut d’abord se poser la question de l’aménagement du régime de responsabilité civile précédemment dégagé à partir de la seule logique réparatrice. C’est ainsi se poser la question du parachèvement du régime de responsabilité civile de la faute de fonction. Celui-ci aboutira-t-il au maintien d’un régime unifié des fautes du préposé et du mandataire dirigeant ? Logique réparatrice et logique sanctionnatrice pourront-elles être conciliées ?

En second lieu, l’évolution de certains domaines du droit de la responsabilité pénale ne sont pas sans faire écho aux responsabilités fonctionnelles décrites. Ainsi le droit pénal a-t-il successivement assisté à l’avènement jurisprudentiel de la responsabilité pénale du chef d’entreprise en tant que régime spécial et à la consécration légale de la responsabilité pénale de la personne morale. Le droit pénal serait-il donc sensible à la situation fonctionnelle des préposé et mandataire dirigeant ? L’unité du régime de la faute de fonction jusqu’ici vérifiée s’étendra-t-elle jusqu’aux confins du droit de la responsabilité, matière pénale incluse ?

Les développements consacrés à la sanction civile de la faute de fonction (**Chapitre 1.**) puis à la sanction pénale de la faute de fonction (**Chapitre 2.**) poursuivront ces deux axes de recherche.

²⁹⁴³ V. *supra* n°383.

²⁹⁴⁴ En ce sens, les différentes études afférentes tant à la peine privée qu’aux sanctions non pénales.

CHAPITRE 1.

La sanction civile de la faute de fonction

587. Limitation du champ de l'étude. – En premier lieu, il ne sera fait état que de la sanction de l'agent fautif, autrement dit du préposé et du mandataire dirigeant. Cette limitation est logique à deux égards. D'abord, la faute de fonction est celle de ces agents et non celle du commettant ou de la personne morale²⁹⁴⁵. Elle ne saurait donc jeter l'opprobre que sur ceux qui l'ont commise. Ensuite, si cette faute de fonction peut également conduire à la sanction du commettant, ce n'est que dans l'hypothèse où il aura lui-même commis une faute ayant facilité ou déclenché la faute de fonction. Dans ce cas, la responsabilité du commettant pourra être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Il n'est d'ailleurs pas tout à fait exclu qu'un raisonnement analogue ait été produit à l'endroit de la personne morale pour lui reprocher un défaut d'organisation ou de fonctionnement²⁹⁴⁶. Cela ne convainc guère pourtant car une telle défectuosité ne peut être rattachée au **comportement** de la personne morale. Plus prosaïquement, il s'agit sans doute d'une responsabilité très objective, dénuée de toute considération punitive.

En deuxième lieu, il convient de préciser que les développements porteront sur la sanction de la faute de fonction au sens large mais uniquement de la faute de fonction. Il doit en effet être acquis que la « faute purement personnelle » du préposé ou du mandataire dirigeant conduira à l'application du régime de droit commun de l'article 1382 du Code civil. Seule la sanction civile de la faute de fonction mérite donc une étude particulière comme étant susceptible de s'intégrer au régime de la faute de fonction.

588. Maintien d'un régime articulé autour de la punition de la faute de fonction. – Même si la faute peut être envisagée comme un risque de l'entreprise ou de l'exploitation²⁹⁴⁷, le blanc-seing apparent que cette affirmation postule a de quoi inquiéter. La crainte d'une déresponsabilisation excessive est légitime, sans doute pour des raisons quelque peu différentes selon qu'il est question du préposé et du mandataire dirigeant. S'agissant du préposé, son irresponsabilité peut logiquement faire redouter un relâchement de sa vigilance. Quant au mandataire dirigeant, une irresponsabilité excessive ne permettrait pas de contenir le risque d'agence²⁹⁴⁸ découlant de sa qualité de délégataire de la gestion sociale. De surcroît, elle

²⁹⁴⁵ V. sur ce point, le rejet de la responsabilité du fait personnel de la personne morale, *supra* n°552.

²⁹⁴⁶ V. *supra* n°553.

²⁹⁴⁷ V. *supra* n°433.

²⁹⁴⁸ Sur ce point, V. P. DIDIER, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p.238.

paraîtrait assez incompatible avec les principes de *corporate governance*²⁹⁴⁹ tendant à réaffirmer des exigences éthiques supplémentaires pesant sur les dirigeants²⁹⁵⁰.

C'est pourquoi, il convient de s'assurer que toute sanction de la faute de fonction n'est pas abandonnée.

A ce titre, le maintien de la responsabilité pénale, souvent affirmé et qu'il faudra démontrer²⁹⁵¹, est certainement indispensable. Un lien direct est d'ailleurs établi par la doctrine entre la diminution de la responsabilité civile du dirigeant et l'accroissement de son engagement pénal²⁹⁵². Pourtant, la prise en charge de la sanction par le seul droit pénal est souvent décriée, comme constituant une solution trop extrême et finalement inadaptée²⁹⁵³. La doctrine prône au contraire l'usage de sanctions à caractère civil²⁹⁵⁴.

Loin de constituer le parangon de la sanction civile, l'obligation de réparer le dommage est invoquée aux côtés d'autres sanctions, telles que l'amende civile, l'éviction de la vie des affaires²⁹⁵⁵, la nullité ou l'injonction de faire²⁹⁵⁶. Si l'amende civile est assurément une sanction punitive²⁹⁵⁷, il est cependant permis de se demander si l'éviction de la vie des affaires par le prononcé de déchéances professionnelles n'est pas davantage une mesure de cessation de l'illicite²⁹⁵⁸. Ces mesures de cessation de l'illicite ont d'ailleurs pris beaucoup d'ampleur en droit des sociétés grâce au mouvement de dépénalisation du droit des affaires initialisé à partir des années 80 et amplifié dans les années 2000. Cette dépénalisation a en effet souvent conduit le législateur à préférer la mise en place d'une injonction de faire²⁹⁵⁹ – laquelle est considérée comme une obligation de cessation de l'illicite²⁹⁶⁰ – plutôt que la fustigation d'une peine (d'amende le plus souvent)²⁹⁶¹. Plus rarement, la loi a préféré la nullité qui a parfois été rendue

²⁹⁴⁹ Ainsi, dans le Livre Vert établi par la Commission européenne et relatif au « cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne » (COM(2010)284 final), la question est posée de savoir si la responsabilité civile et pénale des administrateurs ne devrait pas être renforcée (question 6.2). La Commission considère toutefois que tout renforcement devrait être examiné avec précaution (n°5.6.).

²⁹⁵⁰ *Ibidem*.

²⁹⁵¹ V. *infra* n°665 et s.

²⁹⁵² Ainsi est-il évoqué « la disparition de la responsabilité civile avec l'émergence de la culpabilité pénale au lieu de son renforcement » (F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p.25, spé. p.27) – *Contra*, M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 439, 2005, n°521.

²⁹⁵³ V. *infra* n°680.

²⁹⁵⁴ M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°518 et s.

²⁹⁵⁵ Sur ce point, V. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°1345 et s. – La sanction est déjà connue du contentieux pénal et des procédures collectives (articles L. 653-2 et L. L.653-8 du Code de commerce).

²⁹⁵⁶ HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°523 et s.

²⁹⁵⁷ Sa proximité avec l'amende pénale est parfois évoquée pour rejeter son usage (M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°520).

²⁹⁵⁸ En ce sens, M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°433 et 448.

²⁹⁵⁹ A ce propos, S. ZEIDENBERG, *Le renouveau des injonctions de faire*, Dr. et pat. 2001, p.74.

²⁹⁶⁰ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, n°509 et s.

²⁹⁶¹ Parce que l'exhaustivité ne paraît pas indispensable ici, ne seront ici citées que celles dont il pourra être fait état postérieurement, au stade de l'étude de la sanction pénale de la faute de fonction.

facultative²⁹⁶². Ceci doit être approuvé compte tenu du risque d'insécurité que fait courir cette mesure. La nullité de plein droit est cependant encourue pour les atteintes les plus graves aux droits des associés par exemple²⁹⁶³. Le choix de cette sanction est également une démonstration de la préférence donnée à la cessation d'un désordre plutôt qu'au châtement d'un responsable.

Toutes ces sanctions civiles ne seront davantage développées que lorsqu'elles présenteront un intérêt pratique et juridique supérieur à celui de l'obligation de réparation. Il semble en effet indispensable que le régime de responsabilité civile de la faute de fonction lui-même ne reste pas étranger à la logique sanctionnatrice.

589. Intégration de la logique sanctionnatrice au régime de responsabilité civile de la faute de fonction. – Cette intégration paraît indispensable à l'équilibre du régime de la faute de fonction. Il ne suffit pas, en effet, que la matière pénale ou des sanctions civiles diverses viennent contrebalancer les principes de Justice commutative prédominant dans une logique réparatrice. Le régime doit être intrinsèquement garant d'un juste équilibre entre des considérations réparatrices et des considérations sanctionnatrices. Au demeurant, c'est donner la possibilité à la responsabilité civile de cumuler deux perspectives : une perspective *ex post* permettant de répondre à l'impératif de réparation des dommages causés et une perspective *ex ante*²⁹⁶⁴ visant à encourager l'agent à agir avec diligence par la menace de la sanction pécuniaire. Enfin, cela permettrait peut-être d'endiguer l'exacerbation du contentieux pénal, dénoncé par certains auteurs. L'affirmation du maintien d'une responsabilité civile sanctionnatrice est alors une étape préalable mais insuffisante car elle ne rend pas compte des effets que la logique sanctionnatrice peut avoir sur le régime de responsabilité civile issu de la logique réparatrice. Ainsi, la logique sanctionnatrice permettra-t-elle de comprendre l'attention réservée à la gravité de la faute commise ou l'exclusion de l'application de la théorie du

Sont désormais sanctionnées par une injonction, l'omission d'immatriculer une société (ancien article L. 123-4 du Code de commerce ; injonction prévue par l'article L. 123-3 du Code de commerce), l'omission de publicités ou de mentions formelles sur les documents sociaux (anciens articles L. 241-7 et L. 246-1 du Code de commerce ; injonction prévue par l'article L. 238-3 du Code de commerce), l'omission de tenue des assemblées (articles L. 241-5 et L. 242-10 du Code de commerce avant leur modification par la loi du 22 mars 2012 ; injonction prévue par l'article L.238-6 du Code de commerce), l'omission de communiquer certains documents sociaux (anciens articles L. 242-12, L. 242-13, L. 225-119, L. 241-4 2° et 3°, L. 242-14 et L. 247-7 3° du Code de commerce ; injonction prévue par l'article L. 238-1 du Code de commerce qui énonce la liste des documents concernés).

²⁹⁶² Ainsi, en est-il de la nullité consécutive à l'omission d'annexer à la feuille de présence les pouvoirs donnés à chaque mandataire ou consistant à ne pas avoir constaté les décisions de l'assemblée par un procès-verbal signé des membres du bureau (ancien article L. 242-15 du Code de commerce ; nullité facultative prévue à l'article L. 225-114 du Code de commerce), ou de la nullité prévue pour les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote des actionnaires (article L. 235-2-1 du Code de commerce), ou de la nullité envisagée pour les décisions prises en violations des obligations de consultation des associés de la SAS (article L. 227-9 du Code de commerce) ou de la SA (article L. 225-121 alinéa 2 du Code de commerce qui énonce la teneur des informations non communiquées aux actionnaires).

²⁹⁶³ Ainsi, la nullité prévue pour les délibérations de l'assemblée prises en violation de certaines règles de vote notamment (article L. 225-121 alinéa 1 du Code de commerce).

²⁹⁶⁴ J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 517, 2010, n° 696.

risque-profit dans les rapports entre mandataire dirigeant et personne morale²⁹⁶⁵ ? En outre, peut-être sera-elle à même de consolider certaines solutions du droit positif ou de les affiner. Enfin, la question se pose de savoir si cette seconde logique constituera un obstacle à l'unité du régime de la faute de fonction jusqu'ici préservée par la logique réparatrice.

L'étude de la mise en œuvre de la sanction civile de la faute de fonction (**Section 2.**) devra répondre à ces questions après que le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction aura été examiné (**Section 1.**).

²⁹⁶⁵ V. *supra* n°515.

Section 1.

Le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

590. Conditions d'existence d'une responsabilité civile sanctionnatrice. – L'admission du principe d'une sanction civile de la faute de fonction par l'engagement de la responsabilité civile de l'agent est soumise à deux conditions.

La première est celle de l'assimilation possible de la responsabilité civile à une sanction punitive. L'obligation de réparation ayant précédemment été conçue comme une mesure d'équilibre patrimonial, il paraît bien difficile de l'admettre comme telle au sein de la catégorie des « châtiments juridiques ». D'ailleurs, la punition ne s'éloigne-t-elle pas considérablement des véritables enjeux de l'action en responsabilité civile ?

La seconde condition est relative au fondement assigné à cette sanction civile. S'agit-il du seul fondement fautif classiquement attaché à l'article 1382 du Code civil ? Un tel fondement ne va-t-il pas contredire totalement les solutions prônées par la logique réparatrice ? En somme, est-il possible de concilier ici Justice commutative et Justice distributive²⁹⁶⁶ ? Finalement, le fondement fautif peut-il être reçu sans ambages ou le régime de la faute de fonction sanctionnatrice est-il le résultat d'un fondement idoine ?

Poursuivant l'objectif de répondre à ces deux problématiques, il conviendra de statuer d'abord sur l'assimilation de la responsabilité civile à une sanction punitive (§ 1.) puis sur le fondement de cette responsabilité civile sanctionnatrice (§ 2.).

§ 1. L'assimilation de la responsabilité civile à une sanction punitive

591. Renouveau de la problématique. – L'idée selon laquelle la responsabilité civile remplirait une fonction sanctionnatrice n'est pas nouvelle. Ainsi est-il possible de lire que « la réparation est une des formes de la peine »²⁹⁶⁷. Cette assertion doit faire face à la remise en cause du caractère sanctionnateur de la responsabilité civile opérée par les modifications substantielles des conditions d'engagement de ce type de responsabilité mais également par l'admission, progressive et quasiment axiomatique, que la fonction punitive serait l'apanage du droit pénal²⁹⁶⁸. Pourtant, l'affirmation de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile semble aujourd'hui presque confirmée par des institutions très récentes donnant à la réparation elle-même une fonction...punitive. C'est ici à la très controversée « sanction-

²⁹⁶⁶ Sur ces notions, V. *supra* n°438.

²⁹⁶⁷ F. TERRE, *Propos sur la responsabilité civile* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t.22, 1977, p.37, spé. p.39.

²⁹⁶⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, RTD civ. 1998, p.1.

réparation »²⁹⁶⁹ introduite par la loi du 5 mars 2007²⁹⁷⁰ qu'il est fait référence²⁹⁷¹. L'existence d'une dichotomie stricte semble également remise en question par certains auteurs faisant émerger du droit de la responsabilité civile délictuelle, une action à finalité purement punitive, l'action en « réparation-expiation »²⁹⁷² ou la notion de peine privée²⁹⁷³.

Dès lors, le maintien envers les tiers, envers le commettant ou envers la personne morale²⁹⁷⁴ de la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant ne pourrait-il correspondre à la résurgence de son caractère punitif ? Pour répondre à cette question, deux étapes sont nécessaires.

Il convient d'abord de tenter d'acquérir la certitude de la finalité punitive de l'action en responsabilité civile (A.) avant de s'assurer de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile de l'agent fautif (B.).

A. La finalité sanctionnatrice de l'action en responsabilité civile

592. Aspects processuels. – S'intéresser à la finalité sanctionnatrice de l'action en responsabilité civile incite à aborder la question par son aspect processuel. La finalité sanctionnatrice sera donc recherchée à travers des notions de cette nature, plus particulièrement, l'objet du litige et l'intérêt à agir.

593. Finalité punitive et objet du litige. – L'objet du litige semble plutôt contrarier l'existence d'une responsabilité civile sanctionnatrice. En effet, l'objet du litige ou objet de la prétention correspond à « ce que réclame l'une des parties et que l'autre lui conteste »²⁹⁷⁵, bref à la chose demandée par les parties²⁹⁷⁶. Or, le demandeur à une action en responsabilité civile introduite contre le préposé ou le mandataire dirigeant requerra la réparation de son préjudice, que ce demandeur soit un tiers, le commettant ou la personne morale. Dès lors, la finalité sanctionnatrice ne réside pas dans l'objet du litige.

²⁹⁶⁹ Sur cette mesure, V. not. S. FOURNIER, *La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres)* in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p.285 ; M. GIACOPELLI, *Libres propos sur la sanction-réparation*, D. 2007, p.1551.

²⁹⁷⁰ Articles 131-3 8°, 131-8, 131-39-1, 131-12 3° et 131-15-1 du Code pénal

²⁹⁷¹ La fonction de cette peine est fondamentalement réparatrice, ce qui ne manque pas de susciter certaines interrogations en doctrine, notamment quant à son articulation avec la demande en réparation issue de l'action civile (E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, coll. Manuel, 2010, n°141 – V. également lorsque cette obligation accompagne un sursis avec mise à l'épreuve – *op. cit.*, n°673).

²⁹⁷² C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005.

²⁹⁷³ V. *infra* n°596 et s.

²⁹⁷⁴ V. également envers les associés pris individuellement, *infra* n°609, 623 et 647.

²⁹⁷⁵ J. NORMAND, *Principes directeurs du procès. Office du juge. Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige*, J.-cl. Proc. civ., fasc. 151, 2010, spé. n°26.

²⁹⁷⁶ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, n°510.

594. Finalité punitive et intérêt à agir. – A l’instar de toute autre action, l’action en responsabilité civile n’est ouverte qu’à ceux qui y ont un intérêt légitime²⁹⁷⁷. Cet intérêt se définit comme l’avantage que l’action est susceptible de procurer au plaideur²⁹⁷⁸. « Dire d’une personne qu’elle a intérêt à agir, c’est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l’améliorant, sa condition juridique »²⁹⁷⁹.

A priori, l’intérêt à agir du tiers victime paraît de nature patrimoniale, ce dernier souhaitant se voir octroyer des dommages et intérêts. Ainsi exposée, l’action en responsabilité civile semble donc plutôt poursuivre le seul objectif de la réparation du préjudice. Cependant si la victime préfère s’adresser au préposé ou au dirigeant plutôt qu’au commettant ou à la personne morale, n’est-ce pas parce qu’elle poursuit en premier lieu des inclinaisons vindicatives ? Assurément, la demande en réparation adressée à l’agent fautif correspond également à ce type de velléités. Néanmoins la pratique montre que c’est bien plus parce que le commettant ou la personne morale sont insolvables²⁹⁸⁰ ou ne peuvent être mis en cause²⁹⁸¹ que le tiers se tourne vers l’agent fautif.

De manière analogue l’action du commettant contre son préposé ou celle de la personne morale contre son dirigeant est soumise à l’exigence de la démonstration d’un intérêt à agir, lequel sera certainement caractérisé à partir de l’intérêt de ces agents à obtenir réparation du préjudice que leur patrimoine a subi. Toutefois, cet intérêt essentiellement réparateur n’est-il pas partiellement remis en cause tant pour le commettant que pour la personne morale ?

Pour le premier, l’engagement de la responsabilité civile du salarié, exceptionnellement admise semble entretenir des liens étroits avec l’idée d’une sanction « disciplinaire »²⁹⁸². Nonobstant, les règles de la matière disciplinaire imposent impérativement l’usage de guillemets. En effet, sanction disciplinaire et responsabilité civile ont des implications juridiques différentes. Deux considérations s’opposent notamment à ce que la responsabilité civile soit assimilée purement et simplement à une sanction disciplinaire²⁹⁸³. En premier lieu,

²⁹⁷⁷ Article 31 du Code de procédure civile. – Sur cette notion, V. not. G. WICKER, *La légitimité de l’intérêt à agir in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l’honneur d’Yves SERRA*, Dalloz. 2006, p.455.

²⁹⁷⁸ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, réf. préc., n°356.

²⁹⁷⁹ L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°356.

²⁹⁸⁰ Arrêt *Costedoat* (AP 25 février 2000, réf. préc.), où le commettant avait été placé en liquidation judiciaire.

²⁹⁸¹ Ainsi, en est-il lorsque le cautionnement souscrit à tort par le dirigeant d’une société anonyme sans l’autorisation valable du Conseil d’administration ne peut engager la responsabilité de la personne morale puisque ce cautionnement lui est inopposable (ex. Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER) – A propos de ce caractère inopposable et des conséquences logiques sur la responsabilité civile de la société, V. *supra* n°576.

²⁹⁸² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 7^{ème} éd., 2010, n°311 et 311-1.

²⁹⁸³ Aux termes de l’article L. 1331-1 du Code du travail, « constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l’employeur à la suite d’un agissement du salarié considéré par l’employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans

la sanction disciplinaire est une modalité du pouvoir de direction de l'employeur²⁹⁸⁴. C'est pourquoi ce dernier détermine lui-même les fautes et les sanctions disciplinaires qui y seront attachées, tandis que l'intervention préalable²⁹⁸⁵ du juge est nécessaire pour engager la responsabilité civile du salarié²⁹⁸⁶. En second lieu, la responsabilité civile du salarié n'est pas une sanction disciplinaire *stricto sensu* car les dommages et intérêts octroyés correspondent au préjudice subi par l'employeur. Le versement de dommages et intérêts supérieurs au préjudice subi s'apparenterait au contraire à une sanction pécuniaire²⁹⁸⁷, laquelle est interdite²⁹⁸⁸. Mais si la responsabilité civile n'est pas une sanction disciplinaire à proprement parler, rien ne s'oppose à ce qu'elle poursuive une double finalité réparatrice et punitive, à tout le moins normative.

Pour la personne morale, l'engagement de la responsabilité du dirigeant est parfois analysé comme une sanction possible, notamment dans le domaine des sociétés. Ainsi certains auteurs notent que « l'aspect indemnitaire, certes non négligeable, passe parfois au second rang dans la responsabilité des dirigeants sociaux, dont le patrimoine, sauf à bénéficier d'une assurance spéciale, ne suffit pas toujours à couvrir les indemnités auxquels ils se voient condamner »²⁹⁸⁹. Ceci explique certainement que, comme en droit du travail, d'autres sanctions soient

l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». – J. PELISSIER, *La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. soc. 1983, p.545.

²⁹⁸⁴ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012, n°714. – Quant au fondement de ce pouvoir, il est discuté en doctrine, qui là encore en propose soit une lecture institutionnelle soit une lecture contractuelle (J. SAVATIER, *Droit disciplinaire*, Rép. trav. Dalloz, 2012, n°5 et s.).

²⁹⁸⁵ L'exercice du pouvoir disciplinaire peut donner lieu à un contrôle judiciaire *a posteriori*.

²⁹⁸⁶ C'est pourquoi l'employeur préfère généralement recourir aux sanctions disciplinaires (B. BOSSU, *La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire*, Dr. soc. 1995, p.26, spé., p.32 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012, n°715).

²⁹⁸⁷ Ainsi, devraient être prohibées les clauses pénales ayant pour objet de déterminer forfaitairement les dommages et intérêts dus par le salarié (J. PELISSIER, *op. cit.*, p.550).

²⁹⁸⁸ Article L. 1331-2 du Code du travail.

Certains auteurs ont toutefois pu se demander si la prohibition de plus en plus stricte des sanctions pécuniaires ne conduirait pas *in fine* à la disparition future de la responsabilité civile du salarié envers son employeur. Ainsi « dès lors que la chambre sociale estime aujourd'hui que l'exécution défectueuse du contrat de travail ne peut plus être sanctionnée par une réduction corrélative de salaire au titre de l'exception d'inexécution, les temps ne sont-ils pas mûrs pour que soit également écartée cette **autre sanction** tirée de la théorie générale des obligations **qu'est la responsabilité contractuelle** pour dommage causé à l'employeur dans l'exécution du contrat de travail ? » (J. DEPREZ, *Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ?*, RJS 1992, p.319, spé. n°17) (Nous soulignons).

²⁹⁸⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com. 1997, p.349, p.352. – Adde, P. DIDIER, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p.238 ; R. VATINET, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p.247, n°32.

privilégiées dans la sphère interne²⁹⁹⁰. La plus souvent, il sera fait usage de la révocation pour « juste motif »²⁹⁹¹.

En tout état de cause, l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant de société est assurément plus qu'une institution réparatrice ainsi qu'en attestent les craintes parfois exprimées par la doctrine d'un exercice trop permissif de l'action sociale *ut singuli*²⁹⁹². En principe, l'action *ut singuli* vient pour « assurer la défense du patrimoine social »²⁹⁹³, constituant « l'une des réponses offertes aux associés pour lutter contre les dérives constatées dans la gestion de certaines sociétés »²⁹⁹⁴. Il s'agit alors d'« une arme efficace entre les mains des associés minoritaires ; puisque ceux-ci ne peuvent pas, faute de majorité, révoquer les dirigeants, ils peuvent toujours leur intenter un procès »²⁹⁹⁵. Mais il est ainsi redouté que l'action sociale soit instrumentalisée par des « redresseurs de torts »²⁹⁹⁶ ou des « soldats du droit des sociétés »²⁹⁹⁷. Sans doute l'action sociale *ut singuli* est-elle à cet égard un instrument moins redoutable que les *class actions* américaines, lesquelles ont parfois moins œuvré pour l'émergence d'une éthique en droit des affaires que pour la constitution de groupes de pressions d'aspiration politique ou financière²⁹⁹⁸. Néanmoins cette action *ut singuli* a-t-elle suffisamment attiré l'attention de la doctrine pour que cette dernière prône le recours à l'intérêt légitime de la demande en justice pour en limiter l'accès²⁹⁹⁹. S'intéressant, par ce biais, aux mobiles du demandeur à l'action, le juge pourrait écarter ceux qui tendent ainsi à parasiter le fonctionnement de la vie sociale ou à faire de l'action en responsabilité civile un instrument de contrepouvoir politique³⁰⁰⁰. Seules seraient ainsi admises les actions conformes à l'intérêt du groupement. Ces considérations ne s'opposent cependant pas à admettre que la responsabilité civile soit utilisée à fin de sanction dès lors que celle-ci visera à rappeler au dirigeant ses

²⁹⁹⁰ J. MESTRE, Y. CHARTIER, *Les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés*, PUF, 1988, p.51 : « Pratiquement cette responsabilité du dirigeant n'apparaît que comme un ultime remède, auquel les associés victimes préféreront le plus souvent d'autres sanctions (révocation, administration provisoire) ou d'autres solutions (cession des parts, action en dissolution) ».

²⁹⁹¹ R. BAILLOD, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com. 1983, p.395. Selon cet auteur, cependant, toute faute ne saurait automatiquement constituer un « juste motif » (*op. cit.*, n°14).

²⁹⁹² Il s'agit de l'action sociale intentée par les associés contre le dirigeant social. Cette action en responsabilité vise à la réparation du seul préjudice social, c'est-à-dire du préjudice subi par le patrimoine social – à l'exclusion du préjudice subi par le patrimoine personnel de l'associé dont la réparation découle de l'exercice de l'action individuelle. Sur ces notions, V. J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006.

²⁹⁹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°293.

²⁹⁹⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°289.

²⁹⁹⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°289.

²⁹⁹⁶ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°573.

²⁹⁹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°1038.

²⁹⁹⁸ Sur ces points, V. les références données par J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°484 et 575.

²⁹⁹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 19^{ème} éd., 2006, n°967 ; J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°577.

³⁰⁰⁰ Ces mobiles seraient topiques d'un détournement d'action, cause d'un intérêt légitime (G. WICKER, *La légitimité de l'intérêt à agir*, réf. préc., spé. n°34-35).

obligations éthiques³⁰⁰¹, dès lors qu'en outre, cette action sera également motivée par la réparation du préjudice social.

En somme, la seule référence à l'intérêt à agir ne permet ni de confirmer ni de réfuter la finalité sanctionnatrice de l'action en responsabilité civile dès lors qu'il n'est pas argué que celle-ci ne doit poursuivre **que** cette finalité. Derechef, ce ne sont sans doute pas tant les attentes de la victime (objet du litige et intérêt à agir) qui doivent guider l'analyse du régime de responsabilité de la faute de fonction que les raisons d'être de la règle qu'elle entend mettre en mouvement. Il faut alors quitter le terrain processuel pour aborder celui du fond et s'intéresser à la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile.

B. La fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile de l'agent fautif

595. Contre-arguments : la dénaturation de la responsabilité civile. – Deux considérations semblent s'opposer à ce que la responsabilité civile puisse être utilisée à titre de sanction.

D'abord, une partie de la doctrine craint que cela conduise à réintroduire l'archaïsme dont le droit de la responsabilité civile se serait départi³⁰⁰². Toutefois, leur appréhension porte surtout sur la réapparition, dans le droit de la responsabilité civile, d'une forme de proportionnalité ou de modulation des dommages et intérêts en fonction de la gravité du comportement du responsable³⁰⁰³, privant la victime d'une réparation intégrale. Une telle inquiétude est peut-être légitime lorsqu'il est question d'envisager l'émergence de dommages et intérêts punitifs³⁰⁰⁴, mais elle ne l'est pas dans le cas présent. En effet, le maintien de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant conduit au contraire à offrir au tiers victime un second débiteur pour sa créance de réparation³⁰⁰⁵ tandis que le maintien de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant envers le commettant et la personne morale leur permet de voir leur préjudice réparé.

Ensuite, il a été jugé qu'une responsabilité civile mixte, qui tendrait à la fois à réparer les dommages causés à la société (fonction punitive) et aux particuliers (fonction restitutive), ne pouvait donner lieu qu'à une sanction « imparfaite »³⁰⁰⁶ ou « dégénérée »³⁰⁰⁷. C'est pourquoi,

³⁰⁰¹ V. *infra* n°625 et 647 le rôle joué par les principes de *corporate governance*.

³⁰⁰² S. PIEDELIEVRE, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?* in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e s. Bilan prospectif*, RCA 2001, juin 2001, HS n°6 bis, n°13, spé. n°5.

³⁰⁰³ S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°6.

³⁰⁰⁴ Cette légitimité n'est pas certaine. Les dommages et intérêts punitifs n'ont en effet pas pour objectif de restreindre la réparation mais d'octroyer des dommages et intérêts supplémentaires. – *Adde*, des auteurs ont parfois noté que l'absence de sanction des fautes lucratives est directement liée à la crainte de voir le principe de réparation intégrale remis en cause (D. FASQUELLE, *L'existence de fautes lucratives*, LPA 20 novembre 2002, p.27, spé. n°6).

³⁰⁰⁵ V. *supra* n°569 et *infra* n°654 et s.

³⁰⁰⁶ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 5^e éd. 1998, p.61.

elle ne pourrait être admise au titre de peine privée car une peine privée mixte rendrait impossible la distinction du volet répressif et de l'aspect restitutif de la condamnation³⁰⁰⁸. Cette critique peut être facilement dépassée à propos de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant puisqu'il n'est pas nécessaire de retenir la qualification de peine privée à leur égard. Il est suffisant de constater que leur responsabilité civile poursuit bien un objectif sanctionnateur. La notion de peine privée servira donc uniquement de support à la démonstration.

596. Support de la démonstration : la notion de peine privée. – Particulièrement topique d'une sanction civile punitive, la notion de peine privée a fait l'objet de plusieurs études directes³⁰⁰⁹ ou indirectes³⁰¹⁰. Sans souhaiter démontrer que la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant correspondrait ou devrait absolument correspondre à cette notion de peine privée, l'émergence de traits communs autoriserait à penser le maintien de l'imputation de la faute à ses auteurs comme une mesure sanctionnatrice.

597. Le critère objectif : la mesure de la condamnation pécuniaire. – Selon la doctrine classique « il n'y aura plus réparation, mais peine privée lorsque, un dommage étant causé, l'indemnité à verser par l'auteur à la victime différera pour le montant de celui du tort éprouvé »³⁰¹¹. Certains auteurs jugent toutefois que le critère objectif crée une confusion entre les notions de réparation et de réparation intégrale³⁰¹². Il est ainsi avancé que si la condamnation prononcée ne compense pas totalement le préjudice, il s'agit toujours d'une mesure de réparation, quoique partielle³⁰¹³.

Au demeurant, la qualification de peine privée est plutôt réservée par la doctrine moderne aux dommages et intérêts multiples ou punitifs³⁰¹⁴, lorsque la condamnation donne lieu à un

³⁰⁰⁷ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, n°98. – Adde, A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 442, 2005, n°26.

³⁰⁰⁸ A. JAULT, *op. cit.*, n°67.

³⁰⁰⁹ Spécifiquement, L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904 ; M. CREMIEUX, *Réflexions sur la peine privée moderne* in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, Dalloz, 1979, t.1, p.261 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 250, 1995 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 442, 2005.

³⁰¹⁰ Pour la comparer à la notion de réparation : M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 135, 1974 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002 ; ou pour découvrir la nature de la clause pénale : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 223, 1992.

³⁰¹¹ L. HUGUENEY, *op. cit.*, p.26. – Adde, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.393 : « la peine privée apparaîtra quand la condamnation de l'auteur du dommage sera supérieure à celle qu'il aurait encourue pour un dommage identique provoqué par une activité non fautive ».

³⁰¹² C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°455.

³⁰¹³ *Ibidem.*

³⁰¹⁴ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°467. – A propos de l'introduction de ces dommages et intérêts en droit positif, V. not. S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, spé. n°4.

complément de dommages et intérêts³⁰¹⁵. Un auteur l'explique ainsi : « La non nécessité du préjudice pour justifier la peine privée³⁰¹⁶, implique en effet comme corollaire, le cumul, lorsque le préjudice existe, de la peine et de la réparation »³⁰¹⁷.

Puisqu'il n'est pas question, du moins en droit positif, d'infliger à l'auteur de la faute de fonction une condamnation au paiement de dommages et intérêts d'un montant supérieur au préjudice de la victime, il ne pourrait donc être question de peine privée.

Pourtant, et dans le même temps, il semble admis que la participation à la réparation des dommages de la victime est déjà conçue comme une mesure de peine privée lorsqu'elle résulte des règles de répartition de la dette de réparation entre les coresponsables d'un dommage³⁰¹⁸. Or, les stigmates de la peine privée ne s'analysent pas, en la matière, par l'octroi de dommages et intérêts supplémentaires mais par le fait qu'en présence d'un responsable fautif et d'un responsable non fautif³⁰¹⁹, la totalité de la dette de réparation doit définitivement échoir au premier. Dès lors, la seule condamnation à des dommages et intérêts fondée sur la faute de l'agent, pourrait s'analyser en une peine privée satisfaisante³⁰²⁰. Finalement, une partie de la doctrine considère que « si seule la gravité du comportement de l'auteur du dommage permet de décider la mise en place d'une peine privée, celle-ci n'est pas nécessairement l'unique instrument de mesure permettant de déterminer le montant de la peine, le préjudice peut également faire partie intégrante de ces éléments de fixation »³⁰²¹. Dès lors, ce critère ne constitue plus un obstacle à ce que la responsabilité civile extraordinaire du préposé ou du mandataire dirigeant soit conçue comme une sanction.

Le deuxième critère de la peine privée, le fondement de la condamnation, aboutira-t-il à la même conclusion ?

598. Le critère du fondement de la condamnation. – Ce fondement renvoie à la « cause catégorique »³⁰²² de celle-ci. Tandis que la peine privée a pour fondement la faute commise par le responsable³⁰²³, la réparation a pour seul fondement le préjudice³⁰²⁴. C'est à ce jour un

³⁰¹⁵ En ce sens, M. CREMIEUX, *op. cit.*, spé. n°18-19 et 22 ; L. HUGUENEY, *op. cit.*, p.28-29 : « la peine privée a par nature un but mixte, but pénal et but réparateur » ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.100 ; B. STARCK, *op. cit.*, p.396.

³⁰¹⁶ V. *infra* n°598.

³⁰¹⁷ M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.67.

³⁰¹⁸ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°488 – V. déjà, F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 78, 1967, n°89, n°87 et s. ; P. ESMEIN, *Peine ou réparation in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, t. II, Droit privé. Propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1961, p.37, spé.41 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t.53, 1965, n°370 et s.

³⁰¹⁹ V. *infra* n°656.

³⁰²⁰ M. CREMIEUX, *op. cit.*, n°53 et s.

³⁰²¹ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°463.

³⁰²² M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.59.

³⁰²³ D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°544 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.59 et s. ; B. STARCK, *op. cit.*, p.390 ; A. JAULT, *op. cit.*, n°113 et s.

³⁰²⁴ A. JAULT, *op. cit.*, n°135 et s. ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p.69 et s.

critère privilégié par plusieurs auteurs³⁰²⁵ mais il n'est pas sans poser de difficultés. Ainsi, lorsque l'obligation de réparation a pour fondement un comportement fautif, s'agit-il d'une réparation ou d'une peine privée³⁰²⁶ ? Il n'est pas exclu que, dans ce cas, la réparation joue un rôle punitif, mais il est certainement difficile d'affirmer que l'obligation de réparation est alors une peine privée.

La responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant répond parfaitement à ce critère puisqu'elle ne peut être acquise qu'en démontrant une faute particulière de ceux-là. C'est bien leur comportement particulièrement ou singulièrement fautif qui fonde leur condamnation pécuniaire. Le deuxième critère de la peine privée étant rempli, leur responsabilité prend ainsi un tour bien punitif. Ce constat sera-t-il confirmé par le troisième critère tenant à la finalité de la mesure ?

599. Le critère téléologique. – Peine privée et réparation se distinguent également par l'objectif qu'elles poursuivent. Dans le premier cas, la peine privée s'emploie à infliger une blessure à l'agent fautif tandis que la réparation ne poursuit d'autre dessein que la guérison de la blessure de la victime³⁰²⁷. Bien que ce critère ne fasse plus l'unanimité au sein de la doctrine³⁰²⁸ ayant, à juste titre, noté l'ambiguïté de certaines sanctions (au sens large) civiles, il semble parfaitement exploitable s'agissant de la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant envers les tiers. En effet, cette responsabilité civile ne poursuit pas prioritairement la réparation des préjudices subis par la victime puisque celle-ci dispose à cette fin d'un autre débiteur (le commettant ou la personne morale).

De manière plus précise, la doctrine affirme désormais que tandis que la réparation tend à effacer le préjudice subi, la peine privée consiste à infliger un préjudice à l'auteur de l'acte illicite³⁰²⁹. Or, si la théorie du risque-profit commande que la réparation d'une faute de fonction incombe aux seuls commettant et personne morale dès lors que cette faute génère un déséquilibre entre les seuls patrimoines de la victime et des commettant et personne morale, l'engagement de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant ne fera pas disparaître le déséquilibre patrimonial initial. Il le déplacera au détriment du patrimoine de ces agents fautifs. Bref, il leur causera un préjudice (légitime). De manière analogue, si la théorie du risque-profit implique que certaines fautes soient considérées comme des risques restant à la charge du commettant ou de la personne morale, permettre à ces derniers de rechercher, sous certaines conditions, la responsabilité civile du préposé ou du dirigeant revient à faire peser sur le patrimoine de ces derniers une charge exceptionnelle.

³⁰²⁵ A. JAULT, *op. cit.* ; D. MAZEAUD, *op. cit.* ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*

³⁰²⁶ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°455.

³⁰²⁷ L. HUGUENEY, *op. cit.*, p.25 et s. – R. DEMOGUE « à l'opposé de la réparation, [la peine privée] ne vise pas uniquement à l'effacement du dommage, elle a un but pénal » (*Traité des obligations*, vol. I : *Sources des obligations*, tome IV, Paris, A. ROUSSEAU, 1924, n°510, p.185).

³⁰²⁸ D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°541 – V. cependant, C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°457 et s.

³⁰²⁹ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°458 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p.50.

Ce caractère punitif serait encore accentué par la décision de faire peser sur les agents fautifs la réparation intégrale du préjudice causé³⁰³⁰.

600. Responsabilité civile et logique d'imputation fonctionnelle. – L'étude de l'engagement exceptionnel de la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant permet en effet d'envisager la problématique sous un nouvel angle. Dans le contexte d'un régime de responsabilité privilégiant une imputation fonctionnelle sous-tendue par une logique commutative et patrimoniale, la responsabilité civile issue du maintien de l'imputation naturelle et comportementale de l'article 1382 du Code civil est assurément singulière. Elle ne peut être étrangère au maintien corrélatif d'une logique rétributive, bien plus révélatrice d'une fonction punitive que d'une fonction réparatrice. Une telle analyse confirme, en outre, que la condition d'imputation est véritablement normative, comme procédant d'un jugement de valeur.

601. Fondement de la condamnation ou conditions de la sanction. – Le critère de la peine privée tenant au fondement de la condamnation autorise également à penser que le caractère plus ou moins sanctionnateur de la responsabilité civile est également induit par les conditions dans lesquelles elle est mise en œuvre. Que la responsabilité civile soit conçue comme un mécanisme majoritairement réparateur et les conditions d'engagement renverront à une situation objectivement illicite³⁰³¹. Qu'elle soit envisagée comme un mécanisme sanctionnateur et les conditions d'engagement s'orienteront vers un comportement fautif³⁰³². Ceci revient à dire que si la fonction sanctionnatrice tient bien à la nature des effets de la responsabilité civile, elle s'induit avant tout des conditions de sa mise en œuvre. Celles-ci, pour être cohérentes, doivent être soutenues par un fondement solide. C'est pourquoi, il est indispensable de consacrer quelques développements au fondement de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction.

³⁰³⁰ Certains auteurs considèrent que cette réparation intégrale remplit également une fonction dissuasive. Outre son caractère punitif, la peine privée, à l'instar de la peine au sens pénal du terme, doit effectivement être dissuasive (V. par exemple pour l'exposé de ces conditions comme des conditions cumulatives, C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°582). Si ce caractère dissuasif est présenté comme accessoire en tant que critère de distinction entre réparation et peine privée, il est prépondérant en tant qu'élément discriminatoire des actes illicites justifiant le recours à cette mesure (C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°458).

³⁰³¹ La caractéristique illicite est ici indispensable sous peine de transformer la responsabilité civile en régime d'indemnisation (V. *supra* n°559).

³⁰³² Pour la démonstration selon laquelle le choix de n'imposer une obligation de réparation qu'à l'auteur d'une faute est révélateur de la volonté de traiter la responsabilité comme une sanction et les dommages et intérêts comme une peine (P. ESMEIN, *op. cit.*, spé. p.41) – *Adde*, A. JAULT, pour qui il est nécessaire de lutter contre le caractère objectif de la responsabilité, de la faute et contre l'assurance pour rétablir la fonction dissuasive de toute sanction (*op. cit.*, n°99 et s.).

§ 2. Le fondement de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

602. Fondement fautif ? – Pour la mise en œuvre d’une responsabilité civile sanctionnatrice, le fondement fautif semble le plus pertinent. Cette proposition a cependant le défaut de sa qualité : son principe et son énoncé, simples, occultent en effet certaines de ses insuffisances, notamment parce qu’ils font l’impasse sur l’éventuelle contradiction de ce fondement avec le principe du risque-profit.

603. Dédoublement des responsabilités civiles sanctionnatrices de l’agent fautif. – Outre cette lacune, le fondement fautif doit encore composer avec la dualité de régimes de responsabilité que la faute de fonction peut susciter. En effet, si la logique réparatrice a permis d’esquisser le principe de la seule responsabilité fonctionnelle lorsque celle-ci est recherchée par un tiers, elle n’a pas manqué de susciter deux interrogations s’agissant de l’action en responsabilité civile intentée par celui pour le compte duquel la fonction est exercée – le commettant d’une part, la personne morale d’autre part –.

En premier lieu, s’est posée la question de l’identité des conditions d’engagement pour tous les demandeurs à l’action en responsabilité civile ; question à laquelle le droit positif répond de manière contrastée : suivant des orientations analogues pour la faute du préposé mais opposées pour la faute du mandataire dirigeant. Il avait alors été présumé que cette différence de traitement de la faute en considération du demandeur à l’action pouvait s’expliquer par la moindre importance de la fonction réparatrice dans les relations entre préposé et commettant d’une part, et mandataire dirigeant et personne morale d’autre part. La présomption selon laquelle la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile serait prépondérante dans ce cas doit être vérifiée, ce que le fondement de cette responsabilité civile doit permettre.

En second lieu, se prononcer sur l’incidence de la fonction sanctionnatrice sur le fondement de la responsabilité civile du préposé envers son commettant ou du dirigeant envers la personne morale, implique d’identifier le plus précisément possible la **nature** des responsabilités mises en œuvre. Les développements relatifs à la théorie du risque-profit ont en effet montré une plus ou moins grande porosité de la responsabilité contractuelle à ce fondement³⁰³³. En outre, l’accueil réservé au concept de responsabilité contractuelle en lui-même³⁰³⁴ pourrait ne pas être sans incidence sur le sort réservé au préposé et au mandataire dirigeant.

Si la responsabilité civile mise en œuvre par le tiers est assurément de nature délictuelle, celle qui régit les rapports entre le préposé et le commettant, et le mandataire dirigeant et la personne morale pourrait bien être d’essence contractuelle.

³⁰³³ V. *supra* n°479.

³⁰³⁴ V. *supra*, n°74.

C'est pourquoi, il est impératif de se prononcer sur le fondement de la responsabilité délictuelle sanctionnatrice (A.) avant de s'interroger sur celui de la responsabilité contractuelle sanctionnatrice (B.).

A. Le fondement de la responsabilité délictuelle sanctionnatrice

604. Le fondement de la faute. – Le fondement fautif a deux significations corrélatives. D'abord, il implique que la sanction ne peut être appliquée qu'à un agent ayant adopté un comportement fautif. En atteste notamment le principe de la personnalité des peines, cher à la matière pénale³⁰³⁵, selon lequel « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »³⁰³⁶. Cette règle propre aux peines peut parfaitement être transposée aux sanctions civiles, dès lors qu'elles peuvent s'analyser comme des peines privées³⁰³⁷. Derechef, ce principe permet de justifier qu'une responsabilité civile sanctionnatrice soit ordonnée autour du seul comportement de l'agent. En effet, l'ensemble des études menées à propos de la peine privée (et conformément à son critère de définition³⁰³⁸) justifient l'application de cette sanction par le seul comportement de l'agent³⁰³⁹.

Ensuite, le fondement fautif implique que toute faute engage la responsabilité délictuelle de l'agent. En effet, les articles 1382 et 1383 du Code civil, éclairés par les propos de leurs rédacteurs³⁰⁴⁰, signifient que tout comportement fautif doit engendrer une obligation de réparation à la charge de son auteur. Dès lors, l'usage d'un tel fondement opèrerait la destruction du régime de la faute de fonction fondé sur la théorie du risque-profit, non seulement en ce qu'il écarte la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant mais

³⁰³⁵ V. *infra* n°700.

³⁰³⁶ Article 121-1 du Code pénal.

³⁰³⁷ Il est toutefois notable qu'une distinction est opérée tant en doctrine qu'en droit positif entre la sanction et la peine. Ainsi, certaines juridictions du fond ont-elles indiqué que les sanctions fustigées en cas d'atteintes aux règles de la concurrence (par exemple par l'article L. 464-2 du Code de commerce) ne revêtant pas de caractère pénal, n'étaient pas soumises au principe de personnalité des peines (CA Paris, 19 janvier 1999, Cah. Cons. Const. 1999, n°41, obs. MALAURIE-VIGNAL. – *Contra*, O. ANCELIN-MENAIS, *L'imputabilité des pratiques anti-concurrentielles*, JCP E 2008, 1428, spé., n°1).

Une partie de la doctrine distingue, quant à elle, les punitions des autres sanctions: « il y a punition soit parce que la sanction réprime un abus de liberté, soit parce que la sanction est étrangère par son contenu à la réglementation qu'elle tend à faire respecter » (M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000, n°48). Or, seules les punitions relèveraient des règles applicables aux peines et notamment de la personnalité des peines.

³⁰³⁸ V. *supra* n°598.

³⁰³⁹ Ainsi, ont été rejetées les propositions visant à faire du bénéfice illégitime ou de la nature du dommage des critères d'application de la peine privée (C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, spé. n°560 et 566). Au contraire la nature de l'acte illicite commis est à même de constituer non seulement un bon fait générateur de peine privée (C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°570 et s.) mais également un bon critère pour en déterminer le *quatuor* (C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°557). – Pour un auteur, la peine privée est « une sanction civile qui atteint **personnellement** l'auteur d'un fait illicite » (M. CREMIEUX, *op. cit.*). Si l'auteur entend ainsi surtout justifier de l'exclusion de toute assurance ou garantie (n°28-29 *in fine*), il parle également de « personnalité de la peine » (*op. cit.*, n°28), à laquelle il ne concèdera qu'une entorse : la présomption de faute (*op. cit.*, n°29).

³⁰⁴⁰ V. *supra* n°410

également en ce qu'il est articulé autour d'une imputation directe de la faute au commettant et à la personne morale³⁰⁴¹, justifiée par les principes de la justice commutative³⁰⁴².

Ces deux fondements contradictoires doivent être conciliés pour rendre compte du régime de la faute de fonction, au plan civil. Cette conciliation semble possible. En effet, il paraît nécessaire que le régime fondé sur le risque-profit ne fasse pas naître dans l'esprit du préposé ou du mandataire dirigeant un sentiment d'irresponsabilité³⁰⁴³. Pour ce faire, il convient de maintenir « l'aiguillon de la [...]faute, nécessaire dans toute société qui veut vivre »³⁰⁴⁴. Mais la « contre-offensive de la culpabilité »³⁰⁴⁵ doit être limitée à de justes proportions puisque certaines fautes semblent devoir être juridiquement traitées comme des risques³⁰⁴⁶. Le résultat de cette conciliation pourrait être appréhendé par la théorie des risques de l'entreprise.

605. La théorie des risques de l'entreprise. – Si la théorie des risques de l'entreprise paraît bien davantage relever d'une logique de réparation que d'une logique de sanction c'est parce qu'elle paraît toute entière articulée autour de la notion de risque. Elle pourrait même paraître redondante par rapport à la théorie du risque-profit. Pourtant, une lecture différente de cette théorie est envisageable.

La théorie des risques de l'entreprise permet de faire la synthèse des logiques réparatrice et sanctionnatrice. Elle intègre les concessions réciproques des fondements propres à ces deux logiques. Ainsi, les conséquences de la théorie du risque-profit seront atténuées par la nécessité de ne pas laisser sans sanction civile un comportement particulièrement déviant, alors que le fondement fautif sera « mâtiné » par la théorie du risque-profit.

Pour parvenir à cette synthèse, il convient alors d'ordonner la sanction civile de la faute de fonction autour de la distinction entre « les risques normaux et les risques anormaux d'exploitation »³⁰⁴⁷. Ainsi, tandis que certaines fautes pourraient correspondre à un « risque **normal** qui s'attache à l'activité de l'entreprise », d'autres devraient être qualifiées de « risque **tout à fait anormal** dont celle-ci [l'entreprise] ne saurait assumer la charge »³⁰⁴⁸. Nombreux sont ainsi les auteurs qui s'appuient sur cette théorie du risque **normal** de l'entreprise³⁰⁴⁹.

³⁰⁴¹ V. *supra* n°545.

³⁰⁴² V. *supra* n°438.

³⁰⁴³ A propos du préposé, F. RINALDI, note sous Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA 15 mars 2000, p.11, spé. p.16.

³⁰⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome IV, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 20^{ème} éd., 1996, n°203, p.347 (développements ne figurant pas dans les éditions ultérieures).

³⁰⁴⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965, p.305 et s.

³⁰⁴⁶ V. *supra* n°433.

³⁰⁴⁷ M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants (Pour une nouvelle approche de la question)*, JCP 1970, I, 2309, spé. n°10. – Adde, B. PUIILL, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif*, JCP 1996, I, 3939, n°17.

³⁰⁴⁸ G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, p.502, spé. p.507.

³⁰⁴⁹ Outre les auteurs déjà cités, F. DESPORTES, *Faute pénale et responsabilité civile du préposé*, RJS 2002, p.711, spé. n°10 ; N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°251 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n°835 ; G. VINEY, sous arrêt *Rochas*, Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p.124, spé. p.128 – V. déjà, G. DURRY, obs. sous AP 17 juin 1983, RTD civ.1983, p.749, spé. p.752 *in fine*.

Employée pour fonder la responsabilité délictuelle du préposé ou du mandataire dirigeant, la théorie devrait plutôt recevoir la dénomination de théorie des risques **anormaux** de l'entreprise.

Dès lors, la théorie n'est plus équipollente à la théorie du risque-profit, ce que les conséquences de l'adoption d'un tel fondement tendront à démontrer.

606. Conséquences de la théorie des risques anormaux de l'entreprise. – Deux principales conséquences sont attachées à ce fondement. La première répercussion de ce fondement portera sur l'appréciation du comportement de l'agent. En effet, si la comparaison de celui-ci par rapport au modèle de référence du « bon père de famille » permettra de déterminer son caractère fautif, elle sera inapte à déclencher l'imputation comportementale. Il faudra, pour ce faire, que le juge s'interroge sur l'appartenance de ce comportement fautif aux risques **normaux** ou **anormaux** de l'entreprise.

A cet égard, les implications de la théorie des risques anormaux de l'entreprise sont différentes de celles de la théorie du risque-profit. Dans ce dernier cas, il suffisait de caractériser d'une part le caractère fautif du comportement³⁰⁵⁰, et d'autre part l'absence de dépassement ou de détournement des prérogatives fonctionnelles. Aucun jugement de valeur supplémentaire n'était exigé sur le comportement pour le comparer à la faute qui, par la force des choses³⁰⁵¹, est susceptible de se produire dans l'exercice d'une fonction au sein d'une entreprise. Bien plus, la théorie du risque-profit semblait devoir justifier que certains risques anormaux de l'entreprise soient garantis par l'entité juridique personnifiant cette entreprise³⁰⁵².

Sans trop empiéter sur les développements qui seront consacrés à la mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice, il est possible d'en donner l'illustration suivante. Le commettant-établissement scolaire est tenu d'une obligation de réparation du préjudice causé par son préposé-instituteur ayant sexuellement agressé ses élèves³⁰⁵³. Partant du postulat facilement admissible qu'une agression sexuelle n'est pas un risque normal de l'entreprise correspondant à une activité d'enseignement, l'exemple démontre que la théorie du risque normal de l'entreprise ne peut fonder l'obligation de réparation du commettant. La théorie du risque-profit commande, en revanche, que la victime puisse demander la réparation de son préjudice au commettant car les obligations de ce dernier s'étendent à toutes les fautes commises lors de l'activité dont il escompte un profit, y compris si cette faute est tout à fait anormale. Or, le commettant entendait ici tirer profit de l'activité d'enseignement dont il avait confié l'exercice à son préposé et qui fut l'occasion pour ce dernier de commettre son forfait.

La théorie n'est pas étrangère à la logique du droit administratif lorsqu'elle permet de faire le départ entre la faute de service et la faute personnelle de l'agent public (V. *supra* n°360).

³⁰⁵⁰ V. *supra* n°559.

³⁰⁵¹ Il faudrait dire « par la nature humaine ».

³⁰⁵² S'il s'agit d'une garantie, l'entreprise pourra ne pas assumer la charge définitive de cette dette de réparation (V. *supra* n°580 et *infra* n°656).

³⁰⁵³ Crim. 30 janvier 2007, n°06-83405.

En revanche, le possible engagement de la responsabilité civile de l'instituteur reposerait, quant à lui, sur la constatation d'une faute ne pouvant être assimilée à un risque normal de l'entreprise³⁰⁵⁴. Techniquement, il résulte alors de la combinaison des deux fondements³⁰⁵⁵ que le commettant se comporte alors comme un simple garant et pas comme un responsable du fait d'autrui.

Fonctionnellement, les fondements de la responsabilité civile réparatrice et de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction sont donc distincts. La théorie du risque-profit relève des principes de la Justice commutative et préside aux règles de réparation tandis que la théorie des risques anormaux de l'entreprise se rapproche des principes de la Justice distributive et détermine les règles de sanction du préposé ou du mandataire dirigeant, quand bien même cette dernière se traduirait par une obligation de réparation puisque celle-ci est alors exceptionnelle.

Ce fondement des risques anormaux de l'entreprise est-il transposable lorsque la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant relèvera d'un régime contractuel ?

B. Le fondement de la responsabilité contractuelle sanctionnatrice

607. Place de la responsabilité contractuelle dans le régime de la faute de fonction. –

A titre liminaire, il convient de rappeler que la responsabilité contractuelle du commettant ou de la personne morale consécutive à une faute du préposé ou du mandataire dirigeant répond à une logique parfaitement étrangère à celle du régime de la faute de fonction tel que découlant de la théorie du risque-profit. L'engagement sur le fondement contractuel du commettant et de la personne morale répond exclusivement aux règles de la responsabilité contractuelle. S'ils sont condamnés à verser des dommages et intérêts à leur cocontractant alors qu'ils avaient confié l'exécution de leur engagement à un préposé ou que celle-ci était assurée par le mandataire dirigeant, ce n'est donc pas en vertu de la théorie du risque-profit mais en raison de leur engagement initial à ce que le contrat soit correctement exécuté³⁰⁵⁶.

Toute autre est la question de l'intégration possible dans le régime de la responsabilité du salarié envers son employeur ou dans celui de la responsabilité du mandataire envers le groupement qu'il dirige, des deux logiques sous-tendant le régime de la faute de fonction. Or, ces régimes de responsabilité semblent également de nature contractuelle.

³⁰⁵⁴ Outre sa gravité intrinsèque, l'agression sexuelle peut ici être qualifiée de détournement de fonction, étant entendu que l'agression poursuivait évidemment la seule satisfaction personnelle de l'instituteur (V. *infra* n°648).

³⁰⁵⁵ Puisque ces deux fondements sont combinés, ils ne sont donc pas équivalents.

³⁰⁵⁶ V. *supra*, n°476 et s.

Si la question suscite peu de controverse s'agissant du préposé³⁰⁵⁷, elle est âprement discutée s'agissant du dirigeant. Cela ne doit pas surprendre dès lors que l'analyse qui est faite de sa responsabilité est étroitement liée à celle du lien qui l'unit à la personne morale, et donc, à la nature de celle-ci – *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une société. Là aussi s'affrontent principalement deux analyses³⁰⁵⁸. La première propose de voir dans l'action en responsabilité de la personne morale contre son dirigeant³⁰⁵⁹ une responsabilité *sui generis* c'est-à-dire purement légale³⁰⁶⁰. Ici comme ailleurs les spécificités que la loi a prévues, en matière de responsabilité des dirigeants, a pu convaincre de l'impossibilité d'une responsabilité de droit commun, en particulier contractuelle. Ainsi en est-il par exemple du délai de prescription de trois ans à compter du fait dommageable ou à compter de sa révélation s'il a été dissimulé³⁰⁶¹, contre trente ans pour une prescription de droit commun de la responsabilité contractuelle³⁰⁶². Est encore noté le hiatus entre le droit commun de la responsabilité contractuelle qui autorise les contractants à prévoir des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité et les dispositions légales applicables au dirigeant qui réputent non écrites les clauses de renonciation à l'action en responsabilité³⁰⁶³. Ces spécificités ne sont pourtant pas des obstacles majeurs à l'admission d'une responsabilité d'essence contractuelle³⁰⁶⁴, mais dont les conditions d'engagement ont été spécialement rappelées par la loi³⁰⁶⁵. Une telle lecture s'impose comme découlant de l'analyse retenue de la personne morale (et notamment de la société) et du lien unissant le mandataire dirigeant à celle-ci³⁰⁶⁶. En outre, elle présente l'avantage de pouvoir unifier le régime de responsabilité des dirigeants. Si leur responsabilité est en principe spécialement prévue par les textes³⁰⁶⁷, certains dirigeants ont en

³⁰⁵⁷ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 7^{ème} éd., 2010, n°311et 311-1 ; J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 26^{ème} éd, 2012, n°615 ; J.-M. VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAU, *Droit du travail. Vol. 2. Rapports individuels*, Dalloz, coll. Mémentos, 16^{ème} éd. 2011, p.88 – V. cependant, J.-B. LAYDU, *La responsabilité civile du salarié : contractuelle ou délictuelle ? (A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 2 février 1994)*, Dr. soc. 1995, p.146 ; B. BOSSU, *La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire*, Dr. soc. 1995, p.26.

³⁰⁵⁸ V. également la proposition de retenir la responsabilité **délictuelle** du dirigeant envers l'association qu'il administre, G. CHABOT, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Defrénois 1999, article 37015, n°36.

³⁰⁵⁹ La même analyse est produite lorsque le demandeur est un tiers.

³⁰⁶⁰ J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Bib. de droit commercial, t. 27, 1974, n°110 et s.

³⁰⁶¹ Articles L. 223-23 et L. 225-254 du Code de commerce.

³⁰⁶² Article 2262 du Code civil.

³⁰⁶³ Article 1843-5 alinéa 2 du Code civil et articles L. 223-22 alinéa 4 et L. 225-253 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

³⁰⁶⁴ V. en ce sens, les arguments développés par J.-C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006, n°256 et s.

³⁰⁶⁵ Ainsi en est-il également des règles de responsabilité applicables au mandataire (articles 1991 et 1992 du Code civil), sans que la nature contractuelle de sa responsabilité ne soit vraiment remise en question.

L'avantage de la légalisation de la responsabilité civile du dirigeant résiderait également dans la modification des moyens de preuve recevables. Puisqu'il s'agit d'un fait juridique, la preuve par tous moyens est admise (S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001, n°892).

³⁰⁶⁶ V. *supra* n°58 et s., 66.

³⁰⁶⁷ Sociétés civiles (article 1850 du Code civil) ; SARL (article L. 223-22 du Code de commerce) ; SA (articles L. 225-251 et s. et L. 225-256 du Code de commerce) ; SAS (article L. 227-8 du Code de commerce).

effet été oubliés : le gérant des sociétés en nom collectif, celui des sociétés en commandite simple ou celui des associations³⁰⁶⁸.

Dans l'ensemble, et mis à part les farouches défenseurs d'une analyse institutionnelle de la société, la doctrine concède³⁰⁶⁹ ou admet sans détours qu'il s'agit d'une responsabilité par essence contractuelle lorsqu'elle est mise en mouvement au nom de la personne morale³⁰⁷⁰. Plus précisément la doctrine considère que « sur le plan interne, la responsabilité se dessine selon les contours de celle d'un mandataire à l'égard de son mandant [...] avec quelques adaptations destinées à favoriser l'exercice de l'action : inefficacité du *quitus*, action sociale *ut singuli* »³⁰⁷¹.

Il est en revanche plus difficile de se prononcer sur la nature de la responsabilité mise en œuvre par un associé lorsqu'il invoque un préjudice personnel. La jurisprudence s'appuie ici exclusivement sur les dispositions légales³⁰⁷², refusant aux associés d'utiliser le régime délictuel général pour fonder leur action individuelle³⁰⁷³. Si la collectivité des associés est certainement le mandant du dirigeant, il est en effet difficile de considérer les associés, **pris individuellement**, comme les mandants du dirigeant. Il est toutefois tout aussi délicat de les traiter comme des tiers *penitus extranei*³⁰⁷⁴. Il est alors possible d'admettre que la responsabilité civile du dirigeant envers un associé (ou un sociétaire) est délictuelle³⁰⁷⁵ mais qu'elle peut être engagée à des conditions identiques à celles du groupement auquel ces personnes appartiennent³⁰⁷⁶.

608. Fondement de la responsabilité contractuelle et théorie du risque-profit. – Une fois écartées les théories de l'écran social ou de la représentation³⁰⁷⁷, et une fois admises les

³⁰⁶⁸ Certains auteurs ont proposé qu'un droit des groupements – auquel appartiendraient les règles de responsabilité des dirigeants – soit constitué à partir des solutions applicables aux sociétés commerciales (M.-L. COQUELET, *La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements* in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz 1999, p.195 ; V. déjà, D. RANDOUX, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982).

³⁰⁶⁹ P. DIDIER considère que « pour partie, la responsabilité assure l'exécution du mandat social. Elle est alors fondée sur la recherche de l'équilibre entre associés et dirigeants. Sous cet angle, elle est en **réalité très proche d'une responsabilité contractuelle** » (*Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., p.242).

³⁰⁷⁰ F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p.25 ; C. FREYRIA, *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise* in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.179, n°12 ; S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°902 ; B. PIEDELIEVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, 1967.

³⁰⁷¹ D. VIDAL, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, CDE 2001, p.16, spé. p.17. – Dans le même sens, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°255 et s.

³⁰⁷² Par le passé, la jurisprudence a semblé poser le principe d'une responsabilité de nature contractuelle des dirigeants envers les associés (Com. 4 octobre 1976, B. n°245).

³⁰⁷³ Com. 13 juin 1995, Dr. sociétés 1995, comm. 223, obs. D. VIDAL.

³⁰⁷⁴ V. *supra* n°515.

³⁰⁷⁵ Dans le sens d'une responsabilité délictuelle, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°658. – En faveur de la qualification délictuelle, le contentieux propre à la responsabilité du syndic envers les copropriétaires pris individuellement (par ex. Civ. 3, 8 octobre 1997, RD imm. 1998, p.138, obs. C. CAPOULADE).

³⁰⁷⁶ V. *infra* n°623 et s., 647.

³⁰⁷⁷ V. *supra* n°396.

théories du risque-profit et des risques anormaux de l'entreprise, ne serait-il pas cohérent que préposé et mandataire dirigeant engagent leur responsabilité civile aux mêmes conditions à l'égard des tiers et à l'égard du commettant ou de la personne morale ?

Si le bon sens paraît plaider en faveur d'une réponse positive, des considérations propres à la logique juridique pourraient s'y opposer. Notamment si les théories du risque-profit et des risques anormaux de l'entreprise s'épanouissent parfaitement dans la sphère délictuelle, sont-elles vraiment transposables à la sphère contractuelle ?

Il faut, pour ce faire, admettre que la faute puisse jouer un rôle dans la responsabilité contractuelle, ce qui peut déjà paraître bien présomptueux dans le contexte de remise en question du concept de responsabilité contractuelle lui-même³⁰⁷⁸. Deux arguments plaident cependant en faveur de la non-exclusion absolue de la faute dans le régime contractuel. L'article 1150 du Code civil, d'abord, aux termes duquel le dol du débiteur l'oblige à réparer le dommage même non prévisible, tend assurément à faire jouer un rôle punitif à la responsabilité contractuelle lorsque celle-ci a pour origine une inexécution dolosive. Ensuite, la présente étude, bien que n'ayant pas pour ambition de clore le débat portant sur l'existence d'une responsabilité contractuelle, y a participé en notant que la responsabilité contractuelle pour faute est peut-être seulement mal comprise comme impliquant la **nécessité** de démontrer la **faute du débiteur**³⁰⁷⁹. Ce n'est pas dire, pour autant, que la faute est inepte dans ce régime. Elle est en revanche nécessairement particulière car renvoyant prioritairement à une inexécution contractuelle. Ainsi, outre que la jurisprudence tend encore aujourd'hui à exiger ou constater une faute³⁰⁸⁰, l'appréciation de l'inexécution contractuelle est susceptible de s'apparenter à l'appréciation d'une faute. En effet, lorsque la promesse à laquelle s'engage le contractant est celle d'une « exécution diligente »³⁰⁸¹, il faudra bien, pour caractériser l'inexécution de cette obligation, opérer une comparaison entre l'exécution constatée et l'exécution du « bon père de famille » ou du « bon contractant »³⁰⁸². Partant, tout idée de faute, et donc de sanction, n'est pas *ipso facto* exclue de la responsabilité contractuelle.

Les régimes de responsabilité contractuelle des préposés et des mandataires dirigeants procèdent-ils pour autant de la conciliation entre la sanction d'une inexécution fautive et la théorie du risque-profit, bref de la théorie des risques anormaux de l'entreprise ?

609. Résultats contrastés. – La responsabilité contractuelle du salarié semble bien procéder d'une conciliation entre la nécessité de ne pas faire peser les charges de l'exploitation sur le patrimoine du salarié et le besoin impérieux de ne pas laisser ses comportements les plus

³⁰⁷⁸ V. *supra* n°74..

³⁰⁷⁹ V. *supra* n°74.

³⁰⁸⁰ Par exemple, Civ. 1, 7 octobre 1992, JCP 1993, II, 22071, note F. CHABAS ; plus récent, Civ. 1, 6 décembre 2005, B. n°462 ; D. 2006, p.274, note GAUTIER.

³⁰⁸¹ D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2 p.409, n°37 p.434.

³⁰⁸² Ce cas de figure semble correspondre à celui d'une obligation de moyens, selon la distinction élaborée par DEMOGUE (*Traité des obligations*, t. V, 1^{ère} éd., 1922, n°1237).

graves impunis. En effet, seules ses fautes lourdes – que la jurisprudence semble parfois circonscrire à l'intention de nuire à l'employeur³⁰⁸³ – sont génératrices de responsabilité envers ce dernier. La théorie des risques anormaux de l'entreprise peut donc être parfaitement transposée à ce cas de figure. Cela signifie donc également que la responsabilité contractuelle du salarié, vraisemblablement fondée sur le non-respect d'une obligation de moyen et partant d'une faute, a bien été mâtinée par la théorie du risque-profit³⁰⁸⁴. C'est ainsi que la responsabilité civile contractuelle a adapté ses règles aux exigences du droit du travail³⁰⁸⁵. Qu'en est-il de la responsabilité contractuelle du mandataire dirigeant ?

A son égard, les dispositions légales, reprenant les conditions auxquelles sa responsabilité contractuelle peut être engagée, ne semblent faire preuve d'aucune conciliation entre le fondement fautif et la théorie du risque-profit. Ainsi, certains auteurs semblent considérer que l'énumération des manquements reprochables au dirigeant n'est guère plus qu'une reprise de la *clausula generalis* de l'article 1382 du Code civil³⁰⁸⁶. Apparemment le contrat de mandat liant le dirigeant à la collectivité des associés n'a donc pas intégré la théorie du risque-profit (et donc la théorie des risques anormaux de l'entreprise), rendant le mandataire dirigeant redevable de toutes ses fautes à l'égard de la personne morale c'est-à-dire à l'égard de la collectivité des sociétaires ou associés³⁰⁸⁷. La jurisprudence a, en outre, retenu la même rigueur lorsque la responsabilité civile du dirigeant était recherchée par un associé invoquant son préjudice personnel³⁰⁸⁸. La solution est approuvée par la doctrine, qui la justifie, semble-t-il par une logique sanctionnatrice ou à tout le moins normative puisqu'elle rappelle que « dans l'ordre interne, l'impératif se déplace vers un **contrôle**³⁰⁸⁹ de l'exécution loyale des fonctions »³⁰⁹⁰.

610. Conclusion de la section 1. – Alors que le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice est de plus en plus remis en cause par une doctrine souhaitant voir confinée la matière à la fonction réparatrice, le régime de la faute de fonction devrait permettre de réactiver le débat. En effet, la réparation de la faute de fonction sanctionnatrice étant en

³⁰⁸³ V. *infra* n°630.

³⁰⁸⁴ Pour des développements plus approfondis sur l'impossibilité de lire dans cette règle une autorisation pour le salarié à commettre des fautes, V. *supra* n°433 et *infra* n°639.

³⁰⁸⁵ C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 282, 1997, p.137.

³⁰⁸⁶ En ce sens, F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil*, LPA 6 juillet 2005, p.3, pour qui les règles de responsabilité des dirigeants établies par le Code de commerce ne sont que des « excroissances » du Code civil.

³⁰⁸⁷ La Cour de cassation a rappelé le principe selon lequel la société n'avait pas à démontrer la faute détachable du dirigeant pour engager sa responsabilité (Civ.1, 15 mai 2007, n°06-12317).

³⁰⁸⁸ Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H. LE NABASQUE.

³⁰⁸⁹ Nous soulignons.

³⁰⁹⁰ D. GALLOIS-COCHET, note sous CA Bordeaux, 4 février 2009, Dr. sociétés 2009, comm. 159 – Adde, J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants, La responsabilité personnelle à la dérive* in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.41.

principe assurée par le commettant ou la personne morale, la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant ne peut théoriquement s'expliquer que par la nécessité de maintenir cette épée de Damoclès que constitue la condamnation pécuniaire résultant de l'engagement de leur responsabilité civile. Quoiqu'il en soit des doutes relatifs à la finalité sanctionnatrice de l'action en responsabilité civile, ils ne font pas obstacle à ce que la responsabilité civile des préposés et des mandataires soit pensée et agencée comme une punition. C'est ce qu'un parallèle avec la peine privée a pu démontrer.

Dès lors, il fallait trouver un fondement à cette responsabilité civile sanctionnatrice. Dans un premier automatisme, la faute s'imposait. Cependant admettre un tel fondement conduisait à détruire entièrement le régime de la faute de fonction qui avait pourtant été suffisamment justifié pour ne pas être rejeté sans ambages. Il fallait donc proposer un fondement mixte à la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant, un fondement fautif mâtiné par la théorie du risque-profit : la théorie des risques **anormaux** de l'entreprise. Apparemment très exploitable dans le cadre de la responsabilité délictuelle invoquée par le tiers, ce fondement semblait diversement avoir intégré la responsabilité contractuelle – bien installé dans la responsabilité contractuelle du salarié mais boudée par la responsabilité contractuelle du mandataire dirigeant. Cette opposition doit cependant être vérifiée lors de l'étude de la mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction, laquelle devrait être facilitée par la découverte du fondement de la responsabilité civile sanctionnatrice.

Section 2.

La mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

611. Parachèvement du régime de responsabilité civile de la faute de fonction. – La mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction transcrit techniquement le fondement de la théorie des risques anormaux de l'entreprise visant à concilier la théorie du risque-profit et le fondement de la faute. De cette mise en œuvre découlera donc l'équilibre global du régime de responsabilité civile propre à la faute de fonction. Mettre l'accent sur l'aspect sanctionnateur de ce régime, rarement exploité à sa juste mesure, est un des moyens d'y parvenir. Cette nouvelle perspective ouvre également de nombreuses interrogations. Cette logique sera-t-elle toujours garante d'un régime de la faute de fonction uniforme et insensible à la qualité de l'agent fautif – préposé ou mandataire dirigeant ? A quel point ce régime de responsabilité civile issu de la commission d'une faute de fonction est-il dérogoire au droit commun ? Enfin, le droit positif est-il satisfaisant ou doit-il être relayé par une analyse prospective pour atteindre cet équilibre nécessaire ? Ces questions sont transversales et concernent tant les conditions de la responsabilité civile sanctionnatrice que ses effets. C'est pourquoi y sera-t-il répondu tout au long de l'examen des conditions de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction d'abord (§ 1.) et de celui de ses effets ensuite (§ 2.).

§ 1. Les conditions de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

612. Triptyque classique du droit de la responsabilité civile. – A l'instar de tout régime de responsabilité civile, la mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction nécessite que soient réunies les trois conditions classiques que sont un fait générateur de responsabilité, un préjudice réparable et un lien causal entre ces deux premières conditions.

En la matière, peu de développements seront consacrés au lien de causalité. Tout juste suscite-t-il deux remarques spécifiques à la responsabilité du dirigeant. D'abord, la préférence de la jurisprudence pour l'équivalence des conditions semble être relayée à l'égard du dirigeant³⁰⁹¹. En second lieu, le choix de cette causalité se conjugue bien avec l'existence

³⁰⁹¹ S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009, n°49 – *Contra*, S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001, n°1014.

d'une responsabilité solidaire entre dirigeants, prévue par les articles 1850 alinéa 2 du Code civil, L. 223-22 alinéa 1 et L. 225-251 du Code de commerce.

La problématique du préjudice réparable est, à l'inverse, commune au préposé et au dirigeant. La faute de ces derniers peut en effet causer préjudice à plusieurs agents : au tiers tout d'abord, à celui pour lequel est exercée la fonction ensuite. L'affirmation appelle peu de commentaires quant au préjudice causé par le préposé à son commettant. Quant au dirigeant, la situation est plus complexe. Sa faute peut causer un préjudice non seulement aux tiers, mais également au groupement qu'il dirige et aux membres de ce groupement pris individuellement. Or, si le préjudice réparable peut, dans tous ces cas, être, comme en droit commun, de toute nature³⁰⁹² – matériel ou moral³⁰⁹³ –, il peut donner lieu à des actions en responsabilité civile bien distinctes : l'action du tiers, l'action « sociale »³⁰⁹⁴ et l'action individuelle des associés³⁰⁹⁵.

Enfin, doit être constaté un fait générateur de responsabilité civile sanctionnatrice. Malheureusement, ce point est, à ce jour, le plus problématique du régime. Dans une logique de réparation, ce fait générateur possédait deux traits saillants. D'abord, il devait s'agir d'un comportement fautif du préposé ou du mandataire dirigeant. Ensuite, ce comportement devait être enchâssé dans un carcan fonctionnel pour susciter son imputation au commettant ou à la personne morale, et partant leur responsabilité civile. Autrement dit, tandis que la faute était génératrice d'une obligation de réparation, son caractère fonctionnel était déterminant de son imputation dérogatoire aux commettant-personne morale et/ou préposé-mandataire dirigeant. Le schéma peut-il être reproduit dans la logique sanctionnatrice ? Ce n'est pas certain.

³⁰⁹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°134 et s.

³⁰⁹³ A ce propos, une jurisprudence récente semble avoir accepté très explicitement de réparer le préjudice moral de la personne morale (Crim. 12 mai 2012, D. 2012, p.1403, obs. X. DELPECH) – *Adde*, V. WESTER-OUISSE, *Le préjudice moral des personnes morales*, JCP 2003, I, 145 ; P. STOFFEL-MUNCK, *Le préjudice moral des personnes morales* in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, 2007, Dalloz, p. 959.

³⁰⁹⁴ En droit des sociétés, celle-ci se décompose en deux actions possibles poursuivant la finalité commune de réparer le dommage social. L'action *ut universi* est exercée par le représentant de la société (généralement son dirigeant) tandis que l'action *ut singuli* est exercée par l'un des associés, au nom de la société. Cette action « sociale » existe dans les autres groupements mais sa dichotomie interne est, à ce jour, propre au droit des sociétés. – Sur ces actions et la possibilité d'étendre cette dichotomie à tous les groupements, V. J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*

³⁰⁹⁵ Cette action individuelle, dont le principe a été, très tôt, admis par la jurisprudence (Civ. 26 novembre 1912, DP 1913, p.377) alors qu'elle n'apparaît toujours pas explicitement dans la loi. Les articles relatifs à la responsabilité civile du dirigeant n'envisagent en effet que l'action de la société et celle des tiers (par ex., l'article L. 225-251 du Code de commerce). Puisqu'il est difficile de ranger les associés dans l'une ou l'autre de ces deux catégories (V. *supra* n°515, 607– *Contra*, J.-C. PAGNUCCO (*op. cit.*, n°658) pour qui l'associé qui agit individuellement est un tiers), il faut admettre que l'action individuelle existe *de lege feranda*.

Cette action individuelle est en outre très peu reçue par la jurisprudence. En effet, l'associé doit pouvoir démontrer un préjudice personnel distinct de celui de la société. Or, la Cour de cassation apprécie très strictement cette condition. Elle considère notamment que la dépréciation de la valeur des titres n'est que le corollaire du dommage causé à la société (Com. 1^{er} avril 1997, Bull. Joly 1997, § 248, note J.-F. BARBIERI). La solution est identique en cas d'abus de biens sociaux car ce dernier « n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé » (Crim. 13 décembre 2000, B. n°373 – Crim. 5 décembre 2001, Bull. Joly 2002, § 107, note H. LE NABASQUE – Crim. 30 janvier 2002, Rev. sociétés 2002, p.350, obs. B. BOULOC). Positivement, ne seront admises que les actions ayant pour origine le non-respect des droits individuels des associés, tels que le droit de vote ou le droit à l'information.

La logique sanctionnatrice semble au contraire commander que toute l'attention soit prioritairement portée sur le comportement de l'agent, se détournant du contexte fonctionnel, considération de second rang. Alors, seul le fait générateur de l'obligation de réparation paraît *a priori* apte à commander l'imputation comportementale de la faute au préposé ou au dirigeant.

613. Imputation naturelle comportementale déterminée par la seule gravité du comportement de l'agent ? – Ce postulat est cohérent avec une logique sanctionnatrice. L'imputation, quatrième condition de la responsabilité civile, est en effet déterminée à partir d'un jugement de valeur *ante* judiciaire. Il semble alors éthiquement irréprochable de maintenir l'imputation naturelle comportementale de la faute à son auteur lorsque cette faute est particulièrement stigmatisante. Ainsi en est-il lorsqu'elle se montre d'une gravité suffisante. Pourtant, l'assertion doit être soupesée. En effet, elle semble là encore impliquer des conditions d'engagement similaires quel que soit le demandeur à l'action en responsabilité civile. Cela n'est pourtant que partiellement conforme au droit positif.

En outre, cette proposition n'est pas davantage conforme aux propositions de la doctrine qui souhaite voir la responsabilité civile du préposé et du dirigeant maintenue pour deux causes alternatives : soit la gravité de la faute – ce qui correspond bien à un critère tenant au fait générateur de l'obligation de réparation – soit le non-respect des limites de la fonction³⁰⁹⁶. Dans ce dernier cas, le contexte fonctionnel reste donc encore opératoire dans la logique sanctionnatrice.

Pour statuer définitivement sur cette question, il convient donc d'interroger le bien-fondé de cette nomenclature à partir des fondements retenus pour la responsabilité civile sanctionnatrice. Partant du critère le plus conforme à une logique sanctionnatrice pour aller vers celui qui paraît étranger à cette problématique, la condition tenant à la gravité de la faute de fonction (A.) sera analysée avant la condition tenant au non-respect des prérogatives fonctionnelles (B.).

A. La condition tenant à la gravité de la faute de fonction

614. Une condition suffisante de maintien de la responsabilité civile du préposé ou du dirigeant. – La doctrine est parfois source de confusion à cet égard notamment lorsqu'elle

³⁰⁹⁶ G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998 p.502 ; S. FOURNIER, *La faute personnelle du préposé*, LPA 23 juillet 1997, p.15 ; J.-B. LAYDU *Responsabilité civile du salarié : la voie étroite ?*, RRJ 2005-4 (1), p.1936 ; S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°1139 et s. (pour la gravité) et n°1215 et s. (pour les frontières de la fonction) ; B. PUILL, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif ?*, JCP G 1996, I, 3939 ; C. RADE, *Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat)*, RCA 2000, chron. 22 ; G. VINEY, *La responsabilité personnelle du préposé* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83, spé. p.96 .

explique que les **infractions pénales intentionnelles** ne doivent pas engager la responsabilité du commettant car le préposé « poursuit un but étranger aux fonctions [et] n'a d'autre volonté que celle d'enfreindre la loi pénale, d'autre mobile que la satisfaction de ses passions »³⁰⁹⁷. Ce faisant, elle paraît en effet assimiler totalement un comportement particulièrement blâmable avec un détournement de fonction. L'argument peut ne pas pleinement convaincre. Les faits de l'arrêt *Cousin*³⁰⁹⁸ sont édifiants du contraire puisque le préposé y avait commis un faux pour le compte de son commettant et avait néanmoins vu sa responsabilité civile engagée de ce chef. C'est donc en refusant de laisser les fautes les plus graves non sanctionnées que la jurisprudence est parvenue à cette solution. En somme, la gravité de la faute suffit à établir la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant à l'égard des tiers, peu important alors qu'ils aient par ailleurs respecté les frontières objectives de leurs prérogatives fonctionnelles.

D'autres traduisent alors la situation en parlant de conception subjective de la faute séparable³⁰⁹⁹. Il est également possible de dire que la faute, en raison de sa seule gravité, a été intellectuellement détachée de la fonction par le législateur et/ou le juge³¹⁰⁰. De plus, l'analyse fonctionnelle centrée sur la sanction d'un comportement blâmable est la seule à même d'expliquer ce détachement intellectuel lequel n'est rendu nécessaire ni par la théorie du risque-profit³¹⁰¹, ni par une analyse conceptuelle de la faute de fonction basée sur le cadre fonctionnel³¹⁰². Elle est pourtant incontournable.

615. Une condition obligatoire et opportune de rétablissement de la responsabilité civile du préposé ou du dirigeant. – En premier lieu, le maintien de la responsabilité civile des agents fautifs pour des fautes jugées graves est justifié par la jurisprudence constitutionnelle. Si celle-ci autorise certaines « immunités » civiles, c'est à la condition que celles-ci ne soient pas absolues. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il précisé dans sa décision du 17 janvier 1989 que « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la **nature** et la **gravité** de l'acte qui lui est imputé »³¹⁰³. Ce faisant, le Conseil constitutionnel montre qu'il reste attaché à la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile³¹⁰⁴. Selon lui, la nature et la gravité de l'acte commis doivent donc justifier de la disparition de l'« exonération » de l'agent, ici de l'imputation

³⁰⁹⁷ R. MEURISSE, note sous Cour d'assise, 3 février 1953, JCP 1953, II, 7517, note commune avec Crim. 5 novembre 1953.

³⁰⁹⁸ AP, 14 décembre 2001, LPA, 24 février 2002, p.125, conclusions M. DE GOUTTES ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; RCA 2002, chron. 4 H. GROUDEL ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN.

³⁰⁹⁹ Y. GUYON, B. LE BARS, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, J.-Cl. Société Traité, fasc. 132-10, 2010, n°68.

³¹⁰⁰ V. *supra* n°252.

³¹⁰¹ V. *supra* n°561.

³¹⁰² V. *supra* n°296 et 308.

³¹⁰³ Déc. n° 88-248 DC.

³¹⁰⁴ J. TRAUDE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. Bib. De Droit privé, t. 477, 2007, n°247.

exclusive de sa faute à celui pour lequel il exerce sa fonction. Toute légalisation du régime prétorien actuel devra donc tenir compte de cette exigence constitutionnelle.

En second lieu, cette condition est opportune puisqu'elle participe du rétablissement de la fonction punitive de la responsabilité civile aux côtés de la responsabilité pénale. Elle pourrait donc conduire à une limitation du contentieux pénal à des proportions raisonnables.

616. Une condition incertaine. – Cette condition suscite principalement deux interrogations. La première porte sur son caractère commun ou « universel ». Il s'agit alors de se prononcer sur la nécessité de qualifier une faute d'une certaine gravité pour engager la responsabilité civile du préposé ou du dirigeant, indépendamment de l'identité du demandeur à l'action. La seconde interrogation porte sur la détermination de la faute susceptible de justifier la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant.

Ces deux questions conduisent d'une part à interroger le principe d'une imputation comportementale de la faute de fonction à raison de sa gravité (1.) et d'autre part à se prononcer sur la détermination du seuil de gravité de la faute de fonction sanctionnée (2.).

1. Le principe d'une imputation comportementale de la faute de fonction à raison de sa gravité

617. Regain limité de la dichotomie préposé-dirigeant. – Tandis qu'à l'égard des tiers, le principe est communément vérifié pour le préposé et le dirigeant, le régime de responsabilité civile applicable dans les relations internes à la situation fonctionnelles semble diverger en fonction des agents concernés. Alors que le régime de responsabilité contractuelle du préposé atteste de la recevabilité du principe en droit positif, le rejet jurisprudentiel de l'exigence d'une faute séparable des fonctions pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant par le groupement et ses membres hypothèque au contraire son admission absolue. Ainsi, réapparaît la dichotomie initialement constatée entre préposé et dirigeant³¹⁰⁵ dès lors que le principe est largement admis pour la faute de fonction du préposé (a.), tandis qu'il n'est que partiellement admis pour la faute de fonction du dirigeant (b.).

a. Un principe largement admis pour la faute de fonction du préposé

618. Un principe admis pour l'engagement de la responsabilité civile du préposé à l'égard des tiers. – L'étude de la définition de la faute de fonction a montré que la gravité de la faute du préposé constituait un critère de détachement intellectuel de la faute par rapport à la

³¹⁰⁵ V. *supra* n°38 et s.

fonction³¹⁰⁶ qui autorisait le maintien de la responsabilité civile de l'agent fautif, tout en maintenant également la garantie du commettant³¹⁰⁷. A la suite de l'Assemblée Plénière ayant décidé que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci »³¹⁰⁸, l'ensemble des chambres de la Cour de cassation montrent une certaine sensibilité à la gravité de la faute commise. Ainsi, la deuxième chambre civile présente la faute intentionnelle et l'infraction pénale³¹⁰⁹ comme des exceptions au principe d'irresponsabilité consacré par l'arrêt *Costedoat*³¹¹⁰ tandis que la chambre sociale s'attarde, pour ce faire, sur la démonstration d'un comportement particulièrement blâmable³¹¹¹ et que la chambre criminelle oblige les juges du fond à soumettre l'infraction non intentionnelle au principe de l'arrêt *Costedoat*³¹¹² mais admet que des infractions plus graves engagent la responsabilité civile du préposé, même si elles ont été commises dans l'exercice des fonctions³¹¹³.

Quant à la doctrine, elle est tout à fait favorable à la prise en compte d'un tel critère, qu'elle juge d'ailleurs « inéluctable »³¹¹⁴. Dès l'arrêt *Rochas*, elle avait ainsi prioritairement axé ses efforts de définition de la « faute personnelle » autour de la gravité de la faute³¹¹⁵. Il est de surcroît particulièrement remarquable que les auteurs les plus hostiles à l'exportation du concept de « faute détachable des fonctions » dans le régime de responsabilité civile de la faute du préposé à l'égard des tiers, conviennent néanmoins de la possibilité d'une « immunité » pour les « fautes légères »³¹¹⁶. Ce faisant, ils accordent bien au critère tenant à la gravité de la faute le rôle de condition de la responsabilité civile du préposé.

C'est enfin à cette gravité que font référence les projets de réforme du droit des obligations. Ainsi, l'article 1359-1 du Code civil issu du projet CATALA n'envisage la responsabilité subsidiaire du préposé qu'en l'absence de faute intentionnelle tandis que la proposition du groupe de travail placé sous la direction du professeur TERRE confine également la responsabilité civile du préposé à sa faute intentionnelle en son article 17 alinéa 3.

³¹⁰⁶ V. *supra* n°254.

³¹⁰⁷ A propos de la figure de l'imputation cumulative, V. *supra* n°569.

³¹⁰⁸ Arrêt *Cousin*, AP, 14 décembre 2001, réf. préc.

³¹⁰⁹ Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, obs. H. GROUDEL ; D. 2008 p.1248, note J. MOULY – Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU.

³¹¹⁰ AP, 25 février 2000, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241, n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, Chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, Chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN.

³¹¹¹ Soc. 11 mars 2009, n°07-42609.

³¹¹² Crim. 28 juin 2005, n°04-84281.

³¹¹³ Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; JCP S 2006, 1448, note J.-F. CESARO ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY – Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007, étude 13, A. VIALARD – Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, obs. H. GROUDEL.

³¹¹⁴ F. DESPORTES, *Faute pénale et responsabilité civile du préposé*, RJS 2002, p.711, spé. n°2.

³¹¹⁵ G. VINEY, sous arrêt *Rochas* Com. 12 octobre 1993, D. 1994, p.124, spé. p.127.

³¹¹⁶ J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés, A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, p.141, spé. n° 18.

Ce principe doit être approuvé car le tiers doit pouvoir déclencher la sanction de la responsabilité civile en présence d'un risque anormal de l'entreprise. Ouvrir l'action des tiers à cette catégorie de faute est en effet un moyen juridique efficace de moraliser l'exercice de la fonction. Cela s'impose d'autant plus que dans un tel contexte la connivence entre le salarié et l'employeur n'est pas exclue³¹¹⁷, quand il ne s'agit pas tout simplement du laxisme de l'employeur.

619. Un principe admis pour l'engagement de la responsabilité civile du préposé à l'égard de son commettant. – Le principe selon lequel la responsabilité contractuelle du salarié est subordonnée à la démonstration d'une faute d'une certaine gravité date d'un arrêt de la chambre sociale du 27 novembre 1958³¹¹⁸ aux termes duquel le salarié n'est responsable des résultats défectueux de son travail que si « sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde équipollente au dol »³¹¹⁹. La Cour de cassation a même élevé cette règle au rang de principe général du droit, permettant de condamner toute clause contraire³¹²⁰. Les motivations de la jurisprudence sociale sont assez claires puisqu'elle déclare qu'« un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation »³¹²¹. A l'évidence, la théorie du risque-profit a donc bien été intégrée, par le juge, au contrat de travail, ce qui a retenti sur le régime de la responsabilité contractuelle du salarié envers son employeur. Il est cependant notable que la logique des risques de l'exploitation s'arrête dès lors que le comportement du salarié atteint une certaine gravité. Certaines fautes ne peuvent plus, en effet, être considérées comme des risques normaux de l'exploitation, c'est-à-dire des événements incertains et probabilisables, et doivent consécutivement être mises à la charge définitive du salarié³¹²².

L'exigence d'une faute lourde³¹²³ pour l'engagement de la responsabilité contractuelle du salarié démontre certainement que ce régime résulte d'une conciliation entre la théorie du risque-profit et la nécessité de sanctionner les fautes les plus graves. Bref, elle tire sa raison d'être dans la théorie des risques anormaux de l'entreprise. Cela serait logique et même

³¹¹⁷ V. arrêt *Cousin*, réf. préc.

³¹¹⁸ Soc. 27 novembre 1958 D. 1959, p.20, note R. LINDON ; JCP 1959, II, 11143, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE ; RTD civ. 1959, p.753, note J. CARBONNIER ; RTD civ. 1959, p.731, note H. et L. MAZEAUD.

³¹¹⁹ Il y a là, semble-t-il, l'acquiescement de la jurisprudence à la proposition de L. JOSSERAND d'exiger, pour engager la responsabilité civile des professionnels, une faute lourde (*La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, DH 1939, p.29). Toutefois, tandis que L. JOSSERAND ne visait certainement pas le salarié mais les autres travailleurs professionnels, le droit positif privilégie au contraire le salarié au détriment des autres professionnels à l'égard desquels il se montre très sévère.

³¹²⁰ Soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p.651, note J. SAVATIER.

³¹²¹ Soc. 31 mai 1990, B. n°260.

³¹²² A.-C. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009, n°70.

³¹²³ V. *infra* n°630.

chronologique puisque ce régime est sans doute celui qui a inspiré le régime civil délictuel issu de l'arrêt *Costedoat*³¹²⁴.

Le droit positif démontre ainsi que la gravité de la faute du salarié constitue une condition de l'engagement de sa responsabilité civile, qu'elle soit de nature délictuelle à l'égard des tiers, ou de nature contractuelle, à l'égard de son employeur. Assurément, la théorie du risque-profit est donc bien venue mâtiner les exigences du fondement fautif de la responsabilité civile sanctionnatrice dans ces deux sphères de responsabilité. Il en résulte le sentiment d'une harmonie de la responsabilité civile du salarié. Il est permis de douter de la même solution s'agissant de la responsabilité civile du mandataire dirigeant dès lors que le principe d'une responsabilité civile dépendante de la gravité de sa faute de fonction n'est que partiellement admis à son égard.

b. Un principe partiellement admis pour la faute de fonction du mandataire dirigeant

620. Une situation complexe. – Partant du constat que la nature de la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers et envers le groupement est différente³¹²⁵, une scission aurait pu s'opérer entre ces deux contentieux, la gravité de la faute jouant par exemple un rôle dans le contentieux des relations externes qui lui serait refusé dans le contentieux des relations internes. L'état du droit positif est au contraire plus complexe que cela car le principe d'une imputation comportementale de la faute à raison de sa gravité n'est que partiellement admis à l'égard des tiers (α .) et ignoré à l'égard du groupement et de ses membres (β .).

α . Un principe partiellement admis pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers

621. Le désaccord des chambres civiles, commerciale et criminelle. – L'importance de la gravité du comportement sur l'engagement de sa responsabilité civile à l'égard des tiers est plus évidente encore pour le dirigeant que pour le préposé. Dans l'arrêt *Seusse*³¹²⁶, en effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation offre une définition de la faute séparable des fonctions – source de responsabilité civile du dirigeant – toute entière ordonnée autour de la gravité de celle-ci³¹²⁷. Elle juge en effet que le dirigeant commet une faute séparable des

³¹²⁴ J. MOULY, *Droit civil et droit du travail. Une coexistence pacifique in Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude LOMBOIS*, Pulim, 2004, p.359, spé. p.382-383.

³¹²⁵ V. *supra* n°607.

³¹²⁶ Com. 20 mai 2003, B. n°84 ; D. 2003, p.1502, obs. A. LIENHARD et p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY.

³¹²⁷ V. *supra* n°257 et s.

fonctions « lorsqu'[il] commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». Dans cette formule, l'accent est mis sur la gravité du comportement de laquelle découle son incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions sociales. Nul n'est besoin de chercher longtemps l'inspiration des juges : elle réside vraisemblablement dans une définition fonctionnelle de la faute de fonction³¹²⁸ d'une part, et dans la théorie des risques anormaux de l'entreprise d'autre part.

Cependant cette logique n'est pas toujours admise en droit positif, la chambre criminelle se refusant toujours à en faire l'application³¹²⁹. Si une telle attitude ne peut lui être reprochée s'agissant de l'action publique³¹³⁰, elle est pour le moins surprenante relativement à l'action civile.

622. Appréciation. – Ce refus catégorique d'appliquer le critère de la faute séparable des fonctions conduit en pratique à exacerber les actions pénales³¹³¹ et d'une manière générale à offrir un contentieux éclaté auquel il est difficile de donner une justification. Sur le fond du droit, l'action civile n'a en principe d'autre spécificité que de limiter le fondement de l'action en responsabilité civile à un fondement délictuel puisque l'infraction est un fait juridique³¹³². Or, la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers, même fondée sur les articles du Code de commerce, s'appuie incontestablement sur un fait juridique³¹³³. Une échappatoire pourrait être trouvée dans l'affirmation selon laquelle la règle de la faute séparable des fonctions est une règle de droit des sociétés, non de responsabilité civile. A ce titre, la chambre criminelle ne serait pas tenue d'en faire application. L'argument ne convainc guère toutefois, puisqu'il a été montré, à plusieurs reprises, qu'au contraire, ce régime peut parfaitement être justifié par les principes régissant le droit de la responsabilité civile délictuelle³¹³⁴. Alors, sauf à admettre que la faute pénale constitue nécessairement une faute séparable des fonctions à raison de sa gravité intrinsèque³¹³⁵, la responsabilité civile du dirigeant ne devrait être engagée dans le contentieux civil soumis à une juridiction pénale qu'en vertu du fondement de la théorie des

³¹²⁸ La définition fonctionnelle est ici celle qui est guidée par les finalités réparatrice et sanctionnatrice de la responsabilité civile.

³¹²⁹ V. *supra* n°262.

³¹³⁰ V. *infra* n°698 et s.

³¹³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°304 – Egalement en ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t. 18, 2009, n°511.

³¹³² P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2002, n°202 – Cet état de droit est d'ailleurs discuté : V. not. C. OPHELE, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001 p.263.

³¹³³ V. *supra* n°607.

³¹³⁴ En outre, puisque le régime de la faute séparable concerne également le dirigeant d'association, l'argument ne peut être admis. Pour ce faire, il faudrait accepter que le droit des sociétés commerciales constitue le droit commun des groupements. La proposition a déjà été faite par la doctrine (M.-L. COQUELET, *La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements* in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz 1999, p.195 ; V. déjà, D. RANDOUX, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982).

³¹³⁵ V. *supra* n°262 et s. et *infra* n°636.

risques anormaux de l'entreprise. C'est dire que cette juridiction devrait apprécier la gravité du comportement pénalement répréhensible du dirigeant pour engager sa responsabilité civile.

La nécessité d'appliquer la théorie des risques anormaux de l'entreprise quelle que soit la juridiction saisie du contentieux civil doit-elle également conduire à proposer son extension à la responsabilité civile venant sanctionner les relations internes au groupement ou faut-il au contraire admettre que la gravité de la faute y soit ignorée ?

β. Un principe ignoré pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers le groupement et ses membres

623. Un principe ignoré pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers la société et les associés. – La jurisprudence refusant d'exiger de la part de la société³¹³⁶ ou (après quelques hésitations des juges du fond³¹³⁷) des associés exerçant leur action individuelle³¹³⁸, la démonstration d'une faute séparable des fonctions pour engager la responsabilité civile du dirigeant, le retour au « droit commun » de la responsabilité civile du dirigeant de groupement s'impose.

Pour ces derniers, deux cas de figure sont alors possibles. La loi prévoit en effet d'une part que « les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat »³¹³⁹ et d'autre part, et plus généralement, que les dirigeants sont responsables « soit des infractions aux dispositions législatives et réglementaires³¹⁴⁰, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Ce sont ces fautes, des dirigeants autres que les membres du conseil de surveillance, qui ont suscité le plus de commentaires riches d'enseignements.

D'abord, alors que la loi distingue trois types de fautes, la doctrine les regroupe parfois sous une même bannière : la faute de gestion³¹⁴¹. Outre que cette approche plus synthétique faciliterait peut-être la détermination du comportement pouvant être reproché au dirigeant, elle pourrait en outre se révéler la plus exacte. La « faute de gestion » est en effet un fait générateur commun à la responsabilité civile du dirigeant lorsque sa société est *in bonis* et à la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif lorsque sa société est en difficulté³¹⁴². Nonobstant, dans ce second cas de figure, la faute de gestion englobe la violation des statuts et

³¹³⁶ Civ.1, 15 mai 2007, n°06-12317

³¹³⁷ V. *supra*, n°515.

³¹³⁸ Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H. LE NABASQUE.

³¹³⁹ Article L. 225-257 du Code de commerce.

³¹⁴⁰ Les textes précisent parfois « applicables [à la société qu'il dirige] » (article L. 223-22 du Code de commerce – SARL – ; article L. 225-251 du Code de commerce – SA –) – *Contra*, article 1850 du Code civil (sociétés civiles).

³¹⁴¹ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°643 et s.

³¹⁴² Article L. 651-2 du Code de commerce.

les infractions aux dispositions législatives et réglementaires³¹⁴³. Alors qu'une telle situation fait dire à certains auteurs que la faute de gestion ne reçoit pas la même définition dans ces deux actions en responsabilité³¹⁴⁴, elle peut inversement inciter à fédérer les manquements reprochables au dirigeant sous la terminologie de faute de gestion. Il est de toute façon déjà acquis en doctrine que celle-ci est une « faute protéiforme »³¹⁴⁵.

624. Le fait générateur de la responsabilité civile du dirigeant envers la société et les associés. – Toutes les caractéristiques de la faute de gestion ne seront pas abordées ici car le propos entend se concentrer pour le moment sur cette seule problématique : la caractérisation de la faute de gestion du dirigeant implique-t-elle la démonstration d'un comportement d'une particulière gravité ?

Toutes les études consacrées à la notion de faute de gestion tentent plus ou moins de donner une définition synthétique de celle-ci afin de la rendre plus appréhensible. Malgré la diversité des propositions³¹⁴⁶, toutes paraissent plutôt s'orienter vers une faute simple du dirigeant. Ainsi cette faute de gestion est-elle décrite comme « toute faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou par omission »³¹⁴⁷. La faute de gestion pourrait donc s'analyser comme toute faute même légère³¹⁴⁸ – la responsabilité du dirigeant allant donc de la simple imprudence ou négligence aux manœuvres frauduleuses caractérisées³¹⁴⁹.

Toutefois, certaines définitions sont plus ambiguës qui décrivent la faute de gestion comme une « défaillance involontaire suffisamment caractérisée, des pouvoirs fonctionnels des

³¹⁴³ Com. 31 janvier 1995, Rev. sociétés 1995, p.763.

³¹⁴⁴ M. BOURRIE-QUENILLET, *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif*, JCP E 1998, p.455 ; S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°142 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2011, n°1265.

³¹⁴⁵ F. CHERCHOULY-SICARD, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion*, thèse Paris, 1982, n°9.

³¹⁴⁶ Certaines propositions sont moins convaincantes que d'autres et ne seront donc que rapidement évoquées ici. Certains auteurs ont tenté de définir la faute de gestion comme la méconnaissance de l'*affectio societatis* par les organes de gestion de la société (D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité de la société anonyme*, Sirey, Bib. de droit de l'entreprise, t.21, 1970, p.180 s.). La proposition n'est cependant pertinente que si le dirigeant est issu de la communauté des associés. Or, ce n'est pas toujours le cas. Il faut en outre convenir que la notion d'*affectio societatis* est tantôt jugée inutile (P. DIDIER, *Droit commercial*, t.II, *Les entreprises en sociétés*, PUF, coll. Thémis, 1993, p.68), tantôt jugée d'une utilité relative (P. SERLOOTEN, *L'affectio societatis, une notion à revisiter in Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges Yves GUYON*, 2003, p.1007), tantôt jugée fonctionnelle (N.REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. sociétés 2000, p.425). Quoi qu'il en soit, la notion supporte mal une définition unitaire plus précise que la « volonté de s'associer » (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°147) tant les vellétés des associés minoritaires et des associés majoritaires, l'acquéreur d'un titre en bourse ou l'associé unique d'une société unipersonnelle sont diverses.

³¹⁴⁷ G. RIPERT, R. ROBLOT, P. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial. T 2. Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17^{ème} éd., LGDJ, 2004, n°3285.

³¹⁴⁸ S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°889.

³¹⁴⁹ P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 15^{ème} éd., 2012, n°198. – C'est ainsi que la doctrine juge que « les fautes du dirigeant à l'égard de la société ou des associés sont aisément retenues » (I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants in Colloque Entreprise et responsabilité civile*, Dr. et pat. 2003, p.50).

dirigeants sociaux »³¹⁵⁰. Notant qu'une responsabilité trop lourde paralyserait les dirigeants ou les dissuaderait d'accepter le mandat³¹⁵¹, la doctrine semble lire dans la jurisprudence une sorte de « droit à l'erreur »³¹⁵² dès lors que l'ensemble de la gestion du dirigeant a été correcte³¹⁵³. C'est pourquoi sans rechercher de faute lourde, la jurisprudence rechercherait « des faits caractérisés »³¹⁵⁴, sauf à ce que le comportement ait constitué un dépassement ou un détournement de pouvoir. Dans le même temps, la même doctrine note une grande sévérité à l'égard des dirigeants inactifs ou complaisants³¹⁵⁵ ou encore à l'égard des dirigeants professionnels³¹⁵⁶.

Il est assez malaisé de justifier de cette divergence d'opinion à propos de l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant. Sans doute réside-t-elle dans une jurisprudence elle-même contrastée, qui dépend du contentieux dans lequel la faute de gestion est qualifiée. Faisant preuve d'une certaine orthodoxie dans la qualification de la faute lorsque la société est *in bonis*, les juges se montreraient plus sévères lorsque le comportement du dirigeant a pu conduire à la perte du groupement³¹⁵⁷. Les exemples de fautes de gestion « légères » les plus caractéristiques appartiennent en effet au contentieux de la responsabilité du dirigeant en cas de procédure collective³¹⁵⁸.

La sévérité constatée à propos du dirigeant professionnel peut, quant à elle, s'expliquer par le mode d'appréciation retenu pour caractériser la faute de gestion. Pour constater l'« écart de conduite des affaires de l'entreprise que n'eût point commis un gestionnaire prudent et avisé »³¹⁵⁹, il est en effet fait usage de l'appréciation *in abstracto*³¹⁶⁰ circonstanciée, laquelle implique que certaines données personnelles de l'agent soient prêtées au modèle de

³¹⁵⁰ F. CHERCHOULY-SICARD, *op. cit.*, n°115.

³¹⁵¹ Y. GUYON, B. LE BARS, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, J.-Cl. Société Traitée, fasc. 132-10, 2010, n°46

³¹⁵² Ce type de « droit » n'est pas sans susciter un certain agacement doctrinal, non spécifiquement dirigé vers la responsabilité du dirigeant cependant. – V. sur ce point, D. COHEN, *Le droit à... in L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François TERRE*, PUF, 1999, p.393, spé. p.399-400.

³¹⁵³ Y. GUYON, B. LE BARS, *op. cit.*, *loc.cit.*

³¹⁵⁴ Y. GUYON, B. LE BARS, *op. cit.*, n°49. – Egalement en ce sens, M. GERMAIN, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rapport de synthèse*, Rev. sociétés 2003, p.284, spé. p.287.

³¹⁵⁵ Y. GUYON, B. LE BARS, *op. cit.*, n°51-52.

³¹⁵⁶ Y. GUYON, B. LE BARS, *op. cit.*, n°34-35.

³¹⁵⁷ Cet état de droit confirmerait alors une certaine transformation de la fonction attribuée au dirigeant, passant de la fonction d'expansion à la fonction de protection (V. *supra* n°163 à propos de cette distinction et n°494 pour l'émission d'une telle hypothèse).

³¹⁵⁸ Par exemple, Com. 19 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p.840, note T. BRUGUIER (le choix lors de la création de l'entreprise d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement) – Com. 31 janvier 1995, B. n°29 ; Rev. sociétés 1995, p.763, obs. Y. GUYON (la passivité d'un administrateur qui n'a accepté ses fonctions que pour rendre service au président) – Com. 4 février 1980, B. n°55 (le fait de s'être trompé dans le calcul des prix de revient des marchés conclus par la société) – Com. 28 mai 1991, Rev. sociétés 1992, p.373, note J. HONORAT (le fait d'avoir conclu des contrats dont l'exécution serait déficitaire).

³¹⁵⁹ C. FREYRIA, *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise in Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.179, spé.n°9.

³¹⁶⁰ S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°893 et s. Certains parlent de « la faute qualifiée selon le standard du bon père de famille », M. GERMAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

référence³¹⁶¹, spécialement lorsqu'elles ont trait à la fonction de l'agent³¹⁶². Il est donc permis de penser que le comportement normal du professionnel n'est pas le comportement du profane et qu'une plus grande rigueur peut être attendue du comportement du premier. Ainsi, les « dirigeants sont jugés en fonction des circonstances de l'espèce »³¹⁶³. Dès lors, un tel mode d'appréciation serait peut-être susceptible de répondre à la demande des auteurs qui souhaitent que la responsabilité des dirigeants ne soit pas uniforme mais modulée en fonction du type de société³¹⁶⁴. Cela autorise également à apprécier le comportement du dirigeant en fonction de son statut bénévole (association) ou rémunéré³¹⁶⁵. Reste que l'appréciation *in abstracto* ne peut tout de même pas faire disparaître la violation d'une infraction aux dispositions législatives ou réglementaires.

A s'en tenir à la lettre de la loi, la faute de gestion n'est donc pas nécessairement une faute d'une particulière gravité. La lecture contractuelle semble aboutir au même constat.

Certains auteurs mettent l'accent sur la nature contractuelle du manquement reproché au dirigeant. Pour eux, la faute de gestion est une « faute contractuelle commise par le [dirigeant] mandataire dans l'exécution de sa mission »³¹⁶⁶. Suivant leur analyse, la faute de gestion du dirigeant correspondrait donc au fait générateur de sa responsabilité contractuelle – laquelle réside uniformément dans l'inexécution d'une obligation contractuelle³¹⁶⁷. A partir de là, la principale problématique porte sur la nature de l'obligation contractuelle du dirigeant : s'agit-il d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat ? Abordée sous l'angle conceptuel de la délimitation des pouvoirs et corrélativement des obligations du dirigeant, il était apparu raisonnable de n'exiger de lui qu'une obligation de moyen. De la sorte, le seul préjudice causé au groupement n'emportait pas nécessairement la qualification de détournement³¹⁶⁸. Sous l'angle fonctionnel, le seul préjudice causé au groupement ne devrait donc pas engager la responsabilité civile du dirigeant. En effet le droit positif semble s'orienter vers une obligation de moyen³¹⁶⁹. Pour autant, cela ne réintroduit en rien l'exigence d'une faute d'une certaine gravité pour engager sa responsabilité civile.

³¹⁶¹ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999, n°370.

³¹⁶² V. MALABAT, *op. cit.*, n°371.

³¹⁶³ E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 302, 1998, n°264 et 269.

³¹⁶⁴ Une distinction devrait s'opérer entre les sociétés faisant appel à l'épargne publique et les autres sociétés (S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°729-730).

³¹⁶⁵ S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°895.

³¹⁶⁶ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°645.

³¹⁶⁷ J.-C. SAINT-PAU, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, J.-Cl. Responsabilité civile, fasc.171-10, 2003, n°2.

³¹⁶⁸ V. *supra* n°304.

³¹⁶⁹ Pour les dirigeants de sociétés (CA Versailles, 11 juin 1998, Bull. Joly 1998, n°1168, note BAILLORD – CA Paris, 18 juin 1998, RJDA 1998, n°1366 – Com. 1^{er} avril 1968, B. n°125 selon laquelle le mauvais état des affaires sociales ne permet pas de présumer sa faute de gestion) ; pour les dirigeants d'association (Civ. 1, 5 février 1991, B. n°45).

625. La justification de la mise à l'écart du principe dans les relations internes au groupement : la logique sanctionnatrice³¹⁷⁰. – Pour justifier que la responsabilité civile du dirigeant soit engagée à raison de faits générateurs différents, certains auteurs ont proposé de s'appuyer sur la dualité de mission impliquée par la fonction de dirigeant. Celui-ci serait d'une part le représentant de la personne morale et d'autre part son gestionnaire³¹⁷¹. Outre que la distinction ne convainc pas totalement³¹⁷², le renvoi à la mission de représentation permet surtout à la doctrine d'invoquer la justification de l'écran social qui n'a pas été retenue. De surcroît la faute de gestion est entendue de manière large par la jurisprudence et non, seulement, comme la seule faute résultant de la gestion sociale³¹⁷³.

L'adoption d'une lecture contractuelle des rapports entre le dirigeant et son groupement, corrélative à une logique sanctionnatrice, permettent au contraire de justifier techniquement de l'indifférence du droit positif à la gravité de la faute du dirigeant pour engager sa responsabilité civile à l'égard de son groupement.

D'abord, la nature contractuelle de la faute de gestion semble impliquer l'abandon de toute velléité de subordonner la responsabilité du dirigeant à une faute d'une gravité particulière³¹⁷⁴, conformément à l'abandon de principe, dans la sphère contractuelle, de l'échelle des fautes³¹⁷⁵. Ensuite, la théorie du risque-profit semble ne pas avoir été intégrée à l'engagement conclu entre le groupement et son dirigeant de sorte que ce dernier s'engage donc **auprès de son mandant** à faire preuve de toute la diligence nécessaire. Contrairement à ce qui se passe en droit du travail sa responsabilité « contractuelle » ne vient pas sanctionner le seul risque anormal de l'entreprise, mais l'exécution même simplement défectueuse de son mandat. Il n'est donc pas faux de dire que pèse sur le dirigeant une « obligation de zèle » envers les membres du groupement³¹⁷⁶.

Les principes de *corporate governance*, bien loin de modifier l'état du droit sur ce point³¹⁷⁷, plaident même pour un renforcement du contrôle du comportement des dirigeants par les associés³¹⁷⁸. La théorie de la *corporate governance*³¹⁷⁹ s'appuie en effet sur la notion de

³¹⁷⁰ Certains auteurs prônent l'application de la faute détachable à toutes les victimes (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n°40).

³¹⁷¹ En ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°581 et s.

³¹⁷² *A priori*, le dirigeant assume toujours la gestion de la société lorsqu'il la représente.

³¹⁷³ Com. 4 mai 1982, 2^{ème} espèce, Rev. sociétés 1983, p.573, note Y. GUYON.

³¹⁷⁴ F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., p.25.

³¹⁷⁵ Il s'agit de la « théorie des trois fautes » proposée par POTHIER (V. *supra* n°16).

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée, la gravité de la faute ne jouant que de manière complémentaire pour rejeter les clauses limitatives de responsabilité, par exemple (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°196).

³¹⁷⁶ P. DIDIER, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., p.242.

³¹⁷⁷ Peu après l'émergence de principes de *corporate governance* en droit français par la loi NRE, le maintien de l'état du droit avait déjà été présumé (P. BISSARA, *Corporate governance, loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise*, Rev. sociétés 2003, p.210).

³¹⁷⁸ A propos de ces principes de *corporate governance*, V. *infra* n°647.

³¹⁷⁹ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, La « corporate governance »*, D. 1995, p.163 ; N. DION, *Corporate governance et sociétés françaises*, Dr. sociétés 1995, p.8.

fiduciary duties, obligations fiduciaires induites par la relation de confiance entre les dirigeants et les associés³¹⁸⁰. Ces obligations comprennent notamment³¹⁸¹ une obligation de diligence (*duty of care*). Très à propos dans une lecture contractualiste de la société, ainsi que le rappelle la doctrine qui l'ancre dans l'analyse américaine de la société comme un nœud de contrats³¹⁸², cette théorie était donc peut-être même déjà à l'état embryonnaire en droit positif français³¹⁸³.

Au demeurant, la mise en cause de la responsabilité des dirigeants par les associés participe incontestablement des moyens de contrôle, et partant d'amélioration de l'administration du groupement, conforme aux principes de *corporate governance*³¹⁸⁴. C'est pourquoi, en dépit de la nature délictuelle de la responsabilité civile qu'ils mettent en œuvre à titre individuel, son fait générateur doit se rapprocher le plus possible de celui de la responsabilité contractuelle envers le groupement, qu'ils peuvent également mettre en mouvement, par l'action social *ut singuli*.

En dépit de conditions d'engagement moins strictes, la sanction du dirigeant par son groupement ou ses membres reste cependant encore très insatisfaisante.

626. Une sanction insatisfaisante du dirigeant par le groupement et ses membres. –

D'abord, la responsabilité civile sanctionnatrice initiée par le groupement ou ses membres paraîtra bien insatisfaisante car trop stricte pour les auteurs qui pensent que la crainte d'une condamnation pécuniaire ne conduise soit à l'inaction du dirigeant³¹⁸⁵, soit à une fuite des compétences³¹⁸⁶, soit à une désaffection des agents pour la fonction³¹⁸⁷. Ces arguments n'emporteront pas la conviction de ceux qui notent au contraire une sorte d'inertie dans la sphère interne.

Celle-ci se traduit par un faible contentieux de la responsabilité civile engagée par le groupement ou ses membres. Pour expliquer une telle passivité, le modèle du capitalisme rhénan est parfois évoqué, celui-lui étant plus dépendant des créanciers que des actionnaires³¹⁸⁸. De ceci résulte un déséquilibre entre les actions exercées alors que la société est en difficulté et celles qui le sont quand elle est *in bonis*. Au contraire, dans un capitalisme moderne et dynamique, les contestations devraient surgir bien avant la faillite³¹⁸⁹.

³¹⁸⁰ B. DAILLE-DUCLOS, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p.1486.

³¹⁸¹ American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, American Law Institute Publishers, 1994 ; G. VARALLO, D. DEISBACH, *Fundamentals of Corporate Governance : A guide for Directors and Corporate Counsels*, Section of Business Law, American Bar Association, 1996.

³¹⁸² A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise. La « corporate governance »*, D. 1995, p.163.

³¹⁸³ D. HURSTER, *Est-il urgent de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ?* Rev. sociétés 1995, p.634 ; F. PELTIER, *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance*, RDBB 1997, p.49.

³¹⁸⁴ D. HURSTER, *op. cit.*, spé. p.646.

³¹⁸⁵ En l'état actuel de la jurisprudence, l'inertie ne saurait pourtant prémunir les dirigeants de toute action en responsabilité, bien au contraire (V. *supra*, n°624).

³¹⁸⁶ I. GROSSI, *op. cit.*, p.50.

³¹⁸⁷ J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 517, 2010, n°696.

³¹⁸⁸ M. GERMAIN, *op. cit.* spé. p.286.

³¹⁸⁹ *Ibidem*.

Deux solutions, presque opposées, peuvent être proposées pour résoudre ce manque de réactivité des actionnaires.

Premièrement, il serait possible de faciliter l'action *ut singuli*. Certains auteurs la qualifient, sans doute à juste titre, de « philanthropique »³¹⁹⁰. Cette action, mise en œuvre par un associé, est financièrement assumée par celui-ci, tandis que les dommages et intérêts bénéficieront au patrimoine de la société. Certes, l'associé récoltera donc indirectement le fruit de son action. Mais la charge financière du procès pourrait bien dépasser les avantages qu'en retirerait l'associé. C'est pourquoi certains auteurs souhaiteraient que les frais de cette procédure soient pris en charge par la société³¹⁹¹.

Secondairement, alors que la loi ne consacre actuellement que la responsabilité civile et/ou la responsabilité pénale du dirigeant, une alternative pourrait être proposée en l'émergence d'un véritable droit disciplinaire des personnes morales³¹⁹². Le pouvoir disciplinaire détenu par un organe disciplinaire ou un organe social pourrait être un moyen de contrainte relative permettant d'assurer le respect des règles de *corporate governance*³¹⁹³. Certains auteurs jugent effectivement non souhaitable que les principes de *corporate governance* servent à accroître le contentieux de la responsabilité civile³¹⁹⁴. L'existence d'un tel droit disciplinaire parachèverait certainement le contrat « organisation » qu'est la société, notamment³¹⁹⁵. Le droit disciplinaire permettrait l'avènement de sanctions variées dont la révocation (*ad nutum* ou pour justes motifs³¹⁹⁶) ne serait qu'une modalité. De surcroît, la sanction disciplinaire aurait également pour avantage de pouvoir être mise en œuvre avant la survenance de tout dommage. Enfin, un tel dispositif permettrait peut-être de se montrer plus exigeant quant au fait générateur de la responsabilité contractuelle du dirigeant.

³¹⁹⁰ J.-L. NAVARRO, *Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux* in *Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir ?*, LPA 2 août 2007, p.39, spé. n°8 et s.

³¹⁹¹ J.-L. NAVARRO, *op. cit.*, loc.cit. ; J.-M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, Rev. sociétés 2003, p.205.

³¹⁹² M. GERMAIN, R. VATINER, *Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé* in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p.397.

³¹⁹³ La spécificité de ces règles tient précisément à ce qu'elles ne soient pas assorties de sanction. Ses précepteurs ont ainsi imaginé que le facteur incitatif du respect de ces règles était le marché qui devait favoriser les sociétés affichant les meilleures pratiques. Cette pensée semble aujourd'hui bien optimiste si ce n'est utopiste.

³¹⁹⁴ Ils précisent que l'élaboration du « business judgment rule » établissant avec précision les devoirs des administrateurs a au contraire un objectif essentiellement prophylactique, garantissant tout à la fois une bonne administration des sociétés et l'économie de batailles judiciaires (F. PELTIER, *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance*, RDBB 1997, p.49, spé. p.54).

³¹⁹⁵ P. DIDIER, *Brèves notes sur le contrat-organisation* in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François TERRE*, PUF, 1999, p.635.

³¹⁹⁶ Certains auteurs souhaiteraient que soit réintroduite de façon plus large la révocation *ad nutum* (J.-L. NAVARRO, *op. cit.*, n°20). Ils notent notamment la dissymétrie entre les conditions de révocation du directeur général d'une SA et celles des administrateurs et des membres du conseil de surveillance (*ibidem*). Il est vrai que la situation est assez complexe quant au domaine de la révocation *ad nutum*. Ainsi, sont révocables *ad nutum* : les administrateurs de SA de type classique, le président lorsqu'il assume la direction générale, les membres du conseil de surveillance. En revanche sont révocables sur juste motif : le directeur général en cas de dissociation des fonctions de président et de directeur général, les directeurs généraux délégués et les membres du directoire.

627. Synthèse. – Quoi qu’il en soit des possibilités offertes par l’introduction d’un droit disciplinaire dans les personnes morales, elles n’appartiennent majoritairement à ce jour qu’au droit prospectif. Il faut donc bien, pour le moment, concéder l’existence de conditions d’engagement de la responsabilité civile plus permissives lorsque la condamnation pécuniaire sera recherchée par le groupement ou ses membres, afin d’en préserver sa fonction normative et punitive. Le fait qu’un certain monopole de la sanction du dirigeant soit détenu par le groupement et ses membres est admissible si celui-ci ne s’étend pas aux fautes les plus graves. Il convient donc de déterminer le seuil de gravité de la faute de fonction à partir duquel un tel monopole cesse et, consécutivement à partir duquel le tiers peut engager la responsabilité civile du dirigeant. La même recherche doit bien évidemment être menée à propos du préposé. Les solutions retenues à propos de sa responsabilité civile contractuelle envers son employeur sont d’ailleurs certainement susceptibles d’offrir des pistes de réflexion quant à la détermination du seuil de gravité de la faute de fonction sanctionnée.

2. La détermination du seuil de gravité de la faute de fonction sanctionnée

628. Entre droit positif et droit prospectif. – L’analyse conceptuelle de la faute de fonction a montré que le droit positif s’orientait incontestablement vers la prise en compte de la gravité de la faute commise pour rétablir la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant. Quoi que la faute restât contextuellement parfaitement fonctionnelle, la jurisprudence opère un détachement intellectuel de la faute vis-à-vis de la fonction à raison de sa gravité. Si cette orientation paraît assez incontestable, elle n’autorise cependant pas à proposer un critère suffisamment précis : à partir de quel seuil de gravité le préposé ou le mandataire dirigeant devront-ils répondre de leurs fautes de fonction ? Quelle est la définition exacte de la faute « désimmunisante »³¹⁹⁷ à raison de sa gravité ?

Dans un premier temps, il sera procédé à un bref rappel des solutions du droit positif **(a.)** avant qu’une appréciation critique permette de proposer des solutions **(b.)**.

a. Les solutions du droit positif

629. Des solutions incertaines dans l’action du tiers contre le préposé. – Tandis que les fautes d’imprudence simple semblent exclues du champ d’application de la responsabilité civile sanctionnatrice du préposé, il reste difficile de déterminer à partir de quel seuil de gravité sa condamnation pécuniaire semble admise. Les signaux envoyés par la jurisprudence

³¹⁹⁷ Le terme est employé dans le titre de l’article d’A. PAULIN : *L’embellie de l’infraction pénale « désimmunisante »*, RRJ 2006-1, p.97.

sont à cet égard assez contradictoires, tant lorsque la responsabilité civile est recherchée par le tiers, que lorsqu'elle est recherchée par l'employeur³¹⁹⁸.

Ainsi la jurisprudence n'a dans un premier temps admis de « dérogation » au régime initié par l'arrêt *Costedoat* qu'en présence d'une infraction pénale intentionnelle³¹⁹⁹. Peu de temps après, pourtant, elle retenait la responsabilité civile d'un préposé à qui avait été reprochées les infractions de violences involontaires et d'homicide involontaire aggravées par une faute d'imprudence qualifiée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal³²⁰⁰. De surcroît, certains arrêts ont énoncé la règle selon laquelle « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant, hors le cas où le préjudice de la victime résulte d'une **infraction pénale** ou d'une **faute intentionnelle** »³²⁰¹. Ces arrêts impliqueraient, dès lors, l'abandon de la jurisprudence *Cousin* puisque d'une part l'infraction pénale « désimmunisante » ne serait plus nécessairement intentionnelle, et d'autre part la faute « désimmunisante » ne serait plus nécessairement pénale. L'application de ces motifs conduirait donc à engager la responsabilité civile du préposé pour des infractions d'imprudence simple, ce qui ne se vérifie pas complètement dans la jurisprudence postérieure. Ainsi la jurisprudence a rejeté la responsabilité civile d'un préposé pour homicide involontaire³²⁰² mais l'a retenue pour le délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur³²⁰³. Enfin, la chambre sociale a peut-être orienté ses solutions vers la caractérisation d'une faute lourde³²⁰⁴.

Outre cette incertitude portant sur une potentielle gravité intrinsèque de la faute pénale, la jurisprudence pourrait également être peu fiable s'agissant de sa référence à la faute intentionnelle. Si à cet égard, le droit positif ne fait pas état de solutions divergentes, il n'est pas nécessairement très lisible quant à la définition qu'il entend retenir de la faute intentionnelle. Ainsi le préposé sera-t-il sanctionné dès qu'il aura volontairement contrevenu à une règle écrite³²⁰⁵, seulement à partir du moment où il aura acquis la conviction que son comportement serait dommageable³²⁰⁶, ou encore uniquement lorsqu'il aura désiré la production du dommage ?

³¹⁹⁸ V. not. : Y. SAINT-JOURS : *La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau*, D. 1990, p.113.

³¹⁹⁹ Arrêt *cousin*, AP 14 décembre 2001, réf. préc.

³²⁰⁰ Crim. 28 mars 2006, RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY – Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, obs. H. GROUDEL. – *Adde*, Crim. 13 mars 2007, RCA 2007, étude 13, A. VIALARD.

³²⁰¹ Civ. 2, 20 décembre 2007, réf. préc. – Civ. 2, 21 février 2008, réf. préc.

³²⁰² Crim. 10 mai 2011, n°10-87653.

³²⁰³ Crim. 17 novembre 2009, n°09-82678 – V. *supra* note de bas de page n°1460 à propos de l'élément moral de cette infraction.

³²⁰⁴ Soc. 11 mars 2009, n°07-42609.

³²⁰⁵ Les motifs de l'arrêt *Cousin* sont plus proches de cette conception puisqu'ils reprochent au préposé d'« avoir intentionnellement commis une infraction » (AP, 14 décembre 2001, réf. préc.).

³²⁰⁶ En s'appuyant sur le seul élément moral de l'infraction reprochée par l'arrêt *Cousin* (réf. préc.) – le faux (articles 441-1 et s. du Code pénal) – le salarié devait cependant avoir conscience du caractère préjudiciable de son comportement car ce délit exige au stade de l'élément matériel le caractère préjudiciable de la falsification et au stade de l'élément moral une intention (V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème}

Face à ces incertitudes, il devient difficile de justifier des solutions prétoriennes, lesquelles ne sont guère plus lisibles quand il s'agit de la responsabilité contractuelle du salarié envers son employeur.

630. Des solutions incertaines dans l'action de l'employeur contre son salarié. – Dès l'origine, la chambre sociale s'est montrée assez imprécise quant au fait générateur de la responsabilité contractuelle du salarié. En effet, s'il est traditionnellement admis que l'arrêt de la chambre sociale du 27 novembre 1958 a eu pour objet de subordonner la responsabilité civile du salarié à la démonstration d'une faute lourde, les motifs d'autres arrêts étaient déjà quelque peu imprécis. La Cour de cassation³²⁰⁷ affirmait en effet que « l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire mais une **faute lourde voire volontaire**³²⁰⁸ ». A lire ces motifs et précisément l'adverbe « voire », il est permis de se demander si la chambre sociale n'hésite pas entre la faute lourde et la faute volontaire, lesquelles ne sont en principe pas identiques puisque si une faute volontaire peut être qualifiée de lourde, la faute lourde n'est pas nécessairement volontaire³²⁰⁹. La jurisprudence semblait, suite à cette décision, plutôt s'orienter vers des conditions alternatives puisque la responsabilité civile du salarié a pu être retenue pour de très graves négligences³²¹⁰ ou des fautes volontaires (et mêmes intentionnelles) comme le vol de documents³²¹¹ ou la violation du secret professionnel³²¹².

Depuis la décision du 29 novembre 1990³²¹³, la chambre sociale exige une véritable intention qu'elle définit comme l'intention de nuire à l'employeur. Pourtant, toute faute intentionnelle n'est pas de nature à engager la responsabilité contractuelle du salarié puisqu'il a été jugé que le vol commis par le salarié au préjudice de son employeur ne constituait pas par lui-même une faute dolosive³²¹⁴.

Il semblerait finalement que le fait générateur de la responsabilité contractuelle du salarié ressemble à s'y méprendre à la faute séparable des fonctions telle qu'elle est définie par la chambre commerciale³²¹⁵. D'abord l'intention pénale semble insuffisante à déclencher la responsabilité contractuelle du salarié, la jurisprudence sociale semblant admettre que la volonté de s'approprier la chose de son employeur ne signifie pas la volonté de lui causer un

éd., 2011, n°973). L'infraction étant formelle, l'agent n'a cependant pas besoin d'avoir la certitude que son acte produira un préjudice (V. MALABAT, *op. cit.*, n°972).

³²⁰⁷ Soc. 27 mai 1964, B. n°451.

³²⁰⁸ Nous soulignons.

³²⁰⁹ Ce hiatus est cependant apparu progressivement puisqu'initialement la faute lourde était une « excroissance du dol » (G. VINEY, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, p.263).

³²¹⁰ Soc. 15 décembre 1979, B. n°1021.

³²¹¹ CA Paris, 28 septembre 1982, D. 1982, p.494.

³²¹² Soc. 26 avril 1963, B. n°354.

³²¹³ Dr. soc. 1991, p.105, note G. COURURIER.

³²¹⁴ Soc. 6 juillet 1999, Dr. soc. 1999, p.961, obs. J. SAVATIER.

³²¹⁵ J. MOULY, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756, spé. n°9.

dommage ou que la volonté de lui causer un dommage, lorsque le bien volé est de moindre valeur, n'équivaut pas à la volonté de lui nuire. Analysant ce droit positif, certains auteurs font la différence entre la simple mauvaise foi impliquant la connaissance du tort causé à autrui et l'intention de nuire révélant la méchanceté de l'agent³²¹⁶. Lorsque l'agent recherche son seul intérêt personnel, « le mal n'a pas été voulu en tant que tel »³²¹⁷. La solution et sa justification peuvent ne pas convaincre tant parce que la notion d'intention s'éloigne ainsi très considérablement de ce qui peut prévaloir en matière contractuelle, que parce qu'il paraît peu pertinent de protéger le salarié précisément parce qu'il a trahi la confiance de son employeur³²¹⁸. Sur ces bases, cependant, la responsabilité civile du salarié a pu être retenue lorsqu'au cours d'un congrès professionnel, un salarié a tenu des propos gravement injurieux à l'égard du directeur général de la société qui l'emploie, dénigré les produits de cette entreprise et approuvé le boycott de ces produits³²¹⁹. La responsabilité civile a en revanche été écartée à raison de la falsification de ses fiches de contrôle et de production par une salariée car son attitude s'expliquait par la crainte de faire l'objet d'une sanction pour travail insuffisant³²²⁰.

Certains auteurs doutent cependant de l'orthodoxie constante de la qualification de l'intention de nuire. Ils notent en effet que certaines décisions sont peu compatibles avec cette analyse. Ainsi, selon la chambre sociale, la Cour d'appel a bien constaté l'intention de nuire du salarié qui a cherché à tromper son employeur, en déclarant comme accident du travail un accident qui lui était survenu dans sa vie privée³²²¹. Pourtant, le salarié ne souhaitait-il pas ici bénéficier d'un régime d'indemnisation plus protecteur plutôt que nuire à son employeur³²²² ? Finalement, la jurisprudence admet également la qualification de faute lourde lorsque le salarié aura « volontairement et intentionnellement établi des comptes incomplets et erronés »³²²³ ; encore que dans ces derniers cas, il ne se soit pas agi de responsabilité civile mais de licenciement sans préavis motivé par la faute lourde du salarié. C'est pourquoi, selon une partie de la doctrine, la faute intentionnelle voire la volonté du salarié de privilégier ses propres intérêts sur ceux de l'employeur³²²⁴ suffirait à engager la responsabilité contractuelle du salarié³²²⁵. La référence à l'intention de nuire en deviendrait « artificiel[le] »³²²⁶.

Nombreuses sont donc les incertitudes qui pèsent sur le seuil de déclenchement de la responsabilité contractuelle du salarié.

³²¹⁶ B. BOSSU, *La faute lourde*, Dr. soc. 1995, p.26, spé. p.27.

³²¹⁷ B. BOSSU, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²¹⁸ J. MOULY, *op. cit.*, n°14.

³²¹⁹ Soc., 27 mai 1992, n°88-42382.

³²²⁰ Soc., 16 mai 1990, B. n°228.

³²²¹ Soc., 12 mars 1992, n°90-43028.

³²²² B. BOSSU, *op. cit.*, spé. p.28.

³²²³ Soc., 10 novembre 1993, n°89-42862.

³²²⁴ V. *infra* n°649.

³²²⁵ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, t. 68, 2005, n°251.

³²²⁶ N. FERRIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

631. Des solutions incertaines pour le mandataire dirigeant. – La détermination du seuil de gravité de la faute susceptible d’engager la responsabilité civile du mandataire dirigeant à l’égard des tiers n’est pas plus précise. Même si, après quelques années de qualification aléatoire de la faute séparable des fonctions, la chambre commerciale³²²⁷ en a proposé une définition apparemment axée autour de la gravité du comportement dommageable, les solutions ne sont toujours pas fermement établies. En effet, en agrégeant dans une même définition des critères de gravité d’ordre subjectif et objectif, la Cour de cassation a confronté l’analyste et le magistrat à de redoutables difficultés³²²⁸. Quel seuil de gravité transparaît véritablement lorsqu’elle affirme que le dirigeant engage sa responsabilité lorsqu’il « commet **intentionnellement une faute d’une particulière gravité incompatible avec l’exercice normal des fonctions sociales** »³²²⁹ ? Certaines solutions apparemment contradictoires³²³⁰ ont semé le doute sur la capacité de la définition synthétique de la chambre commerciale à apurer le contentieux. Il n’est ainsi toujours pas fermement établi que l’infraction pénale intentionnelle puisse à elle seule déclencher la responsabilité civile du dirigeant à l’égard des tiers. Il n’est pas davantage certain que la seule faute intentionnelle puisse entraîner la qualification de faute séparable des fonctions. D’ailleurs, il n’y a pas consensus sur la définition qu’il conviendrait alors de donner à cette faute intentionnelle. Partant, et finalement, la légitimité de chacune des solutions adoptées par la jurisprudence reste sujette à caution. Malgré les difficultés de la tâche et l’impossibilité probable de parvenir à des résultats consensuels, des solutions plus assurées doivent être proposées.

b. Les solutions proposées

632. Le rejet du critère objectif de gravité : l’importance des conséquences de la faute. – En premier lieu, il est possible de statuer sur le point de savoir si le seuil de gravité de la faute doit être établi à raison du seul comportement de l’agent ou également à raison des conséquences de sa faute. Autrement dit, faut-il prendre en compte l’ampleur du préjudice ? L’appréciation s’écarterait ainsi résolument d’une approche subjective. Dès lors, il est permis de penser qu’une telle appréciation s’écarte aussi de la logique sanctionnatrice. Pourtant, le droit pénal, droit sanctionnateur par excellence, connaît de cette qualification dépendante des

³²²⁷ Il faudrait plutôt parler de « non qualification » aléatoire de la faute séparable des fonctions car cette dernière était apparemment « introuvable » (V. *supra* n°256).

³²²⁸ V. *supra* n°258 et s.

³²²⁹ Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, réf. préc.

³²³⁰ A propos du défaut de souscription d’une assurance obligatoire (Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, p.231, obs. A. LIENHARD : rejet de la faute séparable des fonctions – Com. 4 juillet 2006, D. 2006, p.1958, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly 2007, § 10, note B. DONDERO : admission de la faute séparable des fonctions).

conséquences de l'acte de l'agent puisque le *quantum* de la peine des violences volontaires³²³¹ et des infractions d'imprudences³²³² – infractions de résultat – est proportionné à la gravité du préjudice subi par la victime. Cette solution n'est cependant pas sans faire débat³²³³. En droit des affaires, en outre, toute faute risque de recevoir la qualification de faute lourde pour peu que l'entreprise et l'acte de gestion ou d'exécution fautif soient d'une certaine ampleur. Sans doute vaut-il mieux, pour cette raison rejeter ce critère³²³⁴, au profit de la seule gravité du comportement de l'agent.

Le droit positif a pu accrédiéter cette idée lors de la qualification de la faute lourde dans le désormais très fourni contentieux *Chronopost*³²³⁵, cette qualification devant permettre d'écarter le plafond légal d'indemnisation fixé par le contrat type de messagerie³²³⁶. En rejetant toute référence à la violation de l'obligation essentielle du contrat et en recadrant la définition de la faute lourde autour du seul comportement du contractant, elle confirme que la gravité d'une faute doit fondamentalement être jaugée à partir du seul comportement de l'agent.

La doctrine s'intéressant à la peine privée semble d'ailleurs partager cette opinion puisqu'elle rejette tout critère relatif au dommage³²³⁷ et n'admet comme fait générateur de la peine privée que le seul comportement de l'agent.

³²³¹ Articles 222-7 et s. du Code pénal.

³²³² Articles 222-19 et s. du Code pénal.

³²³³ Nombreux sont les auteurs qui s'étant penchés sur le système d'une punition graduée en fonction de la gravité du résultat de l'infraction, acquièrent la conviction de l'inadéquation du système, quand ils n'usent pas de mots plus durs encore (M.-R. RAYMOND, *Les infractions de résultat*, thèse Bordeaux, 2010, n°160). Trois principales critiques soulevées à propos des infractions dites de résultat sont avancées. D'abord, la répression semble ne pas dépendre de la gravité de la faute mais de la seule gravité des conséquences de la faute tandis que le droit pénal a pour fonction la sanction de comportements blâmables en considération de leur nature intrinsèquement antisociale. Il est par ailleurs notable que paradoxalement la faute ne sera pas sanctionnée tant qu'aucun préjudice ne sera survenu (M.-R. RAYMOND, *op. cit.*, n°162). Enfin, alors que la fonction préventive de la responsabilité pénale est souvent mise en avant, la seule proportionnalité de la punition à la gravité des conséquences de la faute semble plutôt remplir une fonction rétributive (M.-R. RAYMOND, *op. cit.*, n°163) : le mal souffert est alors équipollent à celui subi par la victime ou le corps social. Pour relativiser ce dernier point, et quant aux infractions de résultat, il est fait état du pouvoir du juge d'individualisation la peine (articles 132-24, 131-10, 131-3, 131-5 et s., 131-12, 131-14 et s. du Code pénal) – V. également, J. WALTHER, *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements de la peine*, RSC 2007, p.23.

³²³⁴ En ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1248.

³²³⁵ Dans un arrêt du 22 octobre 1996 (Com. 22 octobre 1996, D. 1997, p.121, note A. SERIAUX et p.175, obs. P. DELEBECQUE), la chambre commerciale avait réputé non écrite la clause limitative de responsabilité du spécialiste du transport rapide au remboursement du prix du transport en cas de retard d'acheminement, en motivant sa solution par le manquement à l'obligation essentielle du contrat. Elle jugeait que la clause rendait le contrat dépourvu de cause et rendait donc sa décision au visa de l'article 1131 du code civil.

Par la suite, elle jugeait cependant que devait s'appliquer le plafond légal d'indemnisation fixé par le contrat type de messagerie, qui ne pouvait être écarté qu'en cas de faute lourde du transporteur (Com. 9 juillet 2002, JCP 2002, II, 10176, obs. G. LOISEAU et M. BILLIAU ; D. 2002, p.2837, obs. P. DELEBECQUE ; D. 2003, p.457, obs. D. MAZEAUD).

³²³⁶ Ch. mixte, 22 avril 2005, RTD civ. 2005, p.604, obs. P. JOURDAIN.

³²³⁷ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, spé. n°560 et 566.

633. Solutions suggérées par le fait générateur de la peine privée. – En second lieu, la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant étant essentiellement conçue comme une responsabilité sanctionnatrice, il est de nouveau possible de s'appuyer sur les réflexions menées à propos de la peine privée pour déterminer le seuil de gravité à partir duquel la sanction se montre justifiée.

S'agissant de la peine privée, c'est la doctrine du « ni trop ni pas assez »³²³⁸ qui doit prévaloir. C'est dire qu'il n'est pas question de sanctionner toutes les fautes³²³⁹ mais uniquement d'une part celles qui méritent une punition et d'autre part celles qui sont réceptives aux fonctions de la peine privée.

Certaines fautes paraissent susciter un consensus quant à leur caractère punissable : il s'agit de la faute intentionnelle³²⁴⁰, de la faute inexcusable³²⁴¹ et même de la faute lourde³²⁴².

D'autres fautes suscitent en revanche plus de discussions : ce sont les imprudences ou négligences simples. Certains auteurs les rejettent du champ d'application de la peine privée³²⁴³ ; d'abord, parce que l'application de la sanction civile punitive leur apparaît disproportionnée³²⁴⁴ ; ensuite, parce que s'appliquant à un individu ne prêtant pas attention à ses actes, elle ne serait guère opérationnelle c'est-à-dire dissuasive³²⁴⁵. Pourtant un auteur

³²³⁸ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°464.

³²³⁹ Lorsqu'il est question de peine privée, l'accent est tout particulièrement mis sur la nécessité d'un retour à une définition plus orthodoxe de la faute, impliquant que celle-ci ne soit pas dépourvue de son élément moral. En réalité, il convient surtout de rétablir la condition d'imputabilité (C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°475) ; la nécessité de ne pas punir une faute objective étant partagée (S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 250, 1995, n°291 : la faute doit être « moralement blâmable » et plus particulièrement, n°297 ; C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°573-574 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 135, 1974, p.65). Certains auteurs admettent cependant que la culpabilité puisse se déduire du seul comportement objectif de l'agent, bref ils admettent une présomption de culpabilité (M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit., loc. cit.*).

³²⁴⁰ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°580 et s. ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947, p.424.

³²⁴¹ S. CARVAL, *op. cit.*, n°295, qui l'envisage à propos de certains domaines seulement ; C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit., loc. cit.*

³²⁴² S. CARVAL, *op. cit.*, n°293-294 ; C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit., loc. cit.*

Certains auteurs soulignent que la caractérisation de cette faute est facilitée à l'encontre des professionnels et se sont dès lors interrogés sur la pertinence de ce critère de sanction à leur égard. Ils se prononcent finalement en faveur de cette solution dès lors qu'ils partagent l'opinion de ceux qui considèrent que la responsabilité professionnelle est la contrepartie d'un pouvoir (A. CHAVANE, *Les délits d'imprudence*, RSC 1975, p.5, spé. p.14 et s.) résultant de qualités supérieures à celle du bon père de famille (S. CARVAL, *op. cit.*, n°294). Compte tenu de cette explication, la sévérité serait de mise tant pour le dirigeant professionnel que pour le préposé professionnel, mais peut-être pas dans les mêmes proportions toutefois.

³²⁴³ S. CARVAL, *op. cit.*, n°291 ; C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°575 et s.

³²⁴⁴ C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°577. Cette justification doit être replacée dans son contexte. L'auteur considère que pour les imprudences ou négligences « le caractère dissuasif inhérent au principe de réparation intégrale est plus adapté [...] et suffit largement à la punition de leurs agents envers lesquels de véritables mesures de peine privée se révéleraient trop sévères » (*op. cit., loc. cit.*).

³²⁴⁵ S. CARVAL, *op. cit.*, n°291.

s'appuyant, pour l'application de la peine privée, sur le caractère évitable de la faute³²⁴⁶, et donc sur la fonction préventive de la peine privée, abaisse le seuil de la faute punissable aux imprudences et négligences caractérisées³²⁴⁷, ce qui ne renvoie toutefois pas aux fautes lourdes ou inexcusables puisqu'il vise la « faute caractérisée, même légère ». La définition qu'il retient de la faute caractérisée est difficile à distinguer de la simple imprudence : c'est une faute blâmable qui ne se réduit ni à la faute intentionnelle, ni à la faute dolosive, ni à la faute lourde. Il s'agit pour lui d'une faute à laquelle on aurait redonné son sens initial³²⁴⁸.

Une autre partie de la doctrine n'est donc pas hostile à la sanction des imprudences ou négligences. Mettant en parallèle le rôle prophylactique de la sanction, le contenu de la faute d'imprudence (un manque d'attention) et le principe de précaution, lequel connaît ces dernières années un certain succès d'estime³²⁴⁹, il est parfois admis que certaines imprudences sont suffisamment graves pour entraîner une sanction³²⁵⁰. La peur de celle-ci serait ainsi à même d'inciter les agents à plus de vigilance³²⁵¹. Dès lors, si la sanction devait être réservée à **certaines** imprudences, ces dernières devraient éventuellement être des **imprudences conscientes**³²⁵². Ces dernières, faisant particulièrement l'objet de l'attention des pénalistes³²⁵³, ne sont pas inconnues du droit civil et social puisqu'elles renvoient certainement à la faute inexcusable³²⁵⁴, laquelle est généralement admise au rang des fautes punissables par la doctrine.

634. Soumission de ces critères aux situations des préposé et mandataire dirigeant. –

Une fois établi que la peine privée s'orientait principalement vers les fautes intentionnelles, inexcusables voire lourdes, il convient de se demander si ces seuils de gravité pourraient convenir pour déclencher la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant. Les solutions proposées pour le mandataire dirigeant (**β.**) succèderont aux solutions proposées pour le préposé (**α.**).

³²⁴⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p.395. L'auteur vise concurremment le caractère évitable du dommage ou de la faute. Cela ne renvoie pourtant pas aux mêmes réalités.

³²⁴⁷ *Ibidem*.

³²⁴⁸ B. STARCK, *op. cit.*, p.454. – Selon cet auteur, l'exigence formelle d'une faute lourde pour engager la responsabilité des professionnels aurait pour unique objectif d'obliger le juge à rejeter les « fautes fictives, les fautes construites » (*op. cit.*, p.453).

³²⁴⁹ C. GRARE, *op.*, n°472. – V. *supra* n°24.

³²⁵⁰ *Ibidem, in fine*.

³²⁵¹ C. GRARE, *op. cit.*, n°472.

³²⁵² Certains développements doctrinaux semblent montrer que la doctrine civiliste est peu sensible à une distinction entre imprudence simple et imprudence consciente – V. par exemple la définition de l'imprudence retenue par C. COUTANT-LAPALUS (*op. cit.*, n°576), empruntée à J.FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX (*Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°107) : « ne pas avoir prévu l'éventualité du dommage, [ou] ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour en éviter la réalisation ».

³²⁵³ Les imprudences conscientes ou dol éventuel (certains auteurs opèrent cependant une distinction entre ces deux notions : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2002, n°390) ont particulièrement fait l'objet de l'attention des pénalistes lorsqu'elles ont intégré le Code pénal, notamment aux articles 121-3 alinéa 4 du Code pénal (*via* les imprudences dites qualifiées) et 223-1 du Code pénal (*via* le délit d'exposition d'autrui à un risque).

³²⁵⁴ V. *infra* n°638.

α. Les solutions proposées pour le préposé

635. Exclusion des fautes d'imprudence simple. – En premier lieu, un certain consensus semble se dessiner à propos du refus de sanctionner les fautes légères des salariés puisque celles-ci sont topiques des fautes constituant des risques normaux de l'entreprise « Elles sont inhérentes à son activité laborieuse, en quelque sorte statistiquement prévisibles »³²⁵⁵. Les avis de la doctrine sont convergents sur ce point puisqu'aucun auteur n'a proposé de limiter la responsabilité civile des préposés à leurs fautes d'imprudence **simple**. De manière bien plus significative encore, certains auteurs hostiles à l'imputation dérogatoire des fautes du préposé admettent cependant leur irresponsabilité pour cette catégorie de fautes³²⁵⁶. Cette solution doit donc être retenue, *a fortiori* dans un contexte jurisprudentiel propice à l'engagement de la responsabilité civile pour une « poussière de faute ». Exclure les imprudences, maladresses ou négligences simples du champ de la responsabilité civile sanctionnatrice est ainsi le gage du non-retour de la responsabilité civile pleine et entière du préposé *via* un abaissement des exigences de la jurisprudence pour qualifier la faute d'imprudence.

636. Sanction des fautes pénales intentionnelles. – En deuxième lieu, la jurisprudence suscite l'approbation de l'ensemble de la doctrine lorsqu'elle rétablit la responsabilité civile du préposé ayant intentionnellement commis une infraction³²⁵⁷. La sanction de la faute pénale intentionnelle par le rétablissement de la responsabilité civile de son auteur est en effet jugée très pertinente par de nombreux auteurs³²⁵⁸. « La responsabilité civile joue alors comme un complément de la responsabilité pénale »³²⁵⁹.

Tous ces auteurs ne se prononcent pas toutefois sur ce que recouvre ou devrait recouvrir la notion de faute pénale intentionnelle. L'intention visée à l'article 121-3 du Code pénal n'est effectivement pas nécessairement celle de la survenance d'un dommage. Dès lors, l'alternative est la suivante : ou bien le préposé engage sa responsabilité civile dès qu'il a voulu commettre une infraction, ou bien le préposé n'engage sa responsabilité civile que lorsque la commission de l'infraction implique la volonté de causer un dommage³²⁶⁰. Ainsi certains auteurs justifient-ils le seuil de la faute pénale intentionnelle par le fait que dans ce cas, le préposé a eu seul la

³²⁵⁵ M.-T. RIVES-LANGE, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants*, JCP 1970, I, 2309, n°10.

³²⁵⁶ J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés, A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, p.141, spé. n° 18.

³²⁵⁷ Arrêt *cousin*, AP 14 décembre 2001, réf. préc.

³²⁵⁸ H. GROUDEL, note sous AP, 25 février 2000 *Costedoat*, RCA 2000, chron. 11 ; P. JOURDAIN, note sous AP, 14 décembre 2001, *Cousin*, RTD civ. 2002, p.109 ; N. PIERRE, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°15 ; F. RINALDI, note sous Civ.2, 19 novembre 1998, LPA, 15 mars 2000, n°15, p.11, spé. p.17-18.

³²⁵⁹ H. GROUDEL, RCA 2002, chron. n°4.

³²⁶⁰ A propos de cette distinction, V. F. DESPORTES, *Faute pénale et responsabilité civile du préposé*, RJS 2002, p.711, n°5.

volonté de commettre un acte prohibé par la loi³²⁶¹. Outre que la justification peut ne pas correspondre à la situation concrète³²⁶², elle peut également conduire à ce que le préposé engage sa responsabilité civile même s'il n'a pas tendu sa volonté vers la réalisation d'un dommage mais vers la seule commission d'une infraction impliquant la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire.

Or, un argument principal plaide en faveur de la seule sanction des infractions intentionnelles supposant la volonté de causer un dommage. Tandis que la caractérisation de l'intention est généralement scrupuleuse pour les infractions supposant une volonté tendue vers une atteinte aux droits ou à la personne d'autrui, la référence à l'intention est parfois une pure clause de style dans certaines infractions dont l'état d'esprit exigé se résume à la volonté de la seule violation d'une réglementation. Par ce biais, la jurisprudence a ainsi substantiellement maintenu l'existence de certains délits dits « matériels », délits dont la constitution était indifférente à l'état d'esprit de l'auteur. Autoriser la sanction civile du préposé pour toutes ses infractions intentionnelles pourrait ainsi conduire à engager sa responsabilité civile alors même qu'il ne pourrait lui être reproché qu'une imprudence ou une maladresse. Finalement, il faut ici retenir les contours de l'intention telle qu'ils apparaissent en droit civil³²⁶³. Cela pourrait se révéler d'autant plus pertinent que des propositions sont faites pour que le seuil de survenance de la responsabilité civile soit la faute intentionnelle, même civile.

637. Sanction de la faute intentionnelle, même civile. – Alors que plusieurs auteurs se prononçaient pour l'engagement de la responsabilité civile du préposé à raison de sa faute intentionnelle (qu'elle soit de nature pénale ou de nature civile)³²⁶⁴, la proposition semble reprise par la plupart des propositions de modification du droit des obligations. Ainsi, le projet CATALA qui prévoit l'engagement **subsidaire** de la responsabilité civile du préposé³²⁶⁵ exclut cette subsidiarité en cas de faute intentionnelle³²⁶⁶. De même le projet de l'Académie des Sciences morales et politiques limite la responsabilité civile du salarié à sa faute intentionnelle³²⁶⁷. Là encore, les propositions doivent être approuvées. Il convient en outre de

³²⁶¹ F. RINALDI, note sous Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA, 15 mars 2000, n°15, p.11, spé. p.17-18

³²⁶² Ainsi dans l'arrêt *Cousin*, il existait une collusion entre le commettant et le préposé pour commettre le délit de faux.

³²⁶³ Pour l'engagement de la responsabilité civile d'un salarié coupable de harcèlement moral : Soc. 21 juin 2006, C. RADE, *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, Dr. soc. 2006, p.826. La solution est cependant fondée sur la combinaison de l'article L. 122-49 alinéa 1^{er} (devenu article L. 1152-1) du Code du travail qui prohibe le harcèlement et sur l'article L. 230-3 (devenu L. 4122-1) du Code du travail qui prévoit l'obligation de sécurité du salarié envers ses copréposés. Le fondement de l'article 1382 aurait parfaitement pu être employé.

³²⁶⁴ A. PAULIN, *L'embellie de l'infraction pénale « désimmunisant »*, RRJ 2006-1, p.97, spé. n°27 ; N. PIERRE, note sous Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.2667, spé. n°15 ; C. RADE, RCA 2000, chron. n°22, spé. p.7 ; G. VINEY, obs. à propos de l'arrêt *Cousin*, JCP 2002, I, 124, n°7, spé. n°23.

³²⁶⁵ V. *supra* n°546.

³²⁶⁶ Article 1359-1 de l'avant-projet.

³²⁶⁷ Article 17 du projet – A. OUTIN-ADAM, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.157.

ne pas limiter la responsabilité civile à la seule intention de nuire du préposé³²⁶⁸. Une telle restriction serait en effet « une prime à la négligence, voire à l'indélicatesse »³²⁶⁹. Certes un tel mobile, particulièrement anti-social, mérite sanction mais la seule acceptation de causer avec certitude un dommage à autrui est bien suffisante à déclencher la responsabilité civile du préposé, étant entendu qu'elle ne correspond pas toujours à une volonté positive de nuire à autrui d'une part³²⁷⁰ et qu'elle n'est guère plus admissible d'autre part.

638. La faute inexcusable invocable par les tiers. – Outre la certitude que son comportement causera un dommage à autrui, le préposé peut également adopter une prise de risque délibérée. C'est pourquoi certaines voix se font entendre en faveur de la sanction des fautes pénales qualifiées d'une part³²⁷¹ et de la faute inexcusable d'autre part³²⁷². Ces deux propositions sont en réalité assez proches l'un de l'autre si l'on en juge par leurs caractéristiques respectives.

Ainsi les fautes pénales qualifiées sont définies à l'article 121-3 du Code pénal comme la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et comme la faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que l'agent ne pouvait ignorer. Ces deux fautes sont donc des imprudences **conscientes** en ce sens qu'elles impliquent, en principe, chez l'auteur la conscience que leur acte est potentiellement dommageable pour autrui.

Apparue pour la première fois dans la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail, la faute inexcusable est, quant à elle, décrite comme une faute intermédiaire entre le dol et la faute lourde³²⁷³. Elle révèle l'incurie manifeste de l'agent³²⁷⁴ et une prise de risque délibérée inacceptable³²⁷⁵. Cette faute reçoit cependant des définitions différentes dans chacun des régimes en faisant l'application. Ainsi, la faute inexcusable de la victime dans la loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des accidents de circulation n'est pas la faute inexcusable du droit des transports qui, elle-même, ne correspond pas à la faute inexcusable du droit social. Plus étrange encore, dans cette dernière matière, la définition de la faute inexcusable diffère selon qu'elle concerne l'employeur ou le salarié. Selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 février 2002, il y a faute inexcusable « lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »³²⁷⁶. En revanche, la faute inexcusable du salarié est,

³²⁶⁸ C'est la raison pour laquelle il peut paraître insatisfaisant de n'engager la responsabilité civile du préposé qu'à raison de la faute lourde du droit social, définie comme l'intention de nuire. – Pour cette proposition, V. P. BRUN, note sous AP 25 février 2000, D.2000 p.673, spé. n°22.

³²⁶⁹ J. DEPRez, *La responsabilité civile du salarié envers l'employeur*, BS Lefebvre 1981, p.425, spé. n°8.

³²⁷⁰ *Contra*, C. RADE qui assimile, à tort, faute intentionnelle et intention de nuire (RCA 2000, réf. préc.).

³²⁷¹ F. DESPORTES, *op. cit.*, p.711, n°21-22.

³²⁷² J. MOULY, *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756.

³²⁷³ G. BRIERE DE L'ISLE, *La faute inexcusable (Bilan et perspectives)*, D. 1970, p.73.

³²⁷⁴ J. MOULY, *op. cit.*, n°21.

³²⁷⁵ J. MOULY, *op. cit.*, n°22.

³²⁷⁶ Soc. 28 février 2002, RTD civ. 2002, p.310, note P. JOURDAIN ; D. 2002, p.2696, note X. PRETOT.

selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, « la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience »³²⁷⁷. Quelle que soit la définition retenue, la faute inexcusable implique donc un état d'esprit très proche de celui des fautes pénales qualifiées³²⁷⁸, du moins une imprudence consciente.

Alors est-il vraiment nécessaire de limiter la sanction civile d'une telle imprudence **consciente** à sa possible qualification pénale ? Cela n'est pas certain compte tenu de l'un des objectifs affichés par la responsabilité civile sanctionnatrice : le maintien de comportements éthiques au sein de l'entreprise. Or, il est peut-être souhaitable que le droit de la responsabilité civile vienne freiner les velléités des préposés à des prises de risques délibérées. Cela est certainement admissible pour les risques d'atteintes à la personne et sans doute convenable pour certains risques économiques et financiers.

Enfin, ce type de faute offre la possibilité aux juges de tenir compte pour sa caractérisation de la situation du préposé dans l'organigramme de l'entreprise puisqu'une telle faute s'apprécie de façon abstraite mais circonstanciée³²⁷⁹. Cet instrument est donc assez satisfaisant qui permet au juge de soumettre le cadre supérieur et le simple ouvrier à des exigences normatives différentes³²⁸⁰.

En somme, la responsabilité civile du préposé à l'égard des tiers doit être maintenue dès que sa faute sera au moins une faute inexcusable.

Les tiers seraient ainsi traités comme les copréposés du salarié dans le régime issu de la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail³²⁸¹ qui prévoit que le salarié qui blesse un

³²⁷⁷ Civ. 2, 27 janvier 2004, RTD civ. 2004, p.296, note P. JOURDAIN – Par faveur pour le salarié la définition de la faute inexcusable retenue est finalement celle qu'avait initialement développée la jurisprudence à l'endroit de l'employeur (Ch. Réunies, 15 juillet 1941, Gaz. Pal. 1941, 2, 254 : « la faute inexcusable s'entend d'une faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute visée au paragraphe 1 de la loi du 9 avril 1898 »).

³²⁷⁸ En ce sens, A. PONSEILLE, *La faute caractérisée en droit pénal*, RSC 2003, p.79 – Contra, E. FORTIS, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal*, RSC 2001, p.737.

Il est vrai que selon l'article 4-1 du Code de procédure pénale, l'impossibilité d'établir une faute pénale qualifiée n'est pas un obstacle à la caractérisation d'une faute inexcusable (Soc. 12 juillet 2001, D. 2001, p.3390, note Y. SAINT-JOURS ; D. 2002, p.1311, obs. P. JOURDAIN).

³²⁷⁹ V. *supra*, n°624.

³²⁸⁰ En faveur d'une telle appréciation circonstanciée : J. SAVATIER, *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, Dr. soc. 1995, p.651, spé. p.653 ; N. FERRIER, *op. cit.*, n°263, qui insiste sur le degré d'autonomie du préposé mais préférerait que la responsabilité civile du salarié soit engagée plus facilement, dès la constatation d'une faute lourde (*op. cit.*, n°252)

³²⁸¹ V. également, le parallèle qui peut être fait avec l'article L. 5121-3 du Code des transports qui donne une définition de la faute mettant fin à la limitation de responsabilité en matière de droit maritime : « Les personnes mentionnées à l'article L. 5121-2 peuvent limiter leur responsabilité envers des cocontractants ou des tiers, même s'il s'agit de l'Etat, si les dommages se sont produits à bord du navire ou s'ils sont en relation directe avec la navigation ou l'utilisation du navire.

Elles peuvent, dans les mêmes conditions, limiter leur responsabilité pour les mesures prises afin de prévenir ou de réduire les dommages mentionnés au premier alinéa, ou pour les dommages causés par ces mesures.

copréposé dans le temps et le lieu de travail n'est personnellement responsable que dans la mesure où il a commis une faute intentionnelle³²⁸² ou une faute inexcusable³²⁸³.

Une telle option ne s'impose peut-être pas, en revanche, s'agissant de sa responsabilité contractuelle.

639. La faute intentionnelle, seule invocable par l'employeur. – Le seuil de gravité de la faute génératrice de la responsabilité contractuelle du salarié envers l'employeur pourrait être au contraire maintenu à la seule faute intentionnelle, entendue comme la volonté de causer un dommage à autrui. La justification du traitement moins favorable de l'employeur tient toute entière dans la logique sanctionnatrice de cette responsabilité contractuelle. En effet, l'employeur, contrairement aux tiers, dispose de bien d'autres moyens de sanctionner les fautes du salarié.

Grâce à son pouvoir disciplinaire, l'employeur est en effet en mesure de sanctionner, de manière interne, les agissements fautifs de ses salariés qui n'atteindraient pas le seuil de l'intention. Il est aidé en cela par une certaine liberté de qualification de la faute disciplinaire. La loi n'a en effet pas transposé le principe de légalité criminelle à la matière disciplinaire en imposant à l'employeur de décrire dans le règlement intérieur les comportements qu'il entend sanctionner au titre d'une faute disciplinaire³²⁸⁴. C'est ainsi que l'article L. 1331-1 du Code du travail justifie la sanction disciplinaire par tout « agissement du salarié considéré par [l'employeur] comme fautif ». En revanche la faute disciplinaire est nécessairement une violation des obligations contractuelles du salarié³²⁸⁵, y compris si ces obligations ne sont qu'accessoire. Ainsi, l'employeur peut-il sanctionner des fautes simples dès lors qu'elles constituent de telles violations, étant entendu que le choix de la mesure disciplinaire devra être guidé par un principe de proportionnalité³²⁸⁶. La plus redoutable sanction est évidemment le licenciement disciplinaire. Ce dernier est soumis aux règles de fond³²⁸⁷ du licenciement pour cause réelle et sérieuse³²⁸⁸. Dans ce cas, la faute légère du salarié ne constitue pas une cause

Toutefois, elles ne sont pas en droit de limiter leur responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de leur fait ou de leur omission personnels et qu'il a été commis avec **l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement.** » (nous soulignons).

³²⁸² Article L. 452-5 du Code de la sécurité sociale. – La faute intentionnelle suppose alors non seulement un acte volontaire mais aussi la recherche par l'auteur des conséquences dommageables de son acte (Soc. 20 avril 1988, B. n°241).

³²⁸³ Article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale.

³²⁸⁴ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Manuel, 26^{ème} éd., 2012, n°716.

³²⁸⁵ Ch. mixte 18 mai 2007, D. 2007, p.2137, obs. J. MOULY ; JCP 2007, II, 10129, obs. G. LOISEAU. L'enjeu de cette qualification réside dans la limitation du pouvoir disciplinaire de l'employeur à la seule sphère professionnelle du salarié et donc à l'exclusion de sa vie privée.

³²⁸⁶ Article L. 1333-2 du Code du travail.

³²⁸⁷ *Contra*, pour les règles de procédure (J. SAVATIER, *Droit disciplinaire*, Rép. trav. Dalloz, 2012, n°209).

³²⁸⁸ A. DUPAYS, C. GIRODROUX (dir.), *Licenciement pour cause personnelle – Motifs*, Lamy social, 2012, n°2288.

réelle et sérieuse. Il faut alors que l'employeur démontre sinon une faute grave³²⁸⁹ au moins une faute sérieuse, faute intermédiaire entre la faute légère et la faute grave³²⁹⁰. Les fautes légères peuvent cependant être sanctionnées par d'autres mesures disciplinaires, moins sévères.

En somme, l'employeur dispose d'un arsenal juridique assez complet pour sanctionner toute faute, même légère, de ses salariés et garantir ainsi l'exercice normal de la fonction du préposé. C'est pourquoi, et alors même que la responsabilité contractuelle du salarié a le même fondement que sa responsabilité délictuelle envers les tiers, le fait générateur de la première pourrait être restreint à la seule faute intentionnelle.

Il devra donc être tenu compte de cette distorsion, justifiée par l'existence parallèle d'un droit disciplinaire, au stade du recours de l'employeur-commettant actionné en garantie par la victime, contre son préposé³²⁹¹.

640. Synthèse du seuil de gravité de la faute de fonction du préposé. – Malgré, voire en raison de la logique sanctionnatrice, la responsabilité civile du salarié n'est pas engagée à raison des mêmes faits par le tiers et par l'employeur. Les conditions d'engagement de la responsabilité par le premier sont en effet plus permissives que celles que devra rapporter le second. Ainsi, la responsabilité civile sanctionnatrice pourra être déclenchée par le tiers dès qu'une faute intentionnelle (pénale ou civile) ou inexcusable pourra être démontrée tandis que la responsabilité contractuelle découlera de la seule faute intentionnelle du salarié. A cet égard, les indications données par l'étude du fait générateur de la peine privée ont été en partie suivies. Seule la faute lourde n'a pas été exploitée, qui le sera peut-être dans les solutions proposées pour le mandataire dirigeant.

β. Les solutions proposées pour le mandataire dirigeant

641. Faute intentionnelle ou faute lourde. – Pour provoquer la sanction du dirigeant par les tiers, deux seuils de gravité sont là encore envisageables³²⁹². En premier lieu, la faute intentionnelle semble emporter un certain consensus ici aussi³²⁹³ et être définie comme la volonté de causer le dommage³²⁹⁴. Cependant il est également proposé de sanctionner le

³²⁸⁹ Elle résulte « d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié, qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis » (Soc. 26 février 1996, B. n°97).

³²⁹⁰ J. PELLISSIER, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2004, n°430.

³²⁹¹ V. *infra* n°656.

³²⁹² Les développements relatifs à l'infraction pénale conduits à propos du préposé sont ici transposables (V. *supra* n°636).

³²⁹³ B. DONDERO, note sous Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, D. 2003, p.2623, n°10 ; S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1223

³²⁹⁴ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1228.

dirigeant par l'engagement de sa responsabilité civile à l'égard des tiers dès qu'il aura commis une faute lourde³²⁹⁵.

Trois arguments justifient cet abaissement du seuil de gravité de la faute punissable. D'abord, est évoquée la professionnalisation de la fonction de dirigeant³²⁹⁶. Surtout et ensuite, il a été noté à l'endroit du préposé que la sanction de la seule faute intentionnelle n'était pas satisfaisante³²⁹⁷. Enfin, compte tenu de ses fonctions dirigeantes, il doit être exigé du mandataire dirigeant plus que du préposé (même lorsque celui-ci est un cadre de l'entreprise). C'est pourquoi, la faute lourde doit être le fait générateur de sa responsabilité civile en lieu et place de la faute inexcusable invocable contre le préposé.

L'admission de la faute lourde nécessite toutefois quelques développements supplémentaires. Le premier point à aborder est celui de sa définition. Dans la sphère contractuelle, la Cour de cassation réunie en Chambre mixte a proposé de la définir comme la « négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle »³²⁹⁸. Partant, il s'agit d'une particulière incurie, d'« une faute énorme, grossière, signe de l'extrême défectuosité d'un comportement »³²⁹⁹ qui ne saurait être admise de la part d'un dirigeant sans susciter la réprobation sociale. Certains auteurs proposent donc de caractériser la faute lourde en raison, soit de l'ampleur du manquement, soit de sa répétition³³⁰⁰. Il faut ajouter que cette définition implique certainement que, conformément à ce qui a été observé en droit positif, le dirigeant n'engage pas nécessairement sa responsabilité civile lorsqu'il aura commis une infraction pénale. Autrement dit, il n'y a certainement pas lieu de rendre automatique la qualification de faute lourde en présence d'une infraction pénale mais au contraire de soumettre les faits ayant conduit à cette qualification pénale aux critères de la faute lourde. De nombreuses infractions dites formelles ou infractions de papier³³⁰¹ devraient ainsi pouvoir échapper à la qualification. La responsabilité pénale ne devrait donc pas conduire dans ces hypothèses à la responsabilité civile du dirigeant³³⁰².

³²⁹⁵ G. AUZERO, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, p.502, spé. p.505 ; B. DONDERO, note sous arrêt *Seusse*, Com. 20 mai 2003, D. 2003, p.2623, spé. n° 8 ; P.-G. MARLY, *La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants*, JCP E 2006, n°1490, spé. n°18 et s. ; S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1236 – D'autres auteurs préféreraient la qualification de faute grave (M. LAUGIER, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ?* Bull. Joly 2003, § 261, spé. n°14-15).

³²⁹⁶ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1239. – Cependant, celle-ci est très inégale en fonction des groupements considérés.

³²⁹⁷ V. *supra* n°638.

³²⁹⁸ Ch. mixte, 22 avril 2005, RTD civ. 2005, p.604, obs. P. JOURDAIN.

³²⁹⁹ G. AUZERO, *op. cit.*, spé. p.505.

³³⁰⁰ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1246 et s.

³³⁰¹ V. *infra* n°679.

³³⁰² Cela ne sera vrai, toutefois, qu'autant que ces infractions ne constituent pas en outre un dépassement ou un détournement de fonction, aux sens précédemment retenus (V. *supra* n°286 et s. et *infra* n°645 et s.).

Le deuxième point aborde la question de la méthode d'appréciation de cette faute lourde. Là encore il s'agira d'une appréciation *in abstracto* circonstanciée, ce qui devrait permettre de traiter différemment les dirigeants en fonction de l'étendue de leurs pouvoirs³³⁰³. Le comportement du dirigeant devra alors être celui du dirigeant le moins diligent pour susciter la sanction. Nul doute qu'une telle prise de position est en grande partie en contrariété avec le droit positif³³⁰⁴. Elle semble cependant justifiée et serait peut-être susceptible de rassurer ceux qui voient dans le contentieux de la faute séparable des fonctions le moyen pour le dirigeant de garantir son impunité.

642. Synthèse – La condition d'engagement de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant tenant à la gravité de leur faute donne des résultats contrastés tant dans le principe de son existence que dans la détermination du seuil de gravité de la faute punissable. Cela peut certainement surprendre autant que déranger ceux qui, convaincus par l'appartenance du préposé et du mandataire dirigeant à une même catégorie – ils exercent une fonction dans l'intérêt d'autrui au sein d'une entreprise³³⁰⁵ – seraient à la recherche d'une parfaite harmonie du régime de responsabilité de ces deux agents. Pourtant toutes ces distorsions se justifient par la seule logique sanctionnatrice de la responsabilité civile. Ainsi, si la gravité du comportement est indifférente à l'engagement de la responsabilité civile du mandataire dirigeant envers le groupement et ses membres, tandis qu'elle joue un rôle pour l'engagement de la responsabilité civile du salarié envers son employeur, c'est parce que l'employeur dispose d'un pouvoir disciplinaire sur ses salariés que le groupement et ses membres n'ont pas. C'est pourquoi, il doit être admis que la gravité de la faute sera une condition opérationnelle lorsque la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant est recherchée par les tiers ou lorsque la responsabilité civile du salarié est recherchée par l'employeur, mais pas lorsque la responsabilité civile du mandataire dirigeant sera recherchée par le groupement ou ses membres. Pour des raisons également relatives à la logique sanctionnatrice, le seuil de gravité de la faute à partir duquel la responsabilité civile sanctionnatrice pourra être engagée devra différer en fonction du demandeur et du défendeur à l'action. Tandis que le tiers pourra rechercher la responsabilité civile du préposé à raison de sa faute intentionnelle ou inexcusable, il pourra faire condamner pécuniairement le mandataire dirigeant pour sa faute intentionnelle ou sa faute lourde. La responsabilité contractuelle du salarié sera, quant à elle, limitée à la commission d'une faute intentionnelle, tandis que la responsabilité civile du mandataire dirigeant pourra être engagée pour toute faute par le groupement et ses membres.

³³⁰³ V. *supra* n°624.

³³⁰⁴ Ainsi à partir de ce nouveau critère, serait-il toujours possible d'affirmer que la passivité et l'inertie d'un gérant ne pourrait engager sa responsabilité civile (parce qu'elles ne constituent pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions – Civ. 3, 7 déc. 2005 : JurisData n° 2005-031230 ; Dr. sociétés 2006, comm. 54) ?

³³⁰⁵ V. *supra*, n°193.

Une telle variété de solutions sera-t-elle également constatable s'agissant de la condition tenant au respect des prérogatives fonctionnelles ?

B. La condition tenant au non-respect des prérogatives fonctionnelles

643. Non-respect délibéré des prérogatives fonctionnelles et responsabilité civile sanctionnatrice à titre accessoire. – Pour la majorité de la doctrine, le non-respect des frontières de la fonction constitue une cause de maintien de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant. Cette proposition suscite deux remarques.

D'abord ne serait-ce pas parce que le non-respect de ses attributions fonctionnelles constitue une cause admissible de sanction ? La réponse à cette question est partiellement positive. La logique réparatrice explique en effet tout autant le maintien de la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant que la logique sanctionnatrice lorsque ces derniers n'ont pas respecté les limites de leurs attributions³³⁰⁶. A cet égard, fondement fautif et théorie du risque-profit ne conduisent pas à des solutions contraires mais à des solutions identiques. Nul doute, dès lors, que la faute commise alors que l'agent s'était émancipé de ses attributions est bien un risque anormal de l'entreprise. Ouvrir l'action en responsabilité civile des victimes tiers à ce type de faute leur permet ainsi et aussi de participer à la moralisation de l'exercice des fonctions³³⁰⁷.

Ensuite, la logique sanctionnatrice paraît justifier que le dépassement et le détournement des prérogatives fonctionnelles ne puissent être caractérisés que lorsque l'agent est de mauvaise foi. Dans le cas contraire, ce serait en effet sanctionner une imprudence ou instaurer une obligation de résultat.

644. Adoption de la conception objective de la faute de fonction. – Si le droit positif semble montrer quelques signes en faveur de l'engagement de la responsabilité civile du mandataire dirigeant et du préposé en cas de non-respect de leurs attributions³³⁰⁸, les assertions précédentes doivent être vérifiées tant à l'égard du mandataire dirigeant qu'à l'égard du préposé. C'est pourquoi, il faudra confronter le non-respect des prérogatives fonctionnelles et la situation du mandataire dirigeant (1.) puis le non-respect des prérogatives fonctionnelles et la situation du préposé (2.).

³³⁰⁶ V. *supra* n°561.

³³⁰⁷ Même si l'état d'esprit de la victime n'est pas un argument suffisant pour affirmer que la responsabilité civile est bien sanctionnatrice, il est fort probable que les velléités vindicatives du tiers victime soient encore accrues lorsque le préposé ou le mandataire dirigeant leur aura causé un préjudice en s'émancipant de leurs fonctions. Cela pourrait être tout particulièrement vrai à propos du mandataire dirigeant lorsque son émancipation fera obstacle à l'engagement de la personne morale auprès du tiers.

³³⁰⁸ V. *supra* n°266 et s.

1. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et mandataire dirigeant

645. Responsabilité civile du dirigeant à raison d'un acte ne pouvant engager la personne morale³³⁰⁹. – Deux cas de figure sont envisageables. Premièrement, le dirigeant peut avoir accompli un acte dépassant ses pouvoirs externes – par exemple, le dirigeant d'une société civile aura accompli un acte en dépassement de l'objet social³³¹⁰. Auquel cas, la société ne pourra être contractuellement engagée. Logiquement, elle ne devrait donc pas non plus être délictuellement engagée par l'acte (fautif puisqu'irrégulier) de son dirigeant³³¹¹. Partant, c'est exclusivement à l'encontre de cet agent que le tiers pourra agir afin de rechercher sa responsabilité civile.

Secondairement, il peut arriver que le dirigeant conclue des actes interdits ou irréguliers et consécutivement inopposables à la société³³¹². Là encore, il faut admettre, en raison du principe de cohérence, la seule responsabilité civile du dirigeant.

Si l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant par le tiers paraît alors assez logique dans ces hypothèses³³¹³, elle est davantage sujette à la discussion lorsque le dirigeant a agi au delà de ces attributions fonctionnelles mais en deçà de ses pouvoirs légaux.

646. Respect des pouvoirs légaux et fait générateur de responsabilité civile envers les tiers³³¹⁴. – Grâce à la théorie des pouvoirs légaux, la société à responsabilité illimitée peut être contractuellement engagée lorsque le dirigeant a accompli un acte dépassant ses pouvoirs statutaires mais conforme à l'objet social³³¹⁵. Consécutivement, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse également engager sa responsabilité délictuelle lorsqu'un fait de son dirigeant se sera révélé fautif dans des circonstances analogues.

Cependant, l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant doit rester possible également. Ce faisant, la possibilité pour le tiers de se prévaloir des clauses statutaires limitatives de pouvoirs est réaffirmée. La Cour de cassation l'avait déjà admis en jugeant que le tiers contractant peut opposer à la société la clause limitative de pouvoirs pour contester un

³³⁰⁹ En ce sens, S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°879 et s.

³³¹⁰ Article 1849 du Code civil.

³³¹¹ V. *supra* n°576.

³³¹² V. *supra* n°576.

³³¹³ V. cependant la solution inverse retenue par la jurisprudence à propos du cautionnement irrégulier (Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER).

³³¹⁴ Ces développements ne concernent que les groupements pour lesquels la loi a encadré les pouvoirs des dirigeants. Dans les autres cas, par exemple lorsque le groupement est une association, le tiers est très logiquement et certainement habilité à rechercher la responsabilité civile du dirigeant dès lors que celui-ci n'a pas respecté ses pouvoirs statutaires.

³³¹⁵ V. *supra* n°294. – Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'acte pris en dépassement de l'objet social engage valablement la société, à condition que le tiers ait été de bonne foi. Il s'agit alors de la transposition légale de la théorie du mandat apparent. C'est pourquoi, il convient de rejeter la responsabilité délictuelle fondée sur la théorie du risque-profit dans cette hypothèse (V. *supra* n°576).

acte³³¹⁶. Malgré l'assentiment de la jurisprudence, une partie de la doctrine reste hostile à l'invocation par le tiers des clauses statutaires en raison de la théorie des pouvoirs légaux³³¹⁷. Certains auteurs estiment en effet que la violation des clauses statutaires ne saurait provoquer la responsabilité civile du dirigeant, puisque, étant inopposable aux tiers, l'engagement de la société les prémunit de tout préjudice, sauf en cas de défaillance de la société³³¹⁸.

A contrario, il est permis de penser que si l'inopposabilité des clauses statutaires envers les tiers est une disposition protectrice en leur faveur, elle ne doit pas leur faire grief³³¹⁹. En outre, il n'est pas question de dire que la seule violation des statuts leur est nécessairement préjudiciable et qu'elle doit autoriser les tiers à engager la responsabilité civile du dirigeant mais qu'elle doit le permettre lorsqu'elle a par ailleurs été l'occasion de la commission d'une faute leur ayant été préjudiciable³³²⁰.

Par exemple, les statuts d'une société ont pu prévoir que le dirigeant devra obtenir l'autorisation préalable de l'Assemblée générale pour vendre un immeuble de la société. Passant outre cette obligation, le dirigeant vend cet immeuble à un tiers, tout en commettant un dol à l'origine d'un vice du consentement de ce tiers³³²¹. Suite à l'annulation de l'acte de vente, l'action en responsabilité délictuelle³³²² pourra être exercée contre le dirigeant car il a agi en dépassement de ses attributions statutaires. Ainsi, l'action en responsabilité civile est légitimée non parce que la violation des statuts a causé le dommage mais parce que la faute dommageable (le dol) a été commise en dehors des compétences du dirigeant³³²³.

Si la violation des statuts par le dirigeant lors de la commission de sa faute peut permettre au tiers de rechercher sa responsabilité civile, par dérogation à la théorie du risque-profit, et dans une logique sanctionnatrice, il doit en être de même lorsque le dirigeant aura agi non pas en dépassement de ses pouvoirs mais en les détournant. Là encore la protection du tiers par la théorie des pouvoirs légaux ne doit pas l'empêcher d'agir contre le dirigeant mal intentionné³³²⁴.

Surtout, dans ces hypothèses qui consacrent pourtant une conception objective de la faute séparable des fonctions³³²⁵, la logique sanctionnatrice prend le pas sur la logique réparatrice, l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant répondant moins à l'impératif de réparer

³³¹⁶ Civ. 2, 23 octobre 1985, Rev. sociétés 1986, p.408, note B. BOULOC.

³³¹⁷ B. BOULOC, *op. cit.* ; B. MERCADAL, A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento Pratique. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, n°13471.

³³¹⁸ S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., n°118-119.

³³¹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012, n°282.

³³²⁰ La jurisprudence semble l'avoir déjà admis : CA Paris, 16 mai 1978, Rev. sociétés 1979, p.72, note J.G. – CA Paris, 28 avril 1983, JCP 1986, II, 20553, note A. VIANDIER.

³³²¹ Article 1116 du Code civil.

³³²² Le contrat est réputé ne pas avoir existé.

³³²³ Le respect des procédures statutaires aurait d'ailleurs peut-être empêché une telle attitude.

³³²⁴ Sur le seuil de détournement qu'il convient de retenir, V. *supra* n°304.

³³²⁵ Y. GUYON, B. LE BARS, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, réf. préc., n°68.

le préjudice de la victime³³²⁶ qu'à celui de permettre au tiers de participer à la moralisation de l'exercice des fonctions de dirigeant. C'est sans doute ce qui explique que l'action en responsabilité du tiers est alors soumise aux mêmes conditions de fond que celle du groupement et de ses membres.

647. Respect des pouvoirs légaux et fait générateur de responsabilité civile envers le groupement et ses membres. – L'énumération légale des faits générateurs de responsabilité civile du dirigeant³³²⁷ est ici bien utile car elle prévoit explicitement que la violation des statuts et par conséquent des limitations statutaires de pouvoirs est assurément source de condamnation pécuniaire pour le dirigeant. C'est pourquoi, il est généralement admis que le dépassement de pouvoir constitue une « faute de gestion »³³²⁸. Pourtant, selon une doctrine récente, le seul dépassement des pouvoirs ne saurait à lui seul engager la responsabilité civile du dirigeant. La cause de ce rejet résiderait dans l'absence de préjudice social, rendant irrecevable l'action en responsabilité³³²⁹. Seul l'intérêt social pourrait être le critère véritable de la responsabilité dans les rapports sociaux³³³⁰. L'un des exemples jurisprudentiels démontre pourtant le contraire³³³¹. Sauf à admettre que le seul préjudice de la société démontre la contrariété de l'acte avec l'intérêt social³³³², les faits étaient topiques d'un dépassement de pouvoirs non constitutif d'un détournement de pouvoirs. Dans cette espèce, en effet le gérant avait négocié seul l'achat d'un terrain en vue d'y construire les laboratoires dont la société avait besoin pour sa production. Un acompte avait été versé au vendeur mais il avait été perdu car l'opération n'avait finalement pas abouti. Il lui a été alors reproché un dépassement de pouvoirs, les statuts de la société limitant les prérogatives du gérant aux « affaires courantes », ce qu'un achat immobilier n'était pas. Difficile d'affirmer en revanche que cet achat ait pu constituer un détournement de pouvoirs.

La jurisprudence ne s'y est donc pas trompée qui a effectivement retenu la responsabilité civile du dirigeant envers la société en cas de dépassement des pouvoirs statutaires³³³³. Il n'y a *a priori* aucune raison de ne pas étendre la solution à l'action en responsabilité civile déclenchée par les membres du groupement en réparation de leur préjudice individuel³³³⁴. Il n'y a pas davantage de raisons à n'admettre la solution que pour les sociétés.

³³²⁶ Cette réparation sera assurée par la personne morale, conformément à la théorie du risque-profit.

³³²⁷ Articles L. 223-22 (SARL) et L. 225-251 (SA) du Code de commerce ; article 1850 du Code civil (sociétés civiles).

³³²⁸ J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°679 et s. – V. *supra* n°623 à propos de la possibilité de réunir les faits générateurs de responsabilité civile du dirigeant sous cette seule catégorie.

³³²⁹ S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., n°95.

³³³⁰ *Ibidem*.

³³³¹ CA Paris, 4 février 2000, RTD com. 2000, p.386, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Bull. Joly 2000, n°817 ; RJDA 2000, n°674 : « commet une faute de gestion le gérant qui outrepassa ses pouvoirs en concluant une opération exceptionnelle alors que les statuts limitent ses pouvoirs aux affaires courantes de la société »

³³³² Cette position a été rejetée (*supra* n°304).

³³³³ V. également, Com. 3 décembre 2002, Dr. sociétés 2003, comm. 131, note J. MONNET.

³³³⁴ Indirectement, la situation démontre ainsi qu'il n'est pas contradictoire d'étendre les pouvoirs légaux du dirigeant à tous les actes entrant dans l'objet social et d'admettre l'engagement de sa responsabilité civile pour le

Il est par ailleurs inévitable que le détournement de ses pouvoirs par le dirigeant entraîne sa responsabilité civile envers le groupement et ses membres³³³⁵. Plusieurs considérations convergentes l'imposent.

Ce sont tout d'abord les définitions synthétiques de la faute de gestion proposées par la doctrine qui conduisent à admettre cette solution. Pour certains auteurs, la faute de gestion est conçue comme l'acte « qui ne se conforme pas aux limites imposées par le **nombre d'Or**, intérêt social »³³³⁶. Il en découle que tout acte susceptible de porter atteinte à la pérennité de la société³³³⁷ (par l'atteinte à son patrimoine social par exemple) ou de déséquilibrer le fonctionnement interne entre organes sociaux³³³⁸ est une faute de gestion³³³⁹. Les analyses plus « contractualistes » du fait générateur de la responsabilité civile du dirigeant ne démentent pas vraiment cette analyse. En effet, si le dirigeant est un mandataire, il est nécessairement tenu d'une obligation de loyauté envers son mandat (la communauté des associés ou sociétaires). Dès lors, et parce que le détournement est précisément une atteinte à cette obligation de loyauté, la responsabilité civile du dirigeant doit logiquement pouvoir être engagée lorsqu'il adopte délibérément un comportement contraire ou incompatible avec l'intérêt du groupement³³⁴⁰. Ainsi la responsabilité civile du gérant d'une SARL doit-elle être engagée lorsque celui-ci concurrence sa société³³⁴¹. De même les gérants d'une société qui ont provoqué la dévalorisation du capital social suite à des délits d'abus de biens sociaux doivent évidemment engager leur responsabilité civile³³⁴².

C'est ensuite l'affirmation jurisprudentielle d'une obligation de loyauté due par le dirigeant à l'entreprise³³⁴³ mais aussi aux **associés**³³⁴⁴ de la société qui plaide en faveur de l'engagement

non-respect des pouvoirs statutaires (*supra* n°646) puisqu'en l'espèce, les pouvoirs légaux du dirigeant s'étendent à tous les actes conformes à l'intérêt de la société tandis que sa responsabilité civile peut être engagée du seul dépassement de ses pouvoirs à condition qu'il ait été préjudiciable à la société.

³³³⁵ Y. GUYON, B. LE BARS, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, réf. préc., n°47.

³³³⁶ S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001, n°581.

³³³⁷ S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°567.

³³³⁸ S. HADJI-ARTINIAN, *op. cit.*, n°569.

³³³⁹ Un tel critère d'appréciation a l'avantage de préserver la société de l'immixtion du juge dans sa gestion.

³³⁴⁰ Le survol de la jurisprudence montre que le détournement ne se limite pas au dépassement d'un seuil intellectuel c'est-à-dire à la volonté d'accomplir un acte contraire ou incompatible avec l'intérêt de la société. « Tout au plus pourrait-on considérer, bien que cela n'emporte aucune répercussion sur le régime de la responsabilité du mandataire, que sa faute de gestion découle, dans le premier cas, d'une violation de son obligation de loyauté, alors qu'elle procède dans la seconde hypothèse d'une violation de son obligation de diligence » (J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*, n°714).

Cela n'est guère dérangeant pour la démonstration actuelle qui tend seulement à confirmer que le détournement de pouvoirs est bien source de responsabilité civile pour le dirigeant envers son groupement et ses membres.

³³⁴¹ Com. 4 mars 1969, B. n°81 – Com. 24 février 1998, Bull. Joly 1998, § 266, note B. PETIT – Com. 12 février 2002, Bull. Joly 2002, § 137, note B. SAINTOURENS – Com. 15 novembre 2011, Rev. sociétés 2012, p.292, note L. GODON.

³³⁴² Crim. 20 juin 2007, n° 07-80065, Dr. sociétés 2007, comm. 204, note R. SALOMON.

³³⁴³ Com. 24 février 1998, Bull. Joly 1998, § 266, n°266, note B. PETIT.

³³⁴⁴ Cette jurisprudence fut inaugurée par l'arrêt *Vilgrain* (Com. 27 février 1996, B. n°439 ; Bull. Joly 1996, § 164, note COURET ; JCP E 1996 II 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; JCP G 1996 II 22665, note J. GHESTIN), avant d'être confirmée par l'arrêt *Beley* (Cass. com., 12 mai 2004, JCP 2004, II, p. 1754, note D. GREGORY ; Dr. sociétés 2004, comm. 147, note H. HOVASSE). La solution semble aujourd'hui acquise

de sa responsabilité en cas de détournement. Quelle que soit l'analyse qui est faite de la société (institutionnelle ou contractuelle), cette jurisprudence procède en effet à une **extension** de l'obligation de loyauté du dirigeant³³⁴⁵, à laquelle il est parfois difficile de trouver un fondement³³⁴⁶.

Le fondement le plus probable réside dans l'influence de la théorie de la *corporate governance* dans laquelle l'obligation de loyauté (*duty of loyalty*) occupe une place importante. Là encore, il convient donc de ne pas entraver l'action individuelle des membres du groupement lorsqu'elle tend à faire sanctionner un détournement. Cela constitue une sorte de garantie d'un contrôle efficace de la bonne administration du groupement. S'agissant du détournement, en outre, l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant ne paraît pas excessif au point de lui préférer des mesures disciplinaires³³⁴⁷. « Aussi, avec mesure, et eu égard à l'intérêt de [la] fonction normative [du gouvernement d'entreprise], il importe de faciliter la responsabilité des dirigeants sociaux, notamment en cas de faute déontologique, quitte à ce que se généralise corrélativement l'assurance »³³⁴⁸.

En somme, lorsque la faute est séparable des fonctions parce qu'elle a été commise lors d'un dépassement ou d'un détournement de fonction, l'engagement de la responsabilité civile du mandataire dirigeant se justifie. La logique sanctionnatrice vient alors **corroborer** la logique réparatrice et le tiers vient à nouveau apporter son concours à la moralisation de l'exercice des fonctions de direction. Ces mêmes conclusions seront-elles vérifiables alors qu'il s'agira d'une fonction d'exécution ? Autrement dit que ressortira-t-il de la confrontation entre le non-respect des prérogatives fonctionnelles et la situation du préposé ?

2. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et préposé

648. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et fait générateur de la responsabilité civile envers les tiers. – Une telle proposition n'est pas nouvelle. Un auteur l'exprimait déjà ainsi peu après l'arrêt *Rochas* : « si l'acte du préposé est **soit** étranger à ses attributions **soit** constitue un agissement hors fonction, il doit – à moins d'avoir été autorisé – entraîner sa responsabilité personnelle, outre celle de son commettant »³³⁴⁹.

(Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13198, Dr. sociétés 2008, comm. 156, H. HOVASSE ; Bull. Joly 2008, § 190, note T. MASSART).

³³⁴⁵ H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p.273 ; J.-J. CAUSSAIN, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés* in *Etudes offertes à B. MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.303.

³³⁴⁶ L. GODON, *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés*, Rev. sociétés 2005, p.140.

³³⁴⁷ V. *supra* n°626.

³³⁴⁸ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 439, 2005, n°583.

³³⁴⁹ P. JOURDAIN, sous arrêt *Rochas*, Com. 12 octobre 1993, RTD civ. 1994, p.111, spé. p.114.

La justification du maintien de la responsabilité civile du préposé lorsqu'il commet un dépassement ou un détournement de ses attributions fonctionnelles est identique à celle qui a présidé précédemment à propos du mandataire dirigeant. Apparemment impliquée par la théorie du risque-profit, la limitation de leur irresponsabilité civile aux strictes fautes de fonction est également sous-tendue par la volonté de permettre aux tiers de déclencher des sanctions pour un mésusage de sa fonction par le préposé.

Plusieurs considérations viennent appuyer cette nécessité. En premier lieu, la jurisprudence *Costedoat* semble réserver l'irresponsabilité civile du préposé aux **fautes de mission**. Ces dernières ne doivent-elles pas, dès lors, s'entendre de celles qui sont commises dans le respect des prévisions précises du commettant ? Précédemment, l'analyse conceptuelle a suggéré que la mission correspondrait à l'une des prestations nécessaires à l'accomplissement de la fonction³³⁵⁰. Utilisée pour définir ce que doit être la faute de mission, ce critère semble exiger plus qu'un simple contexte fonctionnel. Il pourrait imposer l'exercice même des prérogatives fonctionnelles que seul l'accomplissement d'une prestation précise implique. *A contrario*, ne répondrait plus aux conditions de la jurisprudence *Costedoat*, le préposé qui détourne ou dépasse ses attributions fonctionnelles. Dans ces circonstances, sa faute ne pourrait plus constituer qu'un risque anormal de l'entreprise puisque le préposé est censé respecter les consignes de son employeur. Les tiers recouvriraient ainsi leur action en responsabilité civile à son encontre.

En second lieu, la catégorie des préposés est relativement hétérogène de sorte que la frontière est parfois fine entre le cadre supérieur, le préposé délégataire et le dirigeant. Permettre aux tiers d'engager sa responsabilité civile pour ses détournements ou ses dépassements de fonctions serait également une garantie du maintien d'une certaine éthique au sein de l'entreprise. Cela peut parfois paraître indispensable lorsque la sanction n'est pas initiée par un employeur complice ou laxiste.

649. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et fait générateur de la responsabilité civile envers l'employeur. – Le contentieux de la responsabilité contractuelle du salarié est assez peu lisible s'agissant de la prise en compte du non-respect de ses prérogatives. Des solutions quelque peu contradictoires semblent en effet se dessiner.

D'un côté, il arrive fréquemment que la responsabilité civile du salarié soit engagée lorsqu'il aura recherché son intérêt personnel³³⁵¹. Ainsi en est-il en cas de détournement

³³⁵⁰ V. *supra* n°127. – En ce sens, J.-B. LAYDU qui la définit comme l'« opération qui lui a été confiée » (*Retour sur l'immunité personnelle restreinte du préposé*, D. 2008, p.2125, spé. n°11).

³³⁵¹ Une décision a pu décider que la Cour d'appel n'ayant caractérisé ni l'intention de nuire ni un acte délibérément déloyal et dommageable à l'employeur, l'attitude du salarié ne constituait ni une faute lourde ni une faute grave (Soc. 8 avril 1998, n°96-40074) – *Adde*, Soc. 10 novembre 1993, RJS 7/1994, n°847 (1^{ère} espèce) ; Soc. 25 mai 1994, RJS 7/1994, n°847 (2^{ème} espèce).

d'enregistrements effectués par un directeur artistique au préjudice de son employeur³³⁵² ou de détournement de clientèle³³⁵³. La faute lourde a également pu être retenue en cas de débauchage de salariés au profit d'une entreprise concurrente³³⁵⁴. Cependant les solutions sont là encore difficilement fiables, qui retiennent parfois la faute lourde en cas de détournement de pouvoir³³⁵⁵ mais la rejettent en d'autres occasions³³⁵⁶.

D'un autre côté, la faute lourde reste exigible même en cas d'abus de fonction, dès lors que le comportement n'est pas étranger à l'exécution du contrat de travail³³⁵⁷. Cette solution n'est pas dépourvue d'ambiguïté³³⁵⁸. Plus radicalement, il faudrait surtout acquérir quelques certitudes sur la notion d'abus de fonction et écarter, dans ce cas, l'exigence d'une faute lourde³³⁵⁹.

En revanche, lorsque la faute est commise en dépassement des prérogatives fonctionnelles ou qu'elle constitue un détournement, l'employeur semble rester dans l'obligation de faire état d'une faute d'une certaine gravité. Le dépassement ou le détournement ne constituant pas *ipso facto* un fait générateur de responsabilité contractuelle du salarié.

Par contre, ces fautes sont tout à fait susceptibles d'être sanctionnées disciplinairement. Cela explique donc le hiatus entre l'action du tiers et l'action de l'employeur, le tiers ne disposant d'aucun autre moyen juridique d'assurer la sanction du salarié.

Là encore, les conditions d'engagement de la responsabilité civile du préposé ne sont pas identiques selon que l'action émane du tiers ou de l'employeur. Et cette fois encore la logique sanctionnatrice l'explique. D'abord, elle fait du tiers un garant de l'éthique dans l'exercice des fonctions d'exécution – étant par ailleurs entendu qu'un préposé peut parfaitement accomplir des tâches d'encadrement où la subordination se réduit au minimum. Ensuite, elle explique que les conditions auxquelles sont soumis les tiers soient moins strictes que celles de l'employeur,

³³⁵² Soc., 16 janvier 1992, n°90-43198.

³³⁵³ Soc. 2 décembre 1997, 95-41827.

³³⁵⁴ Soc. 12 juillet 1999, n°97-41981.

³³⁵⁵ Soc. 28 mai 1997, 94-43575 : salarié qui sacrifie délibérément les intérêts de son employeur en concluant un marché désavantageux au bénéfice d'une société concurrente dont il est associé majoritaire.

³³⁵⁶ Soc. 7 décembre 1999, n°97-44854: réalisation à l'insu de son employeur d'opérations financières auprès d'une entreprise dans laquelle le salarié a des intérêts personnels – Soc. 5 décembre 1996, B. n°424 : vente de marchandises à des tarifs plus intéressants au profit d'une société avec laquelle le salarié entretient des liens particuliers.

³³⁵⁷ Soc. 6 mai 1997, Dr. soc. 1997, p. 734, obs. J. SAVATIER – *Contra*, Soc. 9 novembre 2005, pourvoi n°04-14419 : la Cour de cassation statuait en l'espèce à propos du recours du commettant contre un chef d'agence bancaire n'ayant pas porté au crédit du compte d'un client un chèque remis pour encaissement. La banque avait été condamnée à indemniser le client et s'était retournée contre son préposé. Ce dernier invoquait la nécessité de démontrer une faute lourde ; ce moyen a été jugé inopérant, la Cour d'appel ne s'étant pas « fondée sur une faute commise par le salarié dans l'exécution de la prestation de travail mais sur une faute détachable de ses fonctions ».

³³⁵⁸ Elle aurait sans doute gagné en clarté à ne pas faire état d'un quelconque abus de fonction. Un préposé travaillant pour un transporteur avait causé un accident au volant du tracteur d'un autre salarié alors qu'il se rendait en dehors des heures de travail, à un restaurant éloigné du lieu où le trajet correspondant à sa mission s'était terminé. La responsabilité contractuelle du salarié ayant prêté son tracteur était recherchée par son employeur. Compte tenu des critères très restrictifs de l'abus de fonction, le seul usage du tracteur même en tant que passager pouvait peut-être exclure l'abus de fonction. Evidemment d'un point de vue conceptuel, cela ne convainc pas. – *Comp. Soc.* 19 mars 2003, n°01-40084.

³³⁵⁹ En ce sens, H. BLAISE, *La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur*, RJS 1996, p.68, n°19.

ce dernier disposant d'autres moyens juridiques pour assurer le bon usage des attributions qu'il aura confiées à son salarié.

650. Conclusion du § 2. – Les développements précédents tentaient de répondre à une interrogation : le maintien de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant est-il justifié par la seule gravité de son comportement ? A certains égards, la réponse est positive, à d'autres égards elle est négative.

Ainsi, la gravité de la faute commise peut effectivement être une première condition du maintien de l'imputation naturelle comportementale et donc de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant envers les tiers. Elle est également une condition de la responsabilité contractuelle du préposé-salarié envers son employeur. Dans ces trois cas de figure, il y a confirmation que la théorie du risque-profit a modéré le fondement fautif de la responsabilité civile sanctionnatrice maintenue comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête de ces deux agents. S'agissant de la relation salarié-employeur cela signifie que la théorie du risque-profit a été intégrée au contrat de travail. En revanche, la gravité de la faute n'est pas déterminante de l'engagement de la responsabilité civile du mandataire dirigeant envers son groupement et ses membres. La justification de ces différences tient à plusieurs facteurs : le refus d'intégrer le risque-profit à la convention de mandat qui unit le dirigeant à la collectivité des associés ou des sociétaires, la nécessité d'assurer la sanction du mauvais exercice de la fonction – accrue par le renforcement de la théorie du gouvernement d'entreprise – et enfin, l'inégalité de situation dans laquelle se trouvent employeur et groupement face aux fautes de fonction, le premier disposant d'un pouvoir disciplinaire manquant certainement au second. Enfin, le droit positif actuel a semblé peu satisfaisant lorsqu'il s'est agi de préciser le contenu de la faute sanctionnable. Tantôt le droit positif se montre-t-il peu fiable quant à la détermination du seuil de gravité de la faute à partir duquel la responsabilité civile sanctionnatrice intervient, tantôt apparaît-il injustifié. De nouveaux faits générateurs de responsabilité civile sanctionnatrice ont donc été proposés : à l'égard des tiers, la faute intentionnelle ou inexcusable du préposé, la faute intentionnelle ou lourde du mandataire dirigeant ; à l'égard du commettant, la faute intentionnelle du préposé.

De gravité de la faute, il n'est en revanche pas question lorsque la responsabilité civile est maintenue à raison du détournement ou du dépassement des prérogatives fonctionnelles. A moins qu'il faille considérer que de tels manquements correspondent *ipso facto* à des comportements inadmissibles. Cette condition de maintien de la responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant n'est en outre pas davantage universelle que la précédente : il semblerait en effet qu'elle est parfaitement sans effet sur la responsabilité contractuelle du salarié.

Il convient finalement de tirer profit de l'ensemble de ces enseignements³³⁶⁰ en envisageant les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction.

³³⁶⁰ V. tableau récapitulatif à suivre.

651. Tableau synthétique des faits générateurs de responsabilité civile des préposé et mandataire dirigeant³³⁶¹. –

		Responsabilité civile de la personne morale	Responsabilité civile du commettant	Responsabilité civile du mandataire dirigeant		Responsabilité civile du préposé	
				A l'égard des tiers	A l'égard de la personne morale	A l'égard des tiers	A l'égard du commettant
Faute de fonction	Imprudence simple	<u>OUI</u>	<u>OUI</u>	<u>NON</u>	<u>OUI</u>	<u>NON</u>	<u>NON</u>
	Faute lourde	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>OUI</u>	NON	NON
	Faute inexcusable	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>OUI</u>	OUI	NON
	Faute intentionnelle	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>OUI</u>	OUI	OUI
Faute fonctionnelle	Détournement des prérogatives fonctionnelles	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>NON</u>
	Dépassement des prérogatives fonctionnelles	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>OUI</u>	OUI	<u>NON</u>
Faute personnelle		<u>NON</u>	<u>NON</u>	<u>OUI</u>	<u>OUI</u>	<u>OUI</u>	<u>OUI</u>

³³⁶¹ Ce tableau présente à la fois les solutions certaines du droit positif (éléments soulignés) et les solutions proposées.

§ 2. Les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

652. Effets dérogatoires ? – Si au stade de ses conditions, la responsabilité civile sanctionnatrice est singulière, en est-il de même s’agissant de ses effets ? *A priori*, la responsabilité civile donne naissance à une obligation de réparation et il n’existe pas de raison de présumer une quelconque dérogation à cette règle. Cependant le fondement atypique de cette obligation de réparation (la théorie des risques anormaux de l’entreprise³³⁶²) ainsi que la logique sanctionnatrice sous-tendant cette responsabilité n’implique-t-elle pas certaines particularités quant au régime de cette obligation ?

Est-il logique, par exemple, que le préposé ou le mandataire dirigeant soit obligé à l’ensemble de la dette de réparation alors même que leur faute constitue un risque de l’entreprise (quoiqu’anormal) ?

En pratique, en matière de responsabilité civile, le rôle de l’assurance est également très remarquable. Le caractère punitif de la responsabilité civile ne s’oppose-t-il pas cependant à son intervention ?

En somme, après avoir décrit la règle de la participation à la réparation du préjudice de la victime (**A.**), il conviendra de se prononcer sur le caractère assurable des conséquences de la faute du préposé ou du mandataire dirigeant (**B.**).

A. La participation à la réparation du préjudice de la victime

653. Double modalité de participation. – A s’en tenir au régime de l’obligation de réparation issue de l’application des articles 1382 et 1383 du Code civil, le débiteur d’une telle obligation doit réparer l’intégralité du préjudice subi par la victime. Cependant l’obligation de réparation de l’agent fautif n’est pas issue de ce régime mais d’un régime hybride où le fondement fautif a été mâtiné par la théorie du risque-profit. Dès lors, les règles de participation à la réparation du préjudice de la victime ne s’en trouvent-elles pas modifiées ?

La responsabilité civile de l’agent fautif venant se cumuler à la responsabilité civile de son commettant ou de la personne morale qu’il dirige, la participation du préposé ou du mandataire dirigeant à la réparation du préjudice de la victime peut intervenir à deux stades différents : celui de l’obligation à la dette (**1.**) ou celui de la contribution à la dette (**2.**).

³³⁶² V. *supra* n°605.

1. La participation au stade de l'obligation à la dette de réparation

654. Etendue de l'obligation à la dette. – Pour certains auteurs, la gravité de la faute et le non-respect des frontières externes de la fonction de mandataire dirigeant n'appellent pas le même effet juridique : tandis que le dépassement de fonction **supprimerait** l'« effet exonératoire » de la personnalité morale³³⁶³, la gravité de la faute **réduirait** seulement cet effet³³⁶⁴. Si dans ce second cas, le mandataire dirigeant est tenu d'une obligation de réparation, il ne serait donc pas condamné à indemniser l'intégralité du préjudice de la victime.

Cette proposition peut et doit être discutée pour savoir si elle peut être retenue.

En premier lieu, si ces auteurs ont certainement adopté la même logique sanctionnatrice que la présente étude pour faire de la gravité de la faute un obstacle à l'irresponsabilité civile du mandataire dirigeant, ils justifient de cette même exclusion, à raison du dépassement de fonction par la théorie de la représentation. Or, la théorie du risque-profit a été antérieurement préférée³³⁶⁵.

Dès lors, la proposition pourrait ne pas être reçue dans l'analyse adoptée. Un argument plaide cependant en faveur du contraire : tandis que la gravité de la faute est génératrice de la responsabilité de l'agent fautif à raison de la théorie des risques anormaux de l'entreprise, les dépassements et les détournements de fonction le sont au titre tant de la logique sanctionnatrice que de la logique réparatrice. Partant, doublement exclus du régime dérogatoire de la faute de fonction, ces comportements justifieraient d'une totale exclusion de l'irresponsabilité du mandataire dirigeant alors que la gravité de leur faute ne justifieraient que d'une réduction de leur « exonération ».

Il est cependant permis de s'interroger, en second lieu, sur le maintien d'une telle distinction à raison du caractère punitif de la responsabilité civile. Si d'une part, le principe de la réparation intégrale n'est pas dénué de tout caractère punitif³³⁶⁶ et que d'autre part la peine privée n'est déclenchée qu'à raison de la gravité du comportement adopté³³⁶⁷, il serait alors logique de supprimer également et totalement l'irresponsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant à raison des fautes inadmissibles qui emportent le maintien de leur responsabilité civile.

³³⁶³ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1147 et s.

³³⁶⁴ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1215 et s.

³³⁶⁵ En outre, et corrélativement, les limites de l'irresponsabilité civile du mandataire dirigeant ne correspondent pas à celle que la présente étude a souhaité établir.

³³⁶⁶ Son caractère dissuasif est parfois invoqué (C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, n°537 et s. ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bib. de droit privé, tome 223, 1992, n°544, p.313 – Adde, J. RIVERO, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* in *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p.676 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, réf. préc., p.422), il peut être également fait état de son effet punitif. Ainsi un auteur considère-t-il que « le caractère dissuasif inhérent au principe de réparation intégrale est plus adapté [...] et suffit largement à la punition de leurs agents envers lesquels de véritables mesures de peine privée se révéleraient trop sévères » (C. COUTANT-LAPALUS, *op. cit.*, n°577).

³³⁶⁷ V. *supra* n°597.

Quoi qu'il en soit, la seule réduction de l' « effet exonératoire » conduirait à admettre que la responsabilité civile d'un agent pourrait ne pas entraîner la réparation de l'intégralité du préjudice de la victime et que l'évaluation des dommages et intérêts se ferait en fonction de la faute du responsable. Le problème provient de ce que si les juges du fond bénéficient d'un pouvoir souverain pour évaluer les dommages et intérêts³³⁶⁸, il leur est interdit d'apprécier le préjudice par rapport à la faute de l'agent responsable³³⁶⁹. Il faudrait donc les y autoriser et consécutivement, introduire l'obligation de motiver leur décision sur ce point³³⁷⁰.

Certains auteurs ont déjà noté que les principes du droit de la responsabilité civile, et plus précisément le principe de réparation intégrale, n'étaient guère appropriés, tant au droit des sociétés, qu'à la responsabilité civile du préposé.

S'agissant de la responsabilité civile des dirigeants, une obligation à réparer l'intégralité du préjudice est jugée déraisonnable³³⁷¹, notamment lorsque sa mauvaise gestion conduit à des pertes considérables³³⁷². Dans les rapports sociaux, il est ainsi proposé que le juge dispose d'un pouvoir modérateur, sur le fondement de l'article 1150 du Code civil³³⁷³. La solution ne règle cependant pas la question s'agissant de la responsabilité civile engagée par les tiers.

La même hostilité (relative) à une réparation intégrale existe s'agissant du préposé. Ainsi, certains auteurs souhaiteraient voir limité par la loi le montant de l'obligation des salariés envers leur employeur « pour ne pas leur faire traîner toute leur vie un boulet insupportable »³³⁷⁴, évoquant alors une somme proportionnelle au salaire³³⁷⁵. La proposition a été reprise plus récemment pour la réparation du préjudice du tiers et avec des nuances qui semblaient effectivement s'imposer³³⁷⁶. Ainsi, lorsque la responsabilité civile du préposé aura découlé de sa faute intentionnelle, son obligation à la réparation intégrale devra être maintenue³³⁷⁷. En revanche, lorsque la responsabilité civile aura été engagée à raison d'une autre catégorie de faute (moins grave notamment), un plafond légal pourrait être fixé³³⁷⁸. Les exemples de droit positif étranger incitent cependant toujours à limiter ce mécanisme au stade de la contribution à la dette³³⁷⁹.

³³⁶⁸ T. IVAINER, *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices*, D. 1972, p.7.

³³⁶⁹ T. IVAINER, *op.cit.*, spé. p.12.

³³⁷⁰ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 250, 1995, n°317.

³³⁷¹ P. DIDIER, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p.238, p.246.

³³⁷² R. VATINET, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p.247, n°6.

³³⁷³ R. VATINET, *op. cit.*, n°8 – En faveur de l'utilisation de l'article 1150 du Code civil pour octroyer un pouvoir modérateur au juge, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, n°319 et s.

³³⁷⁴ J. SAVATIER, *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, Dr. soc. 1995, p.651, spé. p.653-654 ;

³³⁷⁵ *Ibidem*.

³³⁷⁶ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010, n°632 et s.

³³⁷⁷ C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°632.

³³⁷⁸ C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°634 et s.

³³⁷⁹ C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°557.

Plus radicalement, lorsque la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant pourrait être engagée, et à supposer qu'un partage de responsabilité puisse finalement s'établir entre les agents fautifs et leur commettant ou la personne morale qu'ils dirigent, leur obligation de réparation pourrait bien être solidaire. Dès lors la question de l'étendue de la participation de l'agent fautif se résoudrait au stade de la contribution.

655. Obligation *in solidum*. – Alors que la loi prévoit la responsabilité solidaire des dirigeants fautifs³³⁸⁰, elle n'a pas envisagé de responsabilité solidaire entre le dirigeant et la personne morale. Elle est cependant jugée parfaitement admissible par certains auteurs³³⁸¹, est rendue plus probable encore, une fois démontré que la responsabilité civile de la personne morale est une responsabilité du fait d'autrui.

Quant au préposé, il n'a jamais été question, jusqu'ici de s'interroger sur son obligation *in solidum* puisque la responsabilité civile du commettant était conçue comme une garantie, laquelle impliquait que le seul véritable débiteur de la dette de réparation était le préposé. L'obligation *in solidum* des « coauteurs » d'un dommage est cependant la règle en droit de la responsabilité civile délictuelle³³⁸² et il n'y a pas de raison de déroger à la règle ici.

L'obligation *in solidum* n'est donc l'apanage ni de l'agent fautif ni des responsables civils que sont le commettant et la personne morale.

Il ne saurait toutefois être question d'obligation *in solidum* que si des recours sont envisageables, mais surtout s'il est admis que la dette définitive de l'agent fautif ne correspond pas à l'intégralité de l'indemnisation du préjudice de la victime. C'est ce qu'il convient de confirmer par l'examen de la participation au stade de la contribution à la dette de réparation.

2. La participation au stade de la contribution à la dette de réparation

656. Faculté de recours du commettant ou de la personne morale. – En tout premier lieu et de manière tout à fait évidente, le rétablissement de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant implique que l'obligation à la dette de réparation du commettant ou de la personne morale sur le fondement de la théorie du risque-profit correspondra au mécanisme de la responsabilité-garantie³³⁸³. Par conséquent, conformément aux règles

³³⁸⁰ Leur part contributive est ensuite déterminée par le juge (article 1850 alinéa 2 du Code civil).

³³⁸¹ En ce sens S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1274 et s.

³³⁸² Alors que la solidarité n'était pas expressément prévue par la loi dans ce cas, la jurisprudence a jugé opportun d'admettre une obligation *in solidum* (Civ., 4 décembre 1939, DC 1941, p.124, note HOLLEAUX) entre tous les responsables quel que soit le fondement de leur condamnation.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations propose d'abandonner l'obligation *in solidum* au profit de la solidarité par l'édiction d'un article 1378 disposant que « tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation ».

³³⁸³ V. *supra* n°572 et s.

relatives à la garantie, le garant dispose d'un recours contre le débiteur de l'obligation garantie. En l'espèce, cette affirmation doit néanmoins être nuancée à trois égards.

La première nuance concerne, au premier chef d'entreprise, le préposé. L'admission d'un recours de nature subrogatoire au bénéfice d'un commettant-employeur n'est pas absolument évidente dès lors que ce type de recours lui permet d'échapper au régime plus strict de responsabilité civile découlant de son action personnelle³³⁸⁴. Ainsi, alors que la chambre sociale exigeait déjà la démonstration d'une faute lourde pour l'engagement de la responsabilité contractuelle du salarié, le commettant pouvait recourir contre celui-ci sur le fondement de l'article 1382 du Code civil lorsqu'il avait indemnisé la victime. Or, avant l'arrêt *Costedoat*, cela se traduisait par la possibilité pour l'employeur d'engager la responsabilité civile du salarié en démontrant une faute simple³³⁸⁵. Cette contradiction avait conduit la doctrine à s'interroger sur la nécessité d'astreindre l'employeur à la seule action personnelle, de nature contractuelle, en accord avec le caractère d'ordre public de la règle³³⁸⁶. La jurisprudence *Costedoat* et ses suites n'ont pas rendu cette proposition obsolète mais l'ont au contraire réactualisée puisque la faute permettant aux tiers d'engager la responsabilité du préposé n'est pas celle qui engage la responsabilité contractuelle du préposé à l'égard de son employeur³³⁸⁷. La doctrine n'est cependant pas unanime sur la question puisqu'une partie des auteurs souhaiterait que le détournement des fonctions ouvre un recours intégral au commettant³³⁸⁸. La première solution doit certainement être privilégiée au nom du caractère d'ordre public de la règle sociale. S'agissant d'un véritable détournement, toutefois, la faute intentionnelle pourra sans doute être caractérisée à l'encontre du dirigeant³³⁸⁹.

La préférence pour une action personnelle n'est d'ailleurs pas ignorée du recours en contribution de la personne morale contre son dirigeant, lequel est doré et déjà admis par une partie de la doctrine³³⁹⁰. Sachant que si le groupement ne connaît pas de difficulté financière, les tiers se tourneront plus volontiers vers lui, il convient de maintenir, au nom d'une logique prophylactique, cette épée de Damoclès qu'est le recours en contribution de la personne morale³³⁹¹. Cette doctrine rejette l'action subrogatoire au profit d'un recours personnel³³⁹², ce

³³⁸⁴ Certains auteurs affirment donc que cette action subrogatoire a disparu suite à l'arrêt *Costedoat* (J. MOULY, *Droit civil et droit du travail. Une coexistence pacifique* in *Mélanges Christian LOMBOIS*, Pulin, 2004, p.359, spé. p.382).

³³⁸⁵ Civ. 1, 20 mars 1979, D. 1980, p.29, note C. LARROUMET.

³³⁸⁶ C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 282, 1997, n°338.

³³⁸⁷ Bien que la jurisprudence soit incertaine, il semble, en effet, que la Cour de cassation n'a jamais été jusqu'à exiger l'intention de nuire du préposé pour maintenir sa responsabilité civile à l'égard des tiers tandis que la chambre sociale en a fait le contenu de la faute lourde permettant l'engagement de la responsabilité civile envers l'employeur.

³³⁸⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n°812-3.

³³⁸⁹ V. *supra* n°649.

³³⁹⁰ En faveur : A. REYGRABELLET, *La gouvernance des sociétés anonymes en Europe – l'exemple du régime de la responsabilité des dirigeants*, in *La gouvernance dans les sociétés anonymes : un bouclier pour les dirigeants ?*, RLDA 2009, suppl. au n°41, p.10.

³³⁹¹ En ce sens, S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1285

qui, en présence d'une faute génératrice de responsabilité civile envers les tiers, ne change rien³³⁹³.

La deuxième cause de nuance réside dans les spécificités du recours subrogatoire du tiers payeur qu'est l'assureur³³⁹⁴. Ainsi, l'article L. 121-12 alinéa 3 du Code des assurances limite le recours de l'assureur du commettant contre les préposés à leur « malveillance ». *A priori* la malveillance suppose seulement l'intention de réaliser « un dommage à celui qui en a été effectivement victime »³³⁹⁵. Pourtant l'Assemblée plénière a décidé que cette malveillance doit être exercée contre l'assuré lui-même et non contre le tiers-victime³³⁹⁶, dans une affaire où la personne immunisée était le fils de l'assuré. Cette solution ne fait pas l'unanimité en doctrine, certains auteurs pensant qu'elle consacre davantage une immunité familiale qu'une interprétation correcte de l'alinéa 3 de l'article L. 121-12 du Code des assurances³³⁹⁷. D'autres auteurs constatent qu'une telle jurisprudence aboutit en pratique à priver l'assureur du bénéfice de l'exception de malveillance³³⁹⁸. Il aurait sans doute été plus orthodoxe d'autoriser le recours pour la seule faute intentionnelle³³⁹⁹.

La faute intentionnelle du préposé étant en effet couverte par l'assureur du commettant³⁴⁰⁰, ce tiers-payeur pourrait alors agir par subrogation contre le préposé, d'autant plus logiquement que la faute intentionnelle est un fait générateur de la responsabilité civile du préposé envers les tiers et envers son employeur.

La troisième cause de nuance au recours subrogatoire repose sur une interrogation : compte tenu du maintien du lien fonctionnel, le commettant ou la personne morale doivent-ils pouvoir recourir pour le tout ? Ainsi, une partie de la doctrine, s'étant exprimée sur ce point à propos du préposé, en a déduit que le recours intégral serait « inique »³⁴⁰¹. Or, si la cause de ce régime dérogatoire tient bien à la situation fonctionnelle, le propos devrait également être applicable au mandataire dirigeant.

³³⁹² S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1280.

³³⁹³ L'auteur n'évoque le recours en contribution de la personne morale qu'en présence d'une faute suffisamment grave pour maintenir la responsabilité civile du dirigeant. Or, ces fautes seraient génératrices de responsabilité civile que l'action soit personnelle ou subrogatoire.

³³⁹⁴ L'Académie des sciences morales et politiques a proposé l'édiction d'une disposition générale à ce propos. L'article 61 prévoit que « les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par le tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable que dans les cas prévus par la loi. Hors ces cas, aucun versement effectué au profit de la victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à un recours du tiers payeur contre le responsable » (P. REMY-CORLAY, *De la réparation in Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.191).

³³⁹⁵ Civ. 1, 5 janvier 1970, D. 1970, p.185, note G.C.M. ; JCP 1970, II, 16265, note R. LINDON.

³³⁹⁶ AP, 13 novembre 1987, Gaz. Pal. 17 février 1988, p.3, note H. MARGEAT et J. LANDEL (intervention faisant suite à Civ. 1, 6 mars 1985, D. 1986, p.29, note C.-J. BERR et H. GROUDEL).

³³⁹⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2011, n°610.

³³⁹⁸ H. GROUDEL *et alii*, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. Traités, 2008, n°1660.

³³⁹⁹ *Contra*, G. C.-M. sous Civ.1, 5 janvier 1970, D. 1970, p.185.

³⁴⁰⁰ Article L. 121-2 du Code des assurances. – V. *infra* n°660.

³⁴⁰¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°812-3.

La proposition n'est toutefois pas conforme au droit positif relatif aux recours entre coresponsables. En effet, tandis que la Cour de cassation s'est exprimée en faveur d'un certain assouplissement des règles de contribution à la dette, semblant abandonner l'exigence d'une stricte proportion à raison de la gravité de la faute commise³⁴⁰², elle refuse toujours le recours d'un responsable fautif contre un responsable non fautif³⁴⁰³. Les règles actuelles conduiraient donc le préposé³⁴⁰⁴ ou le mandataire dirigeant à supporter seuls la charge définitive de la dette de réparation.

Adopter un tel partage de responsabilité permettrait assurément d'inciter le commettant et les membres d'un groupement à une plus grande vigilance quant à la conduite de l'activité de leur entreprise. La doctrine note ainsi que le commettant peut soit avoir été l'instigateur de la faute intentionnelle du préposé³⁴⁰⁵ soit l'avoir tolérée³⁴⁰⁶. A l'évidence, le commettant a alors commis une faute permettant de laisser à sa charge une partie de la dette de réparation. La démonstration d'une telle faute du commettant ou d'un dysfonctionnement de la personne morale peut cependant poser des problèmes probatoires.

Quoi qu'il en soit, si cette proposition était légalement retenue, elle devrait également avoir des conséquences sur l'impossibilité pour le chargé de fonction d'appeler en garantie le bénéficiaire de la fonction.

657. Impossibilité d'un appel en garantie par le préposé ou le dirigeant. – Suivant cette logique de partage de la dette de réparation, les auteurs proposent que le préposé dispose également d'un recours (ou d'un appel en garantie)³⁴⁰⁷ pour une contribution équitable à l'indemnisation de la victime³⁴⁰⁸, dans l'hypothèse où cette dernière n'aurait pas actionné le commettant. A l'inverse certains auteurs se sont clairement prononcés en défaveur du recours du dirigeant contre la personne morale lorsque l'action en responsabilité dirigée contre lui a été rendue possible par la gravité de sa faute³⁴⁰⁹.

Admettre un tel appel en garantie pose deux problèmes majeurs. En premier lieu, il semble peut cohérent avec la règle « *nemo auditur* »³⁴¹⁰, étant entendu que le préposé ou le mandataire dirigeant sont poursuivis à raison d'une faute constitutive d'un risque anormal de l'entreprise. En second lieu, ce serait peut-être revenir sur la qualification même de garantie³⁴¹¹.

³⁴⁰² Civ. 6 mars 1968, D. 1968, somm. p.90 – Com. 6 mars 1984, B. n°92 : « Mais attendu que les juges du fond [...] fixent, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, la proportion dans laquelle chacun est tenu à assurer réparation à l'autre de ses fautes ».

³⁴⁰³ C.COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, , n°489.

³⁴⁰⁴ Soc. 28 avril 1964, B. n°350 – Civ. 2, 6 février 1974, B. n°53 – Civ. 2, 28 octobre 1987, B. n°214.

³⁴⁰⁵ P. BRUN, arrêt *Costedoat*, AP 25 février 2000, D. 2000, p.673, spé. n°22.

³⁴⁰⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁴⁰⁷ B. PUIILL, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif ?*, JCP 1996, I, 3939, spé. n°15.

³⁴⁰⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n°812-3.

³⁴⁰⁹ S. MESSAÏ-BAHRI, *op. cit.*, n°1272.

³⁴¹⁰ A propos de cette règle : P. LE TOURNEAU, *La règle Nemo auditor...*, LGDJ, coll. Bib.de droit privé, t. 108, 1970.

³⁴¹¹ V. *supra* n°580.

Pour échapper à cette impasse, il faut admettre qu'une partie de l'engagement du bénéficiaire de la fonction relève de sa responsabilité personnelle tandis qu'une autre partie tient à un mécanisme de garantie, le caractère solidaire de l'obligation de réparation du bénéficiaire de la fonction permettant à la victime de l'actionner pour le tout ; à charge pour le juge, au stade de la contribution à la dette, de répartir celle-ci.

Le régime de la faute de fonction ainsi établi ne paraît finalement pas totalement sacrifier les droits des victimes. Un tel constat serait d'autant plus vérifiable que la faute du préposé ou du mandataire dirigeant pourrait être assurée.

B. Le caractère assurable de la réparation

658. Deux problématiques. – La question de l'assurance suscite deux problématiques différentes : la première est celle de savoir si l'assurance du préposé (rare mais possible pour certaines professions) ou du dirigeant (guère plus courante) pourrait couvrir leur responsabilité civile sanctionnatrice ; la seconde est celle de savoir si l'assurance souscrite par le commettant ou la personne morale peut également prendre en charge cette responsabilité.

659. Responsabilité civile sanctionnatrice et assurance souscrite par le préposé ou le mandataire dirigeant. – Le préposé et mandataire dirigeant peuvent-ils s'assurer pour leurs fautes fonctionnelles³⁴¹² ? Le droit positif apporte une indication et un élément de réponse à cette question. D'abord, la Cour de cassation semble exclure le jeu de l'assurance lorsque la condamnation pécuniaire est punitive. La jurisprudence relative à l'astreinte n'était pas catégorique lorsqu'elle admettait que l'astreinte ne devait pas être assurée parce qu'elle ne faisait pas partie des risques couverts par la police d'assurance³⁴¹³. Cette jurisprudence a évolué, l'inassurabilité de l'astreinte étant maintenant fondée sur la nature de l'astreinte, « mesure de contrainte à caractère personnel »³⁴¹⁴. Elle rejoint donc l'amende au registre des condamnations pécuniaires non assurables. Si la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant est bien une mesure sanctionnatrice, elle ne devrait donc pas donner lieu au jeu de l'assurance³⁴¹⁵. C'est ainsi que sera rétablie la nécessaire fonction dissuasive de la responsabilité civile³⁴¹⁶ visant à empêcher l'instauration d'une véritable immunité au profit des

³⁴¹² Ce sont celles qui, sans être dépourvues de tout lien avec la fonction, en sont détachées ou détachables.

³⁴¹³ Com. 5 mars 1974, B. n°80 – Civ. 1, 20 mars 1989, B. n°122 – A propos des difficultés d'interprétation de ces arrêts, A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 442, 2005., n°109.

³⁴¹⁴ Civ. 3, 24 février 1999, B. n°671 – Civ. 1, 3 avril 2002, B. n°104 ; RTD civ. 2003, p.144, obs. R. PERROT – Civ. 2, 20 avril 2002, B. n°83, RTD civ. 2003, p.144, obs. R. PERROT.

³⁴¹⁵ En ce sens, à propos des peines privées, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 250, 1995, n°326 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, *Bib. de droit privé*, t. 442, 2005, n°110 ; S. PIEDELIEVRE, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?* in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e s. Bilan prospectif*, RCA 2001, juin 2001, HS n°6 bis, n°13, n°12.

³⁴¹⁶ A son propos, V. notamment, A. JAULT, *op. cit.*, n°95 et .

préposé et mandataire dirigeant, lesquels pourraient en tirer prétexte pour manquer de vigilance et/ou d'honnêteté.

Cela étant dit, la problématique ressemble alors à s'y méprendre à celle qui secoue la matière de la responsabilité civile depuis l'apparition de l'assurance. A cette problématique, le droit des assurances propose une solution *a minima*. L'article L. 113-1 du Code des assurances prévoit en effet que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ainsi, les dommages et intérêts dus par le préposé ou le mandataire dirigeant pourraient être couverts par leur assurance à concurrence de leur faute intentionnelle. La sanction des autres fautes réside alors dans la probabilité de voir leur frais de couverture augmenter. Le droit des assurances n'est cependant pas satisfaisant en ce qu'il définit très rigoureusement la faute intentionnelle comme « la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu »³⁴¹⁷. La jurisprudence ne se contente donc pas d'un dol indéterminé³⁴¹⁸ et prend en compte *l'abberatio ictus* pour exclure le jeu de l'assurance³⁴¹⁹. Cela pourrait se comprendre si le simple enjeu de cette règle était la qualification de l'événement aléatoire, le dommage non souhaité par la volonté tendu vers un autre dommage correspondant alors à un imprévu. Il faudrait cependant également lire cette règle comme permettant que les conséquences pécuniaires des fautes les plus graves soient imputées au seul patrimoine du fautif. Partant, la seule volonté de causer un dommage devrait suffire³⁴²⁰.

En somme, seules les fautes intentionnelles du préposé et du mandataire dirigeant devraient ne pas être assurables. Certaines de leurs fautes détachables, soit à raison de leur gravité³⁴²¹ soit à raison du non-respect de leurs prérogatives personnelles, pourront donc être assurées³⁴²².

Pourront-elles également être couvertes par l'assurance souscrite par le commettant ou la personne morale ?

660. Responsabilité civile sanctionnatrice et assurance souscrite par le commettant. –

En vertu de l'article L.121-2 du Code des assurances, « l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, **quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes** ». Par conséquent, la seule police d'assurance « responsabilité civile » du commettant permet que l'ensemble des fautes commises par son préposé soient prises en

³⁴¹⁷ Crim. 13 novembre 1986, JCP 1987, IV, 25 – Récemment, Civ. 2, 18 mars 2004, B. n°130 – Civ. 2, 23 septembre 2004, B. n°410.

³⁴¹⁸ Il faut la volonté de causer « l'intégralité du dommage » : Civ. 2, 9 juillet 1997, RCA 1997, comm. 353.

³⁴¹⁹ A propos d'un coup de couteau, Civ. 1, 10 décembre 1991, RCA 1992, comm. 109.

³⁴²⁰ L'intérêt des victimes participe également de cette jurisprudence, qui leur permet de bénéficier de l'assurance du fautif et donc d'une garantie de solvabilité.

³⁴²¹ Il s'agira de la faute inexcusable du préposé et de la faute lourde du dirigeant (V. *supra* n°638 et 641).

³⁴²² La définition actuelle de la faute séparable des fonctions du dirigeant conduit à des opinions contraires au sein de la doctrine. Ainsi, tandis que certains affirment l'impossibilité de la mise en œuvre de l'assurance (S. MESSAÏ-BARHI, *op. cit.*, n°1232) d'autres ont la certitude que l'assurance pourra jouer (J. MONNET, *Assurance et faute séparable des fonctions du dirigeant de société*, Dr. sociétés 2007, n°10). Là encore c'est l'approximation entourant la définition de la faute intentionnelle qui crée une telle divergence.

charge par le tiers payeur, même si la faute commise est susceptible de maintenir la responsabilité civile du préposé à titre de sanction³⁴²³. Lorsque cette faute constituera une malveillance, l'assureur disposera alors d'un recours subrogatoire contre le préposé³⁴²⁴.

661. Responsabilité civile sanctionnatrice et assurance souscrite par la personne morale. – Il n'est pas rare que la personne morale ait souscrit une police d'assurance de type « responsabilité civile exploitation ». Une telle police couvre les dommages corporels, matériels et immatériels causés aux tiers au cours de l'exploitation de l'entreprise, du fait de ses activités, des personnes dont il répond, de ses biens ou de ses engagements. Sont ainsi assurés tant la personne morale souscriptrice que ses représentants légaux dans l'exercice de leurs fonctions³⁴²⁵. Dès lors les dommages causés par une faute de fonction au sens strict sont certainement assurés par une telle police. Cependant des doutes sont soulevés quant à la possibilité que cette police couvre cette responsabilité lorsqu'elle résulte non pas de l'exercice de ses activités de production de biens ou de prestation de services mais du fonctionnement et de la gestion de la structure sociétaire³⁴²⁶. La situation devrait être résiduelle s'agissant de la responsabilité civile de la société à l'égard des tiers.

En revanche, il n'est pas rare que la convention prévoie l'exclusion de la garantie pour la « responsabilité personnelle des dirigeants de sociétés pour les faits autres que ceux imputables à la personne morale dont ils sont dirigeants »³⁴²⁷. Dès lors les fautes fonctionnelles du mandataire dirigeant ne sont pas de celles que garantit l'assureur au titre de la « responsabilité civile exploitation ».

A supposer même que la police d'assurance n'ait pas prévu cette exclusion, persisterait celle des fautes intentionnelles du mandataire dirigeant, le caractère intentionnel de la faute de la personne morale assurée résidant selon la jurisprudence dans le comportement de son dirigeant³⁴²⁸. Les conséquences pécuniaires de telles fautes grèveront donc le patrimoine de la personne morale si le tiers victime s'adresse prioritairement à celle-ci. La situation pourrait

³⁴²³ Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202 (agression sexuelle).

³⁴²⁴ V. *supra* n°659 à propos de la définition actuelle de la malveillance, et de ses limites.

³⁴²⁵ Sont également assurés ses préposés.

³⁴²⁶ A. CONSTANTIN, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RJDA 7/03, p.595, n°13.

³⁴²⁷ Par exemple les conventions « Responsabilité civile des PME et PMI » et « Responsabilité civile entreprises artisanales et commerciales » de la compagnie AVIVA.

³⁴²⁸ Civ. 1, 6 avril 2004, RGDA 2004, p.372, note J. KULLMANN. Même si cette solution est clairement fondée sur l'identité de l'état d'esprit de l'organe et de celui de la personne morale – et donc à ce titre critiquable, V. *supra* n°61 –, elle est difficilement remplaçable. Rejeter une telle solution reviendrait à n'admettre aucune exclusion à raison d'une faute intentionnelle lorsque l'assuré est une personne morale.

En outre la chambre criminelle adopte une conception très « pénaliste » de la faute intentionnelle considérant que les dommages résultant d'une infraction intentionnelle sont nécessairement soustraits de la couverture de l'assurance (Crim. 6 juin 1990, B. n°226 – Crim. 8 août 1990 : B. n°220). Or, certaines infractions intentionnelles ne supposent pas la volonté du dommage, ce qui est en contradiction avec le droit des assurances qu'elle est pourtant censée appliquer alors. Elle prétend à l'inverse appliquer la règle de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (Déc. préc. – *Contra*, Civ. 1, 6 avril 2004, réf. préc.). – V. cependant, D. REBUT, *De la prétendue autorité de chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle*, RCA 1997, chron. 12.

s'avérer bénéfique à l'éthique du droit des affaires³⁴²⁹ si elle pouvait inciter les recours subrogatoires de la personne morale, ou à développer le droit disciplinaire au sein des personnes morales de droit privé³⁴³⁰. Cette évolution n'est cependant pas la plus probable compte tenu de l'émergence de plus en plus fréquente d'une police d'assurance souscrite par la personne morale pour couvrir la responsabilité personnelle de leurs dirigeants.

662. Responsabilité civile sanctionnatrice et assurance souscrite par la personne morale pour le compte de son dirigeant. – Importées des Etats-Unis, qui en connaissent depuis une soixantaine d'années, de nouvelles polices d'assurances tendent aujourd'hui à s'ancrer dans le paysage français du droit des assurances : les assurances de responsabilité civile du « management »³⁴³¹ ou « D & O »³⁴³². Souscrite par la personne morale, elle a pour objet d'offrir une couverture pour la responsabilité personnelle de ses dirigeants.

Dès lors, une telle convention souvent conclue à l'initiative des dirigeants eux-mêmes peut paraître suspecte. La doctrine ne manque pas d'évoquer à son propos le spectre de l'abus de biens sociaux, même pour l'écarter. Il n'est pas exclu, en effet, que le paiement par la personne morale des primes d'assurances la prémunisse ensuite de l'impossibilité de reconstituer un actif social compromis par la faute de gestion de l'un de ses dirigeants, faute de solvabilité suffisante de ceux-ci³⁴³³. Dès lors, même si la souscription d'une telle assurance est sans doute également bénéfique au dirigeant, elle n'est pas contraire à l'intérêt social³⁴³⁴. Peut-être faudrait-il en revanche respecter la procédure des conventions réglementées prévues dans certaines sociétés³⁴³⁵.

En tant que garanties de la responsabilité personnelle des dirigeants, ces conventions ont certainement pour objet de couvrir les condamnations pécuniaires résultant de la commission d'une faute génératrice de sanction civile³⁴³⁶.

Cette assurance pourrait même garantir le préjudice social directement causé par la faute du dirigeant ou indirectement causé par l'indemnisation du préjudice d'un tiers. Seul l'examen de la convention d'assurance permettra cependant de l'affirmer³⁴³⁷. En revanche, c'est avec

³⁴²⁹ V. également la place de la logique de « responsabilisation », *supra* n°575.

³⁴³⁰ V. *supra* n°626.

³⁴³¹ C. FREYRIA, *L'assurance de responsabilité civile de « management »*, D. 1995, p.120.

³⁴³² Directors and Officers Liability Insurance.

³⁴³³ C. FREYRIA, *op. cit.*, p.121.

³⁴³⁴ V. les autres arguments énoncés par A. CONSTANTIN, *op. cit.*, n°26-27.

En revanche pour certains auteurs, les hausses de primes consécutives aux agissements fautifs du dirigeant devraient en revanche n'échoir qu'à ce dirigeant, sous peine de qualifier l'abus de biens sociaux (F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003 p.25). L'avis n'est pas toujours partagé (A. CONSTANTIN, *op. cit.*, note de bas de page n°69 sous n°12). – En faveur de la prise en charge des frais d'assurance par la société, V. également : A. REYGROBELLET, *op. cit.*

³⁴³⁵ SARL (article L. 223-19 du Code de commerce), SA (article L. 225-38 du Code de commerce), SCA (article L. 226-10 du Code de commerce), SAS (article L. 227-10 du Code de commerce).

³⁴³⁶ En ce sens, A. CONSTANTIN, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RJDA 7/03, p.595, spé. n°13 qui l'exprime à l'égard de la faute détachable des fonctions.

³⁴³⁷ Certains auteurs pensent que dans le silence de la convention, les règles légales de la stipulation pour autrui doivent s'appliquer de sorte que le souscripteur (la personne morale) devrait bénéficier de la garantie (A.

certitude que cette police couvrira la responsabilité du dirigeant à l'égard d'un associé, ce dernier pris individuellement n'étant pas le souscripteur de l'assurance. Toutefois, certaines de ces fautes seront exclues des risques assurables.

C'est le cas, en premier lieu, des fautes intentionnelles du dirigeant. L'article L. 113-1 du Code des assurances excluant la garantie des fautes intentionnelle ou dolosive de l'assuré³⁴³⁸. Pourtant, une partie de la doctrine considère que la faute intentionnelle devrait, en vertu de l'articulation des articles L. 112-1³⁴³⁹ et L. 121-2³⁴⁴⁰ du Code des assurances³⁴⁴¹, être couverte par cette assurance si elle est non détachable des fonctions. La proposition doit être rejetée dès lors qu'il est sans doute plus raisonnable de retenir comme seuil de détachement de la faute, la commission d'une faute lourde³⁴⁴². Cette suggestion impliquerait donc que la faute intentionnelle soit nécessairement détachable des fonctions et qu'elle ne soit pas assurable. La solution est certes moins profitable aux tiers³⁴⁴³ mais elle paraît plus cohérente avec le droit des assurances. Finalement, admettre au sein de la catégorie des fautes détachables des fonctions, des fautes qui pourraient ne pas être intentionnelles, conduit donc à rendre à ce type de police d'assurance toute leur utilité³⁴⁴⁴.

D'autres fautes sont toutefois susceptibles d'être conventionnellement écartées des risques assurables. Ainsi en est-il parfois des fautes commises alors que l'assuré recherchait un profit, une rémunération ou un avantage personnel auquel il n'avait légalement pas droit³⁴⁴⁵, ce qui peut recouvrir une faute commise lors d'un détournement de fonction. En revanche, certaines polices d'assurance n'excluent pas de la garantie les dépassements de pouvoirs, notamment la transgression des statuts³⁴⁴⁶.

En somme, la plupart des fautes génératrices de responsabilité civile sanctionnatrice du mandataire dirigeant seront couvertes par une telle police d'assurance. Cet état de droit n'est pas sans indigner certains parlementaires ayant déposé une proposition de loi visant à introduire dans le Code de commerce la disposition suivante : « Toute assurance en

CONSTANTIN, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., p.603).

³⁴³⁸ Cette disposition s'applique à l'assuré pour compte (Civ. 1, 15 décembre 1998, RJDA 1999, p.292, note J. KULLMANN).

³⁴³⁹ Cet article permet à la personne morale de faire jouer à son profit l'assurance de responsabilité qu'elle a souscrite pour le compte de ses dirigeants.

³⁴⁴⁰ Cet article énonce que « l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes ».

³⁴⁴¹ A. CONSTANTIN, *op. cit.*, n°23.

³⁴⁴² V. *supra* n°641.

³⁴⁴³ Ceux-là bénéficieront en revanche de la « responsabilité-garantie » de la personne morale (V. *supra* n°572).

³⁴⁴⁴ A. CONSTANTIN, *Quelles préventions ? Quelles couvertures du risque ?* in *La gouvernance dans les sociétés anonymes : un bouclier pour les dirigeants ?* RLDA 2009, suppl. au n°41, p.26.

³⁴⁴⁵ A. CONSTANTIN, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, réf. préc., n°24.

³⁴⁴⁶ C. FREYRIA, *op. cit.*, p.124.

responsabilité civile, souscrite ou payée par la société afin de couvrir la responsabilité civile des administrateurs ou du directeur général, est nulle et ne peut avoir aucun effet. Toute disposition contraire est réputée non écrite »³⁴⁴⁷. Partageant l'avis de certains auteurs, il faut, au contraire, dire qu'« une solution si radicale n'est guère souhaitable, sauf à vouloir privilégier par trop la sanction au détriment de l'indemnisation »³⁴⁴⁸. L'assurance n'est en outre pas synonyme d'impunité : les contrats d'assurance prévoient généralement des franchises restant à la charge du dirigeant³⁴⁴⁹ et des mises en cause récurrentes du dirigeant peuvent conduire à augmenter les primes d'assurance au point de déclencher sa révocation.

663. Conclusion de la section 2. – A ce stade des développements consacrés à la mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction, il est possible de répondre, aux interrogations qu'elle avait suscitées³⁴⁵⁰.

Premièrement, le régime de responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant applicable lorsque l'action est exercée par un tiers n'est pas resté absolument uniforme mais il est très fortement convergent tant en ce qui concerne ses conditions que ses effets.

Ainsi, le tiers pourra arguer, tant à l'encontre de l'un qu'à l'encontre de l'autre, du non-respect de ses prérogatives fonctionnelles, lorsque, fautif, il lui aura causé un préjudice. Il pourra également agir contre eux lorsque leur faute sera suffisamment grave, et alors même qu'elle n'aurait pas été commise en dehors des frontières de la fonction. Toutefois, et afin de tenir compte de la particularité de la fonction de direction par rapport à celle d'exécution, le mandataire dirigeant devrait engager sa responsabilité civile à raison de fautes moins graves que le préposé. D'uniformité, il n'est plus question, en revanche, lorsque l'action en responsabilité civile est exercée par l'employeur ou par le groupement et ses membres. Les conditions de fond de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant diffèrent alors non seulement de celles qui sont applicables aux tiers mais également entre elles. De ceci résulte que le mandataire dirigeant engage sa responsabilité civile à l'égard du groupement et de ses membres pour toute faute, tandis que le salarié n'engage sa responsabilité contractuelle envers son employeur que pour des fautes extrêmement graves.

L'engagement de la responsabilité civile du préposé et du mandataire dirigeant conduit par ailleurs aux mêmes effets, consistant en la participation à la réparation du préjudice de la victime, laquelle pourra intervenir tant au stade de l'obligation à la dette, qu'au stade possible

³⁴⁴⁷ Proposition de loi n°1304 du 17 décembre 2003 « relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées ».

³⁴⁴⁸ P.-G. MARLY, *La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants*, JCP E 2006, n°1490, spé. n°5. – Adde, J. KULLMANN, *L'assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes*, Risques, Les cahiers de l'assurance, 2006, n°68.

³⁴⁴⁹ Ces dernières sont jugées indispensables à la fonction préventive de la responsabilité civile. Leur montant peut être très élevé. – Sur ces points, V. J. REDENIUS-HOEVERMANN., *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 517, 2010, n°582 et s.

³⁴⁵⁰ V. *supra*, n°611.

de la contribution à la dette. Cette participation peut toutefois être couverte par l'assurance souscrite par le préposé ou le mandataire dirigeant lui-même, ou par le commettant ou la personne morale pour le compte de leur préposé ou dirigeant. Seule la faute intentionnelle est légalement exclue du champ de la garantie de l'assurance, encore que si celle-ci est l'œuvre d'un préposé, l'assurance du commettant doit légalement la prendre en charge.

Deuxièmement, certaines solutions du droit positif sont apparues insatisfaisantes. Ainsi, le seuil de gravité de la faute de fonction pouvant engager la responsabilité civile du préposé ou du mandataire dirigeant a été repensé en partie. Il a été suggéré que la faute devra être imputée au mandataire dirigeant dès lors qu'elle atteindra le seuil de la faute lourde, tandis qu'elle sera imputée au préposé lorsqu'elle sera inexcusable. Consécutivement ces deux agents engageront également leur responsabilité civile lorsqu'ils commettront une faute intentionnelle. En outre, l'ouverture de l'action en responsabilité civile par les tiers, pour le non-respect des prérogatives fonctionnelles, a été fermement proposée comme une orientation à suivre par le droit positif. De même, alors qu'il n'est pas nécessaire d'opérer un choix pour le recours de la personne morale contre son dirigeant, entre l'action subrogatoire et l'action personnelle, puisque toutes deux aboutiront aux mêmes résultats, il a paru nécessaire de n'admettre le recours du commettant que s'il est fondé sur son action personnelle. Celle-ci est en effet soumise à des conditions plus strictes et d'ordre public.

Dès lors, et troisièmement, le régime de la faute de fonction reste incontestablement dérogoratoire au droit commun, même si la logique sanctionnatrice a considérablement limité l'ampleur de cette dérogation. A moins que le caractère dérogoratoire du régime de la faute de fonction resurgisse là où il n'était pas attendu : dans l'étendue de la participation à la réparation du préjudice du tiers victime. La logique sanctionnatrice est-elle à même de justifier que l'intégralité du préjudice causé soit mis à la charge du préposé ou du mandataire dirigeant, ou les dommages et intérêts doivent-ils être répartis, à raison du maintien d'un lien fonctionnel, entre l'agent fautif et l'autre responsable civil ? Dans ce dernier cas, faut-il imposer des règles de répartition ou convient-il de laisser cette question à l'appréciation des juges du fond ? Ces questions, relevant certainement d'un choix purement politique, n'ont pas été définitivement tranchées.

664. Conclusion du chapitre 1. – Constituant le second aspect de la responsabilité civile, la logique sanctionnatrice parachève le régime de la faute de fonction plus qu'elle ne le contrarie. L'admission du principe d'une responsabilité civile punitive du préposé et du dirigeant – tant lorsqu'elle est demandée par le tiers victime que lorsqu'elle découle de l'action du commettant, du groupement ou de ses membres – semble peu propice au maintien du régime issu de la logique réparatrice. En effet la confrontation entre le fondement fautif, inhérent à la logique sanctionnatrice, et le fondement de la théorie du risque-profit, attaché à la logique réparatrice, pourrait se révéler stérile tant les deux fondements paraissent inconciliables. Pourtant, il apparaît possible de les concilier par des concessions réciproques. Ainsi la théorie du risque-profit mâtine les rigueurs du fondement fautif pour donner naissance au fondement des risques anormaux de l'entreprise sur lequel le régime de la responsabilité civile punitive peut s'appuyer.

Il en résulte une mise en œuvre facilitée de la responsabilité civile sanctionnatrice du préposé et du dirigeant. Au-delà des exigences classiques d'un dommage et d'un lien causal entre ce dommage et le fait générateur, la responsabilité civile sanctionnatrice résulte logiquement de la volonté de maintenir l'imputation naturelle, donc comportementale de ce fait générateur à son auteur. Or, lorsque l'action en responsabilité civile est exercée par le tiers, cette imputation comportementale est subordonnée à une condition alternative : soit la faute du préposé ou du dirigeant est d'une particulière gravité, soit elle a été commise alors que l'agent agissait sans respecter les limites de ses prérogatives fonctionnelles. La responsabilité civile sanctionnatrice émanant de l'action du bénéficiaire de la fonction échappe cependant à ce constat lorsqu'il dispose de pouvoirs disciplinaires. L'employeur ne pourra réclamer la condamnation pécuniaire de son salarié que pour les fautes les plus graves. Parce que ces pouvoirs disciplinaires sont quasi-inexistants dans les groupements de droit privé – notamment les sociétés –, la responsabilité civile y tient un rôle prépondérant et reste conditionnée par la seule faute de gestion du dirigeant. En somme, la théorie du risque-profit n'est intégrée aux conventions liant le fautif au responsable civil que lorsque ces dernières sont à l'origine d'un droit disciplinaire. Intégrée au contrat de travail, elle est en revanche exclue du contrat de mandat social.

Les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice sont ensuite assez classiques. Il s'agit d'abord et principalement de la participation à la réparation du préjudice de la victime par le préposé ou le mandataire dirigeant. Le terme de participation a été volontairement choisi comme renvoyant à deux problématiques non résolues : celle de la modulation des dommages et intérêts dus à raison de la gravité et/ou de la nature de la faute, et celle d'un partage de responsabilité entre l'agent fautif et le responsable du fait d'autrui à raison du maintien d'un lien fonctionnel même ténu. Cette participation peut en outre intervenir soit au stade de l'obligation à la dette, soit à celui de la contribution à la dette.

Quoi qu'il en soit, cette participation bénéficie de la couverture de l'assurance souscrite par le préposé ou le dirigeant lui-même, par celle du commettant, enfin par celle que la personne

morale peut souscrire pour le compte de son dirigeant. Le recours à l'assurance « responsabilité civile exploitation » de la personne morale est au contraire impossible en présence d'une faute fonctionnelle. Elle n'est utile que pour les fautes de fonction au sens strict, seulement imputées à la personne morale.

En définitive, le régime de la faute de fonction est donc un régime mixte procédant d'une conciliation fragile mais nécessaire entre la logique réparatrice et la logique sanctionnatrice de la responsabilité civile. A cet égard, chacune de ces logiques compose avec les impératifs de l'autre. Il devient donc légitime voire nécessaire de se demander si cette conciliation n'est possible que parce qu'elle intervient au sein d'un même régime – celui de la responsabilité civile – ou si elle peut s'étendre à un plus grand ensemble qui serait le droit de la responsabilité. Autrement dit, il convient de se demander si la logique sanctionnatrice du droit pénal pourrait également concéder à la logique réparatrice de la responsabilité civile. C'est alors aborder la problématique de la sanction pénale de la faute de fonction.

CHAPITRE 2.

La sanction pénale de la faute de fonction

665. Intérêt de l'étude de la sanction pénale de la faute de fonction. – Le régime dérogatoire de la faute de fonction s'est justifié dans une matière fonctionnellement mixte, la responsabilité civile. Celle-ci est en effet légitimement à même de remplir deux fonctions : une fonction réparatrice et une fonction sanctionnatrice. C'est pourquoi elle est le lieu d'une conciliation entre les principes de justice commutative et ceux de la justice distributive. Existe-t-il également un régime dérogatoire de la faute de fonction dans une matière exclusivement sanctionnatrice ? La jurisprudence semble avoir donné un embryon de réponse en rejetant l'exigence d'une faute détachable des fonctions alors qu'il était question d'une sanction prononcée par la COB³⁴⁵¹.

Pourtant, cette solution ne met pas fin à l'intérêt de l'étude de la sanction pénale de la faute de fonction et ce, pour trois raisons. Premièrement, la solution n'a pas été rendue par une juridiction pénale, par application des règles de droit pénal. De la sorte, si un raisonnement analogique est possible, il ne dispense pas d'en vérifier l'exactitude. Deuxièmement, le droit pénal a vu apparaître des « nouvelles responsabilités » dont le régime semble très éloigné du droit commun : la responsabilité du chef d'entreprise et la responsabilité de la personne morale. Or, ces responsabilités ne sont pas sans rappeler la responsabilité civile du commettant et la responsabilité civile de la personne morale. S'agit-il alors de l'exportation pure et simple du régime de la faute de fonction en droit pénal ? Troisièmement, l'étude de la sanction pénale de la faute de fonction ne doit pas se limiter à la seule question de l'imputation mais s'étendre à d'autres conditions de la sanction pénale.

666. Conditions de la sanction pénale. – Ainsi abordée la question renvoie à celle de l'identification des conditions de la responsabilité pénale. Parce que ce sujet est loin d'être consensuel, il convient d'exposer la conception de la responsabilité pénale qui sera retenue. Souhaitant faciliter le rapprochement des responsabilités civile et pénale³⁴⁵², il paraît nécessaire de distinguer le fait générateur de responsabilité des autres conditions de la responsabilité et notamment de la notion d'imputation³⁴⁵³. Responsabilité civile et

³⁴⁵¹ Com. 31 mars 2004, Dr. sociétés 2004, n°131, obs. T. BONNEAU ; JCP E 2004, 1510, n°4, obs J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; Bull. Joly 2004, § 197, note G. AUZERO.

³⁴⁵² L'étude des points communs de ces deux matières pourrait utilement faire l'objet d'une étude spécifique analogue à celle qui fut menée à propos des responsabilités civiles et administratives.

³⁴⁵³ Une partie de la doctrine considère que le concept d'infraction absorbe l'ensemble des conditions de la responsabilité pénale (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2004, n°301 et s.). L'imputation telle qu'elle a été retenue précédemment (*supra* n°534 et s.) se trouve ainsi ventilée au sein de l'élément moral par le biais de l'énumération des différents types de responsables (ou « fautifs », P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°399).

Au contraire d'autres auteurs admettent qu'aux côtés de l'infraction, « fait générateur » de responsabilité (F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009,

responsabilité pénale se rejoindraient alors, grâce à une structure proche composée d'un fait générateur et d'une condition d'imputation³⁴⁵⁴.

Dans les deux matières, le fait générateur, lorsqu'il renvoie au comportement d'un agent juridique, serait constitué d'un comportement objectivement illicite³⁴⁵⁵ et d'un état d'esprit fautif. C'est dire que l'infraction comporterait alors un élément matériel correspondant à la matérialité décrite par le texte d'incrimination et un élément moral renvoyant schématiquement à une imprudence ou une intention³⁴⁵⁶. Quant à l'imputation, elle renverrait à un procédé juridique permettant d'attribuer les conséquences juridiques du fait générateur à un agent précis³⁴⁵⁷.

Ces deux conditions de la responsabilité, fait générateur et imputation pourraient ainsi être étudiées successivement pour vérifier l'originalité de la sanction pénale de la faute de fonction. Seront donc successivement abordées l'influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale (**Section 1.**) puis l'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale (**Section 2.**), la nécessité d'envisager l'objet de l'imputation avant l'imputation elle-même présidant cet ordre d'étude.

n°430), existent d'autres conditions dont le nombre et la nature varient en fonction de ce que les auteurs entendent inclure ou exclure du seul concept de l'infraction. Loin de susciter un consensus, cette dernière fait l'objet de conceptions diverses selon lesquelles sa constitution s'ordonnerait autour d'un ou plusieurs éléments combinés – matériel, psychologique ou intellectuel, légal, injuste, moral –, toutes les combinaisons ayant été exploitées (pour un rappel synthétique de celles-ci, V. not. F. ROUSSEAU, *L'imputation en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°9).

Une constante se dégage cependant qui place l'imputation en tant que procédé d'attribution de l'infraction, en dehors de l'infraction, au sein des conditions de la responsabilité (B. BERNARDINI, *Droit pénal général. Introduction au droit criminel. Théorie générale de la responsabilité pénale*, Gualino, coll. Manuels, 2003, n°458 et s.; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2009, n°305, 306 et s (les numéros ne correspondent pas).; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n°500 et 502; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010, n°316; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n°521 et 523; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 18^{ème} éd., 2010, n°404 et s.; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2006, p.404 et s.; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005, p.286).

³⁴⁵⁴ L'imputabilité serait réservée à la seule responsabilité pénale – au désarroi d'une partie de la doctrine civiliste d'ailleurs – tandis que l'exigence d'un dommage serait propre à la responsabilité civile.

Il est cependant notable que certains auteurs assimilent dommage et résultat (R. OLLARD, *La distinction du dommage et du préjudice*, RSC 2010, p.561). Toutefois, partant du constat de l'existence d'infractions formelles, tentées et de délits-obstacles, il convient d'admettre que le dommage n'est pas une condition indispensable de la responsabilité pénale, sauf à donner au dommage une définition pénale autonome.

³⁴⁵⁵ Cet ordonnancement implique donc que soit rétablie en droit positif l'exigence d'une faute de l'enfant pour engager la responsabilité des parents (à propos de ce régime, V. *supra* n°558); la qualification de la faute devant être appréciée indépendamment du discernement de l'enfant.

³⁴⁵⁶ Certains auteurs admettent que ce fait générateur soit plus dépouillé comme ne correspondant qu'à une « situation infractionnelle », abstraction faite de toute considération subjective telle que l'intention et même la faute de l'auteur (J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°8).

³⁴⁵⁷ A cet égard, la conception « large » de l'imputation comme incluant l'imputation à l'agent et l'imputation de l'infraction (F. ROUSSEAU, *op. cit.*) serait écartée au profit de la seule « imputation de l'infraction ». La raison de cette conception étroite tient à la nécessité de faire de l'imputation un outil technique utilisable tant dans une logique réparatrice que dans une logique sanctionnatrice. Or, l'« imputation à l'agent » repose sur les éléments de droit permettant de s'assurer que l'infraction peut être **reprochée** à l'agent (F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°12). Elle ne peut donc convenir qu'à une logique répressive et ne peut être étendue à la logique réparatrice.

Section 1.

L'influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale

667. Influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale. – A première vue, le droit pénal ne sanctionne pas différemment la faute de fonction des préposé et mandataire dirigeant, qu'il traitera, le cas échéant, comme n'importe quelle autre infraction. Cette vision générale doit pourtant être dépassée afin que soit constatée ou rejetée toute influence de la faute de fonction sur le fait générateur.

Cette influence peut se manifester de deux façons. D'abord le rattachement de l'infraction à la fonction pourrait, ainsi que cela avait pu être soupçonné en droit de la responsabilité civile, faire disparaître l'illicéité pénale ou empêcher son existence. Il s'agit alors d'étudier l'influence technique du caractère fonctionnel sur l'infraction. Mais il est également possible de s'interroger sur l'influence « politique » de la faute de fonction sur l'existence de l'infraction. Dans ce cas, l'étude s'oriente vers l'objet prioritaire de la répression : le législateur opère-t-il une discrimination au moment de définir les comportements pénalement répréhensibles entre les fautes de fonction, les dépassements et les détournements de fonction ? Ainsi, sera-t-il fait état de l'influence de la faute de fonction sur l'existence de l'infraction (§ 1.) puis de l'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction (§ 2.).

§ 1. L'influence de la faute de fonction sur l'existence de l'infraction

668. Le maintien de l'illicéité pénale. – Dans un premier temps, l'inaptitude de la faute de fonction à produire de quelconques effets en droit pénal se traduit ici, comme en droit de la responsabilité civile, par le fait que la situation fonctionnelle ne saurait à elle seule constituer un fait justificatif ou un état de contrainte. Ainsi, la jurisprudence rappelle-t-elle que le préposé ne peut arguer du commandement de l'autorité légitime³⁴⁵⁸ puisque cette dernière ne peut s'entendre d'une simple autorité privée³⁴⁵⁹. Pas plus n'accepte-t-elle de faire découler de la seule qualité de subordonné une situation de contrainte³⁴⁶⁰. La doctrine n'est pas davantage convaincue par la possibilité d'arguer de l'état de nécessité³⁴⁶¹.

³⁴⁵⁸ Article 122-4 du Code pénal.

³⁴⁵⁹ Crim. 26 juin 2002, B. n° 148 ; pour des références antérieures, V. *supra* n°405.

³⁴⁶⁰ Cette cause d'irresponsabilité prévue par l'article 122-2 du Code pénal a été systématiquement écartée par la jurisprudence : Crim. 20 septembre 1894, DP 1899. 1.350 – Crim. 28 février 1962, B. n°111 – Crim. 14 janvier 1980, B. n°21.

³⁴⁶¹ V. MALABAT, *La responsabilité pénale du subordonné* in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC : Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p.681, spé. p.689.

Il est en revanche envisageable que l'un des éléments constitutifs de l'infraction considérée ne puisse être caractérisé à raison de la situation concrète du préposé ou du mandataire dirigeant. Ainsi en sera-t-il de l'intention du préposé « manipulé »³⁴⁶², faute d'avoir pu se représenter correctement son acte³⁴⁶³. Il serait par ailleurs logique que sa situation de subordination relève des circonstances objectives prises en compte pour l'appréciation de sa faute d'imprudence³⁴⁶⁴, ce que commande une appréciation *in abstracto* circonstanciée³⁴⁶⁵. Pour échapper à la répression, et compte tenu de la sévérité de la jurisprudence à l'endroit des causes d'irresponsabilité, le subordonné ne devra pas avoir eu conscience de ses actes, ce qui exclut le préposé simplement obéissant des bénéficiaires de ces instruments juridiques³⁴⁶⁶. Pour des raisons similaires, le mandataire dirigeant devrait quant à lui éprouver bien plus de difficultés pour faire reconnaître ces circonstances. Sa fonction de direction empêche en effet qu'il puisse être considéré comme enfermé dans un quelconque lien juridique de soumission³⁴⁶⁷.

Se dessine ainsi, dès ce stade, un régime de sanction vraisemblablement différencié des chargés de fonction. Le droit sanctionnateur qu'est le droit pénal paraît davantage tenir compte de la nature de l'activité exercée que du seul caractère fonctionnel de l'activité. Pourtant, le droit pénal envoie parfois des signaux contradictoires quant à la volonté de sanctionner plus rigoureusement celui qui exerce des activités de direction.

Si ce dernier connaît d'un régime de responsabilité singulièrement sévère³⁴⁶⁸, il devrait paradoxalement bénéficier de la loi du 10 juillet 2000 ayant modifié l'article 121-3 du Code pénal. En effet, l'alinéa 4 de cet article prévoit dorénavant que l'auteur indirect d'une infraction d'imprudence ne peut engager sa responsabilité pénale qu'à raison d'une faute qualifiée. L'auteur indirect étant celui qui « [a] créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'[a] pas pris les mesures permettant de l'éviter », cette qualification recouvrira fréquemment³⁴⁶⁹ (quoique non exclusivement en principe) la situation du mandataire dirigeant³⁴⁷⁰. Dès lors, sa responsabilité pénale devrait être plus difficilement engagée en cas d'infraction d'imprudence³⁴⁷¹. Ce n'est pourtant toujours pas à

³⁴⁶² V. MALABAT, *op. cit.*, spé. p.684-685.

³⁴⁶³ Il s'agira alors d'une erreur de fait, laquelle empêche la caractérisation du dol général. Elle ne doit pas être confondue avec l'erreur de droit. V. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°392 et s.

³⁴⁶⁴ V. MALABAT, *op. cit.*, p.685-686.

³⁴⁶⁵ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux IV, 1999, n°370 – N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 57, 1965.

³⁴⁶⁶ Pour une démonstration détaillée, V. V. MALABAT, *La responsabilité pénale du subordonné*, réf. préc., p.686 et s.

³⁴⁶⁷ V. *supra* n°43.

³⁴⁶⁸ V. *infra* n°707 et s.

³⁴⁶⁹ V. la tendance de la jurisprudence à systématiquement voir dans le chef d'entreprise un auteur indirect, A. CERF-HOLLENDER, obs. sous Crim. 12 septembre 2000, RSC 2001, p.399.

³⁴⁷⁰ A l'inverse, le préposé sera auteur direct et pourra engager sa responsabilité pénale pour une faute d'imprudence simple.

³⁴⁷¹ La réalité jurisprudentielle est toute autre, qui maintient une certaine sévérité à l'égard des chefs d'entreprise. Il est dommage que le prix à payer pour le maintien d'un traitement homogène des chefs d'entreprise soit le sacrifice du principe de légalité criminelle (V. *infra* n°727).

raison du caractère fonctionnel de l'activité du chef d'entreprise que le seuil de l'illicéité a été relevé par le législateur mais au contraire pour tenir compte de la difficulté de la fonction de direction. Il semble par conséquent logique que la faute de fonction, instrument de mesure de l'intensité du lien entre la faute et la fonction, n'ait aucun impact sur la disparition de l'illicéité pénale. Elle n'a guère plus d'influence sur la définition de l'infraction.

§ 2. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction

669. Influence possible de la faute de fonction. – Si la situation fonctionnelle n'est pas efficace pour faire disparaître l'infraction constituée ou ses éléments constitutifs, du moins pourrait-elle antérieurement présider à une politique criminelle visant à sanctionner en priorité les dépassements ou détournements de fonction (envisagés sous l'appellation unique d'abus infractionnel de fonction³⁴⁷²), à l'exclusion des simples infractions de fonction, c'est-à-dire des illicéités pénales commises à l'intérieur des frontières internes et externes des prérogatives fonctionnelles³⁴⁷³.

670. Champ de l'étude. – Parce que procéder à l'examen de l'ensemble des infractions susceptibles d'être commises par les préposé et mandataire dirigeant semble impossible, la démonstration s'appuiera sur un tableau brossé à gros traits du droit positif. Schématiquement, les deux agents sont susceptibles de commettre deux types d'infractions lorsqu'ils agissent en tant que chargé de fonction : ils peuvent commettre des infractions dites de droit commun, insérées dans le Code pénal, ou des infractions de droit spécial, correspondant à l'incrimination par une réglementation spécifique à une matière technique. Ainsi, existe-t-il en dehors du Code pénal un corpus de règles répressives dispersées dans le Code de commerce, le Code du travail ou encore le Code monétaire et financier, le Code de l'environnement, le Code de la propriété intellectuelle, etc. Ce classement schématique peut être repris pour démontrer l'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit commun (**A.**) puis de l'infraction de droit spécial (**B.**).

³⁴⁷² La démonstration à venir confirmera en effet l'assertion selon laquelle le droit pénal ne tire aucune conséquence notable de la distinction dépassement/détournement.

Certains auteurs ont même démontré qu'en droit pénal, tout abus (ou détournement) constituait nécessairement un dépassement des pouvoirs. En effet, partant du constat que l'abus est alors une cause de responsabilité pénale, cette doctrine en conclut au dépassement des limites objectives du pouvoir (E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 105, 2009, n°161). Même si une telle opinion ne peut être accueillie sans réserve (V. *supra* n°290), il reste vrai que détournement et dépassement sont traités de manière équipollente en droit pénal.

³⁴⁷³ Sur ces notions, V. *supra* n°286 et s.

A. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit commun

671. Faute de fonction et infractions de droit commun. Lien fonctionnel, source d'aggravation de la sanction. – La première catégorie d'infractions ne saurait que minoritairement être influencée par le lien fonctionnel. Pour la plupart des infractions, les éléments constitutifs sont en effet parfaitement étrangers au lien fonctionnel car celui-ci est sans rapport avec la valeur protégée par l'incrimination. Ainsi en est-il du vol³⁴⁷⁴, des violences volontaires³⁴⁷⁵ ou des agressions sexuelles au sens large³⁴⁷⁶ dont les éléments constitutifs restent imperméables au respect ou à la violation des frontières de la fonctions, y compris lorsque l'agent a trouvé dans sa fonction l'occasion de commettre ses infractions. Il est cependant notable que, loin de constituer une cause d'allègement de la responsabilité pénale, le lien avec les fonctions est, au contraire, susceptible d'aggraver les sanctions encourues³⁴⁷⁷, comme si le législateur souhaitait sanctionner, en sus des comportements antisociaux, l'abus de la fonction et le discrédit consécutif porté à la fonction.

A s'en tenir à ces informations, le droit pénal paraît disposé à sanctionner sévèrement toute atteinte aux valeurs sous-jacentes, non seulement à certaines catégories de fonction, mais également à toute fonction privée. Dans cette dernière hypothèse, il ne peut s'agir que de l'abus d'une fonction, laquelle doit en outre s'entendre de celle qui confère une certaine autorité³⁴⁷⁸. L'infraction de droit commun de corruption confirme-t-elle l'hypothèse de la sanction privilégiée des abus infractionnels de fonction ?

672. Abus de fonction de droit commun : la corruption. – Le droit commun n'est pas totalement insensible aux risques inhérents à la situation fonctionnelle puisqu'il sanctionne, outre des dépassements ou détournements de fonction publique³⁴⁷⁹, certains détournements de fonction privée. Les infractions de corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique³⁴⁸⁰ entendent en effet réprimer un acte de prévarication d'une activité privée, ce qui implique la prise en compte des caractères fonctionnels à plusieurs égards.

En premier lieu, la fonction occupe une place essentielle dans l'infraction puisse qu'elle relève de la définition de l'agent corrompu qui "exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou

³⁴⁷⁴ Article 311-1 du Code pénal.

³⁴⁷⁵ Articles 222-7 et s. du Code pénal.

³⁴⁷⁶ Articles 222-22 et s. du Code pénal.

³⁴⁷⁷ Ainsi, pour les infractions précitées, des circonstances aggravantes sont prévues lorsque l'infraction est commise « par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » (articles 222-24 5°, 222-28 3° et 222-30 3° du Code pénal) ou plus restrictivement « par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission » (articles 222-8 7°, 222-10 7°, 222-12 7°, 222-13 7° et 311-4 2° du Code pénal).

³⁴⁷⁸ V. *supra* note de bas de page n°3477.

³⁴⁷⁹ Par exemple, l'article 432-4 du Code pénal incrimine : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle ».

³⁴⁸⁰ Articles 445-1 du Code pénal (corruption active) et 445-2 du Code pénal (corruption passive).

sociale, une **fonction** de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque". Il est notable que cette définition englobe l'ensemble des chargés de fonction d'expansion³⁴⁸¹ : agent de direction (mandataire dirigeant) ou d'exécution (préposé) ; agissant pour le compte d'une personne physique (commettant) ou d'une personne morale, que celle-ci soit une société, une association ou même un syndicat dès lors qu'est visée une activité professionnelle ou **sociale**³⁴⁸².

En second lieu, la fonction occupe une place importante dans la matérialité de l'infraction puisque les actes corrupteurs doivent avoir eu pour finalité soit l'accomplissement d'un acte de la fonction³⁴⁸³ (ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction³⁴⁸⁴) soit l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction (ou le non-accomplissement d'un acte facilité par la fonction)³⁴⁸⁵.

673. Valeur protégée par la corruption. – Cette infraction n'a cependant pas pour finalité essentielle de sanctionner les atteintes au lien fonctionnel. Trois arguments en attestent. En premier lieu, l'infraction existe avant même que l'acte ou l'abstention n'aient été obtenus. Elle est donc de nature formelle³⁴⁸⁶. Cette caractéristique n'est cependant pas à même de modifier la valeur protégée par l'infraction³⁴⁸⁷. Par ce biais, le législateur a seulement souhaité se placer en amont de l'*iter criminis* afin d'offrir une protection plus efficace de cette valeur protégée³⁴⁸⁸.

Le second argument est plus probant car il repose sur le fait que celui pour lequel la fonction est exercée n'est pas toujours la victime de l'infraction de corruption, au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale, mais peut en être l'auteur au côté de son chargé de fonction. Ainsi, cette infraction sera-t-elle reprochée à la personne morale lorsqu'elle aura été commise, conformément aux conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, par un de ses organes ou représentants³⁴⁸⁹. L'infraction aura alors été commise par le chargé de fonction « pour le compte » du bénéficiaire de la fonction, c'est-à-dire dans son intérêt³⁴⁹⁰ ou au moins sans que son intérêt soit lésé³⁴⁹¹.

³⁴⁸¹ Le délit est même plus permissif, qui autorise la sanction de l'agent corrompu exerçant son activité pour un organisme non doté de la personnalité juridique (M. SEGONDS, *Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique*, J.-Cl. Pénal, fasc.20, 2006, n°21).

³⁴⁸² M. SEGONDS, *op. cit.*, n°14.

³⁴⁸³ Par exemple, pour un employé de banque, accorder un découvert, un crédit ou un prêt (Crim. 11 janv. 2001, n° 00-80524).

³⁴⁸⁴ Par exemple, pour un salarié cadre ayant pour fonction la gestion de syndicats de copropriété, de s'abstenir d'organiser la concurrence entre les sociétés en faussant les règles de la concurrence (Crim. 22 juin 1999, n° 98-85258).

³⁴⁸⁵ L'incrimination s'étend donc aux actes de « para-corruption » (M. SEGONDS, *op. cit.*, n°50).

³⁴⁸⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011, n°920.

³⁴⁸⁷ V. *infra* n°686 à propos de l'abus de biens sociaux.

³⁴⁸⁸ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, réf. préc., n°322-323.

³⁴⁸⁹ L'article 445-4 du Code pénal prévoit en effet la responsabilité pénale des personnes morales et les sanctions qui s'y rattachent pour les infractions définies aux articles 445-1 et 445-2 du Code pénal.

³⁴⁹⁰ A ce propos, il semble pourtant que la Chambre criminelle juge qu'un acte de corruption est nécessairement contraire à l'intérêt social d'une société, justifiant qu'il soit reproché au dirigeant un abus de biens sociaux. Faut-

En effet, et c'est le troisième argument, les actes ou abstentions de fonction dont l'accomplissement constitue la finalité des actes corrupteurs, doivent correspondre à une « violation des obligations légales, contractuelles ou professionnelles »³⁴⁹². La violation peut donc, en théorie, être étrangère à toute atteinte à la relation fonctionnelle³⁴⁹³.

De ceci résulte que la valeur protégée par l'infraction n'est ni le patrimoine du bénéficiaire de la fonction, ni même la confiance³⁴⁹⁴ qu'il aura accordée à son chargé de fonction en lui octroyant des prérogatives. Il est plutôt juste de dire que l'infraction vise à sanctionner les comportements qui "portent atteinte à l'ordre public économique et à la confiance dans les acteurs du marché"³⁴⁹⁵. C'est pourquoi les délits ont été placés au sein du Livre IV relatif aux atteintes à la confiance publique. Selon une étude récente, il pourrait également s'agir d'une infraction déontologique³⁴⁹⁶ dont la finalité réside dans la régulation d'un ordre public professionnel³⁴⁹⁷ auquel le mésusage des pouvoirs porterait atteinte.

Quoi qu'il en soit, la corruption est identiquement sanctionnée, qu'elle corresponde à une infraction de fonction ou à un abus infractionnel de fonction.

674. Synthèse. – L'étude des infractions de droit commun est porteuse de trois enseignements au titre de la place politique de la faute de fonction dans la définition des incriminations de droit commun. D'abord, peu d'infractions sont spécifiquement relatives à la sanction des chargés de fonction privée, mais elles existent. Cette situation est logique compte tenu de l'objet principal et classique du droit pénal : la répression d'atteintes à l'ordre public. La matière ne se préoccupe donc des désordres au sein des relations privées que s'ils entraînent une atteinte à des valeurs essentielles communes au corps social³⁴⁹⁸, et pas seulement une atteinte à l'intérêt particulier d'une victime. Certaines infractions lui sont

il en conclure que l'infraction commise « pour le compte » de la personne morale pourrait également être celle qui est commise contre son intérêt ? (V. *infra* n°689)

³⁴⁹¹ Le dirigeant d'une personne morale peut ainsi avoir obtenu des facilités bancaires, pour sa société, en échange du versement d'une somme d'argent à l'employé de la banque.

³⁴⁹² Nous soulignons.

³⁴⁹³ V. *supra* n°290 le refus de qualifier automatiquement toute illicéité de dépassement de fonction.

³⁴⁹⁴ Les relations fonctionnelles, parce qu'elles impliquent qu'un agent s'engage à agir dans l'intérêt de l'autre, ne peuvent se concevoir sans qu'une certaine confiance soit donnée.

La doctrine a déjà mis en exergue le fait que les infractions sanctionnant les abus de pouvoirs avaient pour objet la protection de la confiance (E. LAJUS-THIZON, *op. cit.*, n°124 et s.). Or, puisque les fonctions donnent lieu à l'octroi de pouvoirs (V. *supra* n°134 et s.), les infractions qui sanctionnent un mauvais usage de la fonction pourraient poursuivre la même finalité.

³⁴⁹⁵ M. SEGONDS, *op. cit.*, n°4.

³⁴⁹⁶ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°217.

³⁴⁹⁷ A propos de ce concept, V. M. BENEJAT, *op. cit.*, n°243 et s.

³⁴⁹⁸ Cette explication tient à l'origine du droit criminel qui tire sa source dans le pacte social établi entre chaque individu et la communauté à laquelle il appartient (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°89).

spécifiquement dédiées (corruption). D'autres peuvent lui être consacrées (abus de confiance³⁴⁹⁹).

Ensuite, les infractions de droit commun s'intéressent globalement tant aux fonctions de direction qu'aux fonctions d'exécution, mais l'acuité de l'attention portée aux fonctions d'autorité est remarquable.

Enfin, les infractions de droit commun les plus topiques sanctionnent indistinctement les infractions de fonction et les abus infractionnels de fonction, signifiant certainement que le respect du cadre fonctionnel ne saurait mettre à l'abri des sanctions lorsque le comportement adopté est, par ailleurs, particulièrement antisocial.

Pour emporter la conviction, ces constats devront cependant être communs à ceux résultant de l'étude des infractions de droit spécial.

B. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit spécial

675. Limitation du champ d'étude. – L'inventaire de toutes les infractions spéciales susceptibles d'être reprochées au préposé et au dirigeant – bref, aux chargés de fonction – serait un ouvrage non seulement irréaliste³⁵⁰⁰, mais encore inutile. Partant du constat que la faute de fonction peut s'inscrire en surimpression de toutes les incriminations dont la commission suppose le contexte de l'entreprise, il faut opérer un tri. De manière plus ou moins péremptoire, il a été choisi de se concentrer sur deux matières en particulier, *a priori* directement rattachables aux situations du préposé et du dirigeant : le droit pénal des sociétés³⁵⁰¹ (1.) et le droit pénal du travail (2.).

³⁴⁹⁹ Article 314-1 du Code pénal. Lorsque l'abus de biens sociaux n'est pas qualifiable à raison de la forme de la société, le seul recours possible est celui de l'abus de confiance (V. *infra* n°686 et s.). Certains auteurs plébiscitent l'extension du domaine de l'abus de biens sociaux aux sociétés de personnes (M. BENEJAT, *op. cit.*, n°194 ; W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, J-cl. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011, n°4 (à propos de la SNC).

³⁵⁰⁰ V. M. DELMAS-MARTY qui évoque les difficultés pratiques à recenser l'ensemble des infractions dites spéciales car extérieures au Code pénal (*Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p.89, spé. p.90). Les matières qu'il faudrait aborder sont aussi variées que le droit pénal boursier, le droit pénal de l'environnement, le droit pénal de la consommation, le droit pénal de la concurrence, etc.

³⁵⁰¹ Cette matière est sans doute la plus topique des velléités du droit positif à sanctionner le mandataire dirigeant, étant entendu qu'il est le gendarme privilégié de la réglementation pesant sur l'activité du dirigeant de société.

1. Le droit pénal des sociétés³⁵⁰²

676. Evolution du droit pénal des sociétés. – Le droit pénal des sociétés a connu trois grandes évolutions³⁵⁰³ depuis sa timide apparition par la loi du 17 juillet 1856 qui crée trois délits³⁵⁰⁴ en réaction aux abus apparus dans le cadre des commandites par actions. Dans un premier temps, le droit pénal des sociétés s’est progressivement étoffé, de manière plus ou moins homogène, avant que la loi du 24 juillet 1966 ne donne lieu à « une furie répressive »³⁵⁰⁵ ou plus objectivement à une refonte du droit pénal des sociétés (corrélative à la refonte de l’ensemble du droit des sociétés) visant à réglementer de manière pointilleuse le fonctionnement des sociétés en assortissant ses règles d’une sanction répressive³⁵⁰⁶. Cette « apogée répressive »³⁵⁰⁷ perdurera jusqu’aux années 1980, période à laquelle les dépénalisations vont se succéder. Quatre phases de dépénalisation suivront par les lois du 15 mai 2001 « sur les nouvelles régulations économiques », du 1^{er} août 2003 « de sécurité financière », les ordonnances du 25 mars « portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises » et du 24 juin 2004 « portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales » et enfin la loi du 22 mars 2012 « relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives »³⁵⁰⁸.

Au-delà de cette première constatation, apparaît cependant une évolution contrastée dont il peut être rendu compte par la démonstration de la volonté législative de dépénaliser le droit des sociétés (a.) et de la volonté jurisprudentielle de surpénaliser l’abus de biens sociaux (b.).

³⁵⁰² Relevant d’une discipline proche quoique distincte en raison d’une condition préalable particulière – l’ouverture d’une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire –, le droit pénal des procédures collectives, dont l’infraction la plus notoire reste la banqueroute (article L. 654-2 du Code de commerce), aurait également pu être abordé. Il a toutefois été démontré que l’existence d’une procédure collective modifiait le sens des règles de responsabilité (V. *supra* n°494), de sorte que la sanction pénale, dans ces circonstances particulières, ne saurait donner des indications sur la sanction pénale de l’infraction fonctionnelle commise en temps « ordinaire ».

Il est cependant notable qu’une partie de la doctrine se prononce en faveur d’une dépénalisation à concurrence de véritables abus frauduleux de pouvoirs (V. les développements de M. BENEJAT, *op. cit.*, n°207 et s.).

³⁵⁰³ P. CONTE, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004, n°2 et s.

³⁵⁰⁴ Le délit d’émission ou de négociation illicite d’actions, le délit de publication de faits faux et le délit de distribution de dividendes fictifs.

³⁵⁰⁵ A. DALSACE, cité par A. VITU, *Regards sur le droit pénal des sociétés* in *Aspects actuels du droit commercial français. Etudes ROBLOT*, LGDJ, 1984, p.247.

³⁵⁰⁶ Cette volonté de réglementation rigoureuse de la vie sociétale serait un stigmate supplémentaire de l’analyse institutionnelle de la société (M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t.439, 2005, n°45 et s.), dont il faudrait désormais se départir. Ainsi l’analyse contractuelle, sans mettre fin à une réglementation nécessaire de la vie des sociétés, pourrait peut-être guider vers un usage raisonnable de l’instrument répressif.

³⁵⁰⁷ P. CONTE, W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n°5.

³⁵⁰⁸ Pour un aperçu plus exhaustif des dispositions de la loi du 22 mars 2012, V. B. SAINTOURENS, P. EMY, *Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012*, Rev. sociétés 2012, p.335 ; A. COURET et B. DONDERO, *La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives – aspects de droit des sociétés*, Bull. Joly 2012, n°193 (1^{ère} partie), Bull. Joly 2012, n°253 (2^{ème} partie) ; A. FROTTE et S. DE VENDEUIL, *Loi Warsmann II de simplification du droit - Dispositions relatives au droit des sociétés*, JCP E 2012, n°1308 ; R. SALOMON, *Dispositions pénales de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012*, Dr. sociétés 2012, comm. 110.

Le sort respectif des infractions de fonction et des abus infractionnels de fonction pourrait ne pas être épargné par ces deux mouvements.

a. La volonté législative de dépenaliser le droit des sociétés

677. Etat des lieux antérieur aux vagues de dépenalisation. – Schématiquement, les incriminations du droit pénal des sociétés concernent toute la vie de la société, de son apparition à sa disparition : infractions relatives à la constitution des sociétés, infractions relatives au fonctionnement sociétal (formalités nécessaires à la vie des sociétés, infractions relatives à l'exercice des pouvoirs sociaux, infractions relatives aux comptes sociaux, infractions relatives au commissariat aux comptes), infractions relatives à la dissolution et à la liquidation des sociétés.

D'une grande variété, les incriminations entendaient punir tout à la fois le seul exercice défectueux des fonctions et l'exercice malhonnête des fonctions. Autant dire qu'initialement, le droit pénal des sociétés semblait insensible à toute distinction entre infractions de fonction et abus infractionnels de fonction.

678. Incriminations d'abus infractionnels de fonction. – Le droit pénal des sociétés sanctionnait et sanctionne toujours spécialement la corruption du vote de l'actionnaire et de l'obligataire³⁵⁰⁹. L'ambiguïté précédemment relevée à propos de la corruption de droit commun³⁵¹⁰ et relative à la valeur protégée par l'infraction persiste ici. Il n'est donc pas impossible de considérer que cette infraction se classe tantôt dans la catégorie des infractions de fonction, tantôt dans la catégorie des abus infractionnels de fonction.

L'exemple le plus notoire d'abus infractionnel de fonction est également l'infraction la plus connue du droit pénal des sociétés³⁵¹¹ : l'abus de biens sociaux³⁵¹² – auquel il convient d'ajouter l'abus de crédit³⁵¹³, de pouvoirs ou de voix³⁵¹⁴. Elle est surtout l'une des plus

³⁵⁰⁹ Articles L. 242-9 3° et L. 245-11 du Code de commerce. Ces infractions spéciales font désormais « doublon » avec les infractions de droit commun de corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique (V. *supra* n°672 – pour d'autres exemples d'infractions spéciales de corruption, M. SEGONDS, *(Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption*, AJ pénal 2006, p.193). La situation pose d'autant plus problème que les peines prévues par les textes du Code de commerce sont plus faibles que celles prévues par le Code pénal (le délit spécial est punissable de 2 ans d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende, tandis que le délit de droit commun est punissable de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende). Le législateur semble juger que la corruption spéciale incriminée par le Code de commerce est un comportement moins grave que la corruption de droit commun. D'une manière générale, la doctrine n'est pas hostile à des nuances dans la répression, à raison cependant de la qualité de l'agent corrompu (M. SEGONDS, *op. cit.*), ce qui ne renvoie pas à la situation dénoncée.

³⁵¹⁰ V. *infra* n°672.

³⁵¹¹ L'infraction s'invite jusque dans les films. Par exemple, *L'ivresse du pouvoir*, C. CHABROL, 2006. Il est d'ailleurs difficile de savoir si ledit film traite de l'abus de biens sociaux d'un dirigeant ou de l'abus de pouvoir d'un magistrat.

³⁵¹² Articles L. 241-3 4°, L. 242-6 3° du Code de commerce.

³⁵¹³ Mêmes articles.

anciennes infractions du droit pénal des sociétés³⁵¹⁵ et l'une des plus appliquées³⁵¹⁶. Or, cette infraction est initialement conçue³⁵¹⁷ comme une appropriation frauduleuse (de la famille de l'abus de confiance) et donc un délit d'intérêt privé ayant pour finalité de sanctionner les détournements du mandat établi entre le dirigeant et les associés³⁵¹⁸. Proche de cette infraction puisqu'elle relève du même texte d'incrimination, la présentation ou publication de comptes annuels infidèles³⁵¹⁹, entend certainement prévenir d'autres abus infractionnels de fonction, parmi lesquels l'abus de biens sociaux.

679. Incrimination de nombreuses infractions de fonction. – L'analyse quantitative des incriminations du droit pénal des sociétés montre cependant que le blâme pénal se porte tout d'abord sur de nombreuses infractions de fonction. Le plus souvent il s'agit d'infractions d'omission : omission de déclaration concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés de la SARL, la libération des parts ou le dépôt des fonds³⁵²⁰, omission d'immatriculer une société³⁵²¹, défaut de consultation des associés de la SAS concernant le capital social, les évolutions de la société, omission de publicités ou de mentions formelles sur les documents sociaux³⁵²², omission de convocation des actionnaires³⁵²³, omission de tenue des assemblées³⁵²⁴, absence de feuille de présence³⁵²⁵, absence d'établissement d'un procès-verbal relatif aux délibérations du conseil d'administration³⁵²⁶ ou de toute assemblée de la société anonyme³⁵²⁷, omission de communiquer certains documents sociaux³⁵²⁸, omission de communiquer des informations sociales³⁵²⁹.

Ces délits peuvent être qualifiés d'infractions de fonction dès lors qu'ils ne répriment ni une atteinte, ni un comportement susceptible de porter atteinte à la relation fiduciaire qu'implique le mandat entre le dirigeant et les associés. Ainsi, la qualification d'abus de pouvoir leur est-

³⁵¹⁴ Articles L. 241-3 5°, L. 242-6 4° du Code de commerce.

³⁵¹⁵ Introduite par les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935.

³⁵¹⁶ Ainsi, selon l'Annuaire statistique de la Justice, en 2010, sur 455 condamnations pour infractions en matière de gestion et comptabilité délictueuse, 421 concernaient un abus de biens sociaux. L'ensemble des infractions à la législation sur les sociétés représentent toutefois, cette même année, 1286 condamnations. – V. les explications de W. JEANDIDIER, *Administration. Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011, spé. n°7.

³⁵¹⁷ V. *infra* note de bas de page n°3591 pour d'autres analyses.

³⁵¹⁸ B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p.301, spé. p.302.

³⁵¹⁹ Articles L. 241-3, 3° et L. 242-6, 2° du Code de commerce

³⁵²⁰ Ancien article L. 241-1 du Code de commerce.

³⁵²¹ Ancien article L. 123-4 du Code de commerce.

³⁵²² Anciens articles L. 241-7 (SARL) et L. 246-1 (SA et SCA) du Code de commerce ; article L. 244-2 alinéa 1 (SAS) du Code de commerce.

³⁵²³ Ancien article L. 242-11 du Code de commerce.

³⁵²⁴ Articles L. 241-5 (SARL) et L. 242-10 (SA) du Code de commerce.

³⁵²⁵ Ancien article L. 242-15, 1° du Code de commerce.

³⁵²⁶ Ancien article L. 242-7 du Code de commerce.

³⁵²⁷ Ancien article L. 242-15 3° du Code de commerce.

³⁵²⁸ Anciens articles L. 242-12, L. 242-13, L. 225-119, L. 241-4 2° et 3°, L. 242-14 et L. 247-7, 3° du Code de commerce.

³⁵²⁹ Articles L. 242-8, L. 247-1 et L. 247-2 du Code de commerce.

elle résolument refusée³⁵³⁰. En effet il est surtout reproché à l'agent le non-accomplissement d'un devoir attaché à sa fonction. En ce sens, la qualification d'infraction formelle ou de délit-obstacle est souvent reconnue³⁵³¹ pour ces infractions de réglementation. Pourtant, la doctrine fut longtemps convaincue de la qualification d'infractions de prévention, postulant que ces délits ayant pour objet de lutter contre « l'occultation de la vérité », l'« altération de la vérité » ou la « négation de l'équilibre »³⁵³² prévenaient de potentielles atteintes à la confiance des mandants ou au patrimoine social³⁵³³. Ces infractions étaient alors comprises comme protectrices du lien entre le dirigeant et ses mandants. Ces délits-obstacles restent, cependant, en tant que tels, des infractions de fonction.

Une telle analyse repose toutefois sur une lecture contractualiste de la société qui n'est pas partagée par tous.

La qualification d'infraction de prévention est ainsi rejetée par une doctrine plus récente³⁵³⁴, adoptant une approche plus institutionnelle. Celle-ci conduit à percevoir dans le droit pénal des sociétés, un droit régulateur des pouvoirs professionnels de direction, au service d'un ordre public professionnel³⁵³⁵. Si l'infraction, dite de réglementation³⁵³⁶, est sans lien avec un quelconque résultat dommageable pour autrui, elle n'est pas dépourvue de tout résultat légal, ce dernier résidant dans le trouble professionnel³⁵³⁷. L'analyse propose donc de comprendre le fonctionnement d'un certain nombre d'infractions³⁵³⁸ par le dépassement de la notion de résultat notamment³⁵³⁹.

Quelle que soit l'analyse retenue, la sanction de simples « infractions de fonction » est donc justifiée, par la nécessité de protéger très en amont le patrimoine et la confiance des mandants du dirigeant, dans un premier temps ; par la nécessité de discipliner la profession, de manière plus récente. Toutefois, aucune de ces analyses ne répond vraiment aux critiques récurrentes d'une doctrine prônant la dépénalisation de ces infractions de réglementation, au nom de leur

³⁵³⁰ E. LAJUS-THIZON, *op. cit.*, n°207.

³⁵³¹ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t.439, 2005, n°398-399 ; C. GARCIN, *Les infractions du droit des sociétés* in *Lamy Droit pénal des affaires*, 2011, n°1748 ; W. JEANDIDIER, *L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance* in *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p.245, n°16-17.

³⁵³² W. JEANDIDIER, *op. cit.*, spé. n°13-14-15.

³⁵³³ Par exemple : « Le défaut de soumettre à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ou à l'assemblée des associés, dans les six mois de la clôture de l'exercice les comptes annuels et le rapport de gestion (articles L. 241-5 et L. 242-10 du Code de commerce) est une incrimination cherchant à tuer dans l'œuf non seulement une présentation de comptes inexacts mais encore des abus de biens sociaux ou de pouvoirs ou de crédits. » (W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n°16).

³⁵³⁴ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°232.

³⁵³⁵ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°243 et s.

³⁵³⁶ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°222 et s.

³⁵³⁷ Sur cette notion, M. BENEJAT, *op. cit.*, n°255 et s.

³⁵³⁸ Cette nouvelle lecture n'est pas sans effet procédural (M. BENEJAT, *op. cit.*, n°467 et s.).

³⁵³⁹ La difficulté qu'il y a à appréhender la notion de résultat était propice à l'apparition de nouveaux concepts. — Sur ce point, V. not. J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003.

inutilité voire de leur nocivité³⁵⁴⁰. Ces critiques prônent-elles que soient traitées différemment les infractions de fonction et les infractions correspondant à des abus de fonction ? C'est ce qu'il convient de découvrir à présent.

680. Critiques adressées à cette « rançon pénale au pouvoir juridico-économique »³⁵⁴¹. – D'une manière générale, le droit pénal des affaires – dont le droit pénal des sociétés est une branche – est dénoncé comme dangereux par certains auteurs. Il est vu comme un « carcan » freinant le « dynamisme nécessaire à la vie des affaires »³⁵⁴², mettant en péril les commerçants français par rapport à leurs homologues étrangers³⁵⁴³. D'aucuns pronostiquaient d'ailleurs la délocalisation des sociétés vers des Etats moins répressifs³⁵⁴⁴.

Au-delà de cette appréciation générale, peut-être un peu alarmiste, deux principales critiques sont adressées au droit pénal des affaires.

Dans un premier temps, le recours au droit pénal est dénoncé comme étant une solution de facilité³⁵⁴⁵ pour moraliser la vie des affaires. Tout compte fait, ce droit serait d'une part inadapté à la vie économique³⁵⁴⁶ et d'autre part inefficace. Le droit pénal est ainsi inadapté car il implique une longue procédure, dont le caractère secret n'est pas effectif³⁵⁴⁷. Son issue, quelle qu'elle soit, est nécessairement insatisfaisante : en l'absence de condamnation, la réputation du dirigeant reste malgré tout entachée³⁵⁴⁸ ; en présence d'une condamnation, la sanction arrive si tardivement qu'elle perd tout effet dissuasif³⁵⁴⁹. La sanction pénale est aussi inadaptée en raison de sa disproportion³⁵⁵⁰. La critique est cependant à relativiser puisqu'il semble que les peines lourdes sont en pratique peu prononcées³⁵⁵¹. Quant aux peines légères, elles sont souvent prévues pour des incriminations dont l'existence n'est guère connue et dont l'utilisation est rare³⁵⁵². Là encore, c'est l'effet dissuasif du droit pénal qui est remis en question comme étant annihilé par l'inflation pénale³⁵⁵³.

³⁵⁴⁰ A cet égard, V. en particulier M. HASCHKE-DOURNAUX qui en dénonce les « effets pervers », *op. cit.*, n°149 et s.

³⁵⁴¹ P. CONTE, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004, n°12. – Adde, M. HASCHKE-DOURNAUX qui souligne toute l'attention portée à la fonction de direction (*op. cit.*, n°113 et s.).

³⁵⁴² A. VITU, *Regards sur le droit pénal des sociétés* in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René ROBLOT*, LGDJ 1984, p.247, spé. p.257.

³⁵⁴³ Y. GUYON, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, Pouvoirs 1990, p.41, spé. p.42.

³⁵⁴⁴ B. BOULOC, *Faut-il réformer le droit pénal des sociétés ?*, Rev. sociétés 2000, p.129, spé. p.130.

³⁵⁴⁵ Y. GUYON, *op. cit.*, p.41.

³⁵⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997.

³⁵⁴⁷ D. COHEN, *Le chef d'entreprise est-il délinquant ordinaire ?* in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, réf. préc., p.71, spé. p.79 ; certains auteurs expliquent que la divulgation est parfois le fait des magistrats eux-mêmes (M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°166).

³⁵⁴⁸ Conformément au célèbre adage selon lequel « il n'y a pas de fumée sans feu » !

³⁵⁴⁹ Y. GUYON, *op. cit.*, p.46.

³⁵⁵⁰ Y. GUYON, *op. cit.*, p.44.

³⁵⁵¹ Y. GUYON, *op. cit.*, p.47 ; A. VITU, *op. cit.*, p.261

³⁵⁵² P. CONTE, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004, n°5.

³⁵⁵³ A. VITU, *op. cit.*, p.258 ; Y. GUYON, *op. cit.*, p.48.

Cette première critique est assurément étrangère à la prise en compte du fait que le dirigeant soit le chargé de fonction de la société et qu'il agisse dans le respect des frontières de sa fonction. Ce qui est remis en question c'est « l'arme pénale » en elle-même comme étant inappropriée en droit des sociétés. Un auteur ajoute cependant qu'il faut faire exception des « infractions de présentation de « bilan inexact », de répartition de dividendes fictifs, de majoration frauduleuse d'apport en nature et d'abus de biens ou de pouvoirs »³⁵⁵⁴ pour lesquelles le droit répressif retrouve sa pertinence.

C'est qu'en effet, la troisième critique adressée au droit pénal des sociétés vise cette fois le contenu des incriminations, souvent jugé artificiel et amoral³⁵⁵⁵. Le bien-fondé du droit pénal n'est alors plus remis en cause en lui-même, mais il est proposé que la sanction pénale ne s'abatte que sur certains comportements. Les propositions de la doctrine conduiront peut-être à réserver la sanction pénale aux infractions constitutives d'abus de fonction.

681. Propositions doctrinales. – Tandis que certains auteurs soulignent au cas par cas la nécessité de dépenaliser telle ou telle infraction, d'autres se sont employés à déterminer des « lignes directrices ou principes directeurs » pour effectuer une dépenalisation rationnelle³⁵⁵⁶. Schématiquement la réflexion s'ordonne autour de deux axes. Le premier renvoie au comportement du délinquant en col blanc, le second vise à faire le point sur les valeurs essentielles qu'il convient de protéger pénalement.

Dans un premier temps, il apparaît que le droit pénal doit prioritairement se concentrer sur les comportements frauduleux³⁵⁵⁷. La doctrine prend donc partie pour le maintien des seules infractions intentionnelles au sens strict³⁵⁵⁸, impliquant une remise à plat du droit positif tel qu'il découle de la jurisprudence³⁵⁵⁹. Les infractions d'imprudence ou de négligence, voire les délits qui ne sanctionnent que « le manquement à une obligation purement formelle »³⁵⁶⁰, devraient n'être punissables que d'amendes faibles ou d'amendes civiles³⁵⁶¹ quand il n'est pas question de sanctions non répressives.

A travers ce premier principe directeur, la nature fonctionnelle de l'infraction semble là encore indifférente. Ce qui motive la sanction est avant tout l'intensité de la transgression³⁵⁶². Ainsi,

³⁵⁵⁴ A. VIANDIER, *Le droit des sociétés, demain*, JCP E 2000, *Aperçus rapides*, p.3, n°12.

³⁵⁵⁵ M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, spé. n°6 ; déjà, Y. GUYON, *op. cit.*, p.44 – A propos des limites mais aussi des espoirs de moralisation du droit des affaires, J.-F. BARBIERI, *Morale et droit des sociétés* in *La morale et le droit des affaires*, Colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, Montchrestien 1996.

³⁵⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise* in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p.89.

³⁵⁵⁷ Rapport COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Doc. Fr., coll. des Rapports Officiels, 2008, p.31-32 ; A. VITU, p.258.

³⁵⁵⁸ M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°389.

³⁵⁵⁹ La jurisprudence fait en effet une application singulière de l'article 121-3 du Code pénal aux infractions de droit pénal spécial (W. JEANDIDIER, *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose*, réf. préc., p.369 et s.) où l'intention est, au mieux, présumée.

³⁵⁶⁰ B. BOULOC, *op. cit.*, p.132.

³⁵⁶¹ A. VITU, *op. cit.*, p.261.

³⁵⁶² M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°379 et s.

l'intention sur laquelle devrait se concentrer la sanction pénale n'est pas uniquement celle de porter atteinte aux intérêts de la société et des associés. La seconde ligne directrice, relative aux valeurs protégées, peut en attester.

Dans un second temps, la doctrine reste attachée à ce que les infractions maintenues protègent des valeurs essentielles du droit des sociétés³⁵⁶³. Ainsi, les infractions ayant pour objet de protéger les associés, les créanciers ou le marché économique en général sont appelées à se maintenir³⁵⁶⁴, par exemple lorsqu'elles sanctionnent la divulgation d'informations mensongères ou l'absence d'information³⁵⁶⁵.

En termes de valeurs protégées, il n'est donc pas question de ne sanctionner pénalement que les atteintes à la relation fiduciaire qui peut exister entre le dirigeant et la personne morale et ses associés. Il s'agira tout autant de protéger l'ordre public économique que les créanciers de la société. C'est pourquoi, même si le dirigeant agit frauduleusement dans l'intérêt immédiat de sa société, il doit être sanctionné. Ainsi, la souscription ou l'acquisition de ses propres actions par une société peut ne pas être préjudiciable au patrimoine de la société³⁵⁶⁶. Mais lorsque la société conserve ces actions, une partie de son capital devient fictif, ce qui est alors dangereux pour le patrimoine social, ses créanciers et finalement le marché économique. Ce comportement doit donc rester pénalement sanctionné³⁵⁶⁷ même si le dirigeant entend ainsi agir dans l'intérêt immédiat de sa société.

Là encore, le respect du lien fiduciaire par le dirigeant est jugé inopérant à justifier la dépénalisation du comportement.

Une dernière proposition semble en revanche plus proche du régime de responsabilité civile des dirigeants : privilégier la responsabilité de la personne morale³⁵⁶⁸. Reste que cette proposition n'est plus guère majoritaire à l'heure de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales³⁵⁶⁹, à moins d'y intégrer les propositions doctrinales visant à éviter le cumul des responsabilités pénales de la personne morale et de son organe ou représentant personne physique³⁵⁷⁰.

³⁵⁶³ Une partie de la doctrine insiste cependant encore pour que la répression se limite aux infractions impliquant une atteinte effective à ces valeurs, à l'exclusion des infractions formelles (M. HASHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°397).

³⁵⁶⁴ Rapport COULON, réf. préc., p.31-32.

³⁵⁶⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶⁶ La société peut ainsi spéculer sur elle-même.

³⁵⁶⁷ Article L. 242-24 du Code de commerce.

³⁵⁶⁸ Y. GUYON, *op. cit.*, p.46.

³⁵⁶⁹ La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales par la loi du 9 mars 2004 n'a cependant pas mis fin à toutes les difficultés en la matière (V. *infra* note de bas de page n°3899). Ainsi, en l'état actuel de la législation, l'abus de biens sociaux ne semble pas pouvoir être reproché à une personne morale (V. *infra* n°). Nombreuses sont pourtant les sociétés dirigeantes d'autres sociétés.

³⁵⁷⁰ V. *infra* n°738.

682. Résultats de la « vague de dépenalisations ». – Cette vague inspire un premier jugement de réalité³⁵⁷¹ : la dépenalisation n'est pas totalement synonyme de déréglementation. En effet, si le législateur a abrogé de manière pure et simple certaines infractions³⁵⁷², il a surtout substitué des sanctions civiles à une peine, poursuivant un objectif plus proche du rétablissement de l'ordre³⁵⁷³.

Elle appelle ensuite une seconde constatation. Bien que davantage guidée par le caractère formel et non intentionnel de l'infraction et par le fait que le comportement incriminé corresponde à une omission, la dépenalisation a mécaniquement fait sortir du champ de la répression de nombreuses infractions de fonction³⁵⁷⁴. Certaines infractions de réglementation ont toutefois été maintenues, telle que l'omission de communiquer des informations sociales³⁵⁷⁵ ou le défaut de présentation des comptes sociaux à l'assemblée générale³⁵⁷⁶ (dont les peines applicables ont partiellement changé³⁵⁷⁷), rendant compte de la volonté de protéger la valeur essentielle, dans le droit des affaires, de l'information³⁵⁷⁸.

683. Synthèse. – Pour conclure, le droit pénal des sociétés confirme les informations tirées du droit commun. La sanction pénale des atteintes à la relation de confiance établie entre le dirigeant et les propriétaires de la société existe bien, mais elle n'est ni exclusive de la protection de valeurs plus générales et de personnes extérieures à la société, ni plus sévère lorsqu'elle vise spécialement l'atteinte à la relation fiduciaire.

³⁵⁷¹ Pour un jugement de valeur porté sur les vagues de dépenalisation, V. not. W. JEANDIDIER qui, bien que favorable à une certaine dépenalisation, ne peut que constater un certain « délire maniaco-réformateur », *L'art de dépenaliser : l'exemple du droit des sociétés in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p.449.

³⁵⁷² La loi du 22 mars 2012 a purement et simplement abrogé le délit consistant à omettre, dans l'acte de société, la déclaration concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, la libération des parts et le dépôt des fonds (ancien article L. 241-1 du Code de commerce).

Il est notable que certaines abrogations pures et simples ne conduisent pas nécessairement à une dépenalisation du comportement précédemment incriminé mais à une « désécialisation ». Ainsi, la fausse déclaration concernant la répartition des parts sociales, la libération des parts ou le dépôt de fond relèvera de la qualification commune de faux à condition que la valeur probatoire du document et le préjudice causé soient démontrés. (B. BOULOC, *La dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, D. 2003, p.2492, spé.p.2493).

³⁵⁷³ V. *supra* n°588.

³⁵⁷⁴ Parmi les infractions citées, l'omission d'immatriculer une société (ancien article L. 123-4 du Code de commerce), l'omission de publicités ou de mentions formelles sur les documents sociaux (anciens articles L. 241-7 et L. 246-1 du Code de commerce), l'omission de tenue des assemblées (articles L. 241-5 et L. 242-10 du Code de commerce avant leur modification par la loi du 22 mars 2012), l'absence d'établissement d'un procès-verbal relatif aux délibérations du conseil d'administration (ancien article L. 242-7 du Code de commerce) ou de toute assemblée de la société anonyme (ancien article L. 242-15 3° du Code de commerce), l'omission de communiquer certains documents sociaux (anciens articles L. 242-12, L. 242-13, L. 225-119, L. 241-4 2° et 3°, L. 242-14 et L. 247-7 3° du Code de commerce) ont été dépenalisées.

³⁵⁷⁵ Articles L. 242-8, L. 247-1 et L. 247-2 du Code de commerce.

³⁵⁷⁶ Articles L. 241-5 et L. 242-10 du Code de commerce.

³⁵⁷⁷ Restent inchangées les sanctions dans les SA et SCA tandis que la peine de 6 mois d'emprisonnement prévue auparavant dans les SARL a laissé la place à une amende de 9 000 €.

³⁵⁷⁸ V. *supra* n°681 des conclusions similaires par le rapport COULON (réf. préc.).

Cela justifie donc que si de nombreux délits-obstacles visant à prévenir une atteinte au pouvoir fiduciaire du dirigeant ont été dépénalisés, de nombreuses autres infractions de fonction restent sanctionnées au côté d'abus infractionnels de fonction.

Enfin, si la multiplication des incriminations en droit pénal des sociétés est un bon indicateur de la volonté d'une moralisation exacerbée de la vie des affaires, elle est également significative d'une attention particulière portée à la fonction de direction³⁵⁷⁹, qui concentre la plupart des obligations de faire pénalement sanctionnées du droit des sociétés³⁵⁸⁰. Le destin de l'abus de biens sociaux pourrait bien confirmer cette dernière assertion.

b. La volonté jurisprudentielle de surpénaliser l'abus de biens sociaux

684. Présentation de l'infraction d'abus de biens sociaux. – Bien que le législateur ait incriminé distinctement l'abus des biens sociaux et du crédit de la société³⁵⁸¹ et l'abus des pouvoirs et des voix³⁵⁸², ces deux infractions ne diffèrent que par l'objet dont il est fait « abus ». Ces abus consistent pour les dirigeants à « faire, de mauvaise foi, [...] , un usage [des biens] qu'ils savent contraire à l'intérêt de [la société], à des fins personnelles [...] ».

La seule lecture des textes d'incrimination met ainsi en évidence les deux composantes principales de ce délit : un usage contraire à l'intérêt de la société et la poursuite par le dirigeant de fins personnelles. De cette lecture objective découlent cependant plusieurs analyses de l'infraction, dictées par la préférence pour la théorie institutionnelle ou contractuelle de la société. Une telle divergence d'interprétation est inévitable puisque l'infraction repose en partie sur la notion très controversée d'intérêt social³⁵⁸³. Elle l'est d'autant plus que la jurisprudence, particulièrement prolixe en la matière³⁵⁸⁴, donne des signaux contradictoires, en même temps qu'elle opère une certaine transformation du délit.

685. Un constat partagé d'une surpénalisation. – La surpénalisation jurisprudentielle de l'abus de biens sociaux est un constat opéré par des auteurs appartenant aux deux courants doctrinaux³⁵⁸⁵. *A minima*, cette surpénalisation s'analyse comme la sanction de comportements étrangers à la *ratio legis* initiale de l'infraction. Le principe de légalité criminelle est respecté – la jurisprudence se contentant de donner une interprétation maximale du texte – mais l'esprit

³⁵⁷⁹ M. HASCHE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°113 et s.

³⁵⁸⁰ V. *infra* n°715 et s. pour un constat analogue à travers la problématique de l'imputation.

³⁵⁸¹ Articles L. 241-3 4° (SARL), L. 242-6 3° (SA), L. 243-1 (SCA) et L. 244-1 (SAS) du Code de commerce ; L. 241-6 3° du Code de la construction et de l'habitat (sociétés immobilières de gestion), L. 231-11 du Code monétaire et financier (sociétés civiles faisant appel à l'épargne) et L. 3310-28 du Code des assurances (sociétés d'assurance).

³⁵⁸² Articles L. 241-3 5° et L. 242-6 4° du Code de commerce.

³⁵⁸³ V. *supra* n°59.

³⁵⁸⁴ Il faut se souvenir que c'est la principale infraction de droit pénal spécial qu'elle met en application.

³⁵⁸⁵ En ce sens, D. REBUT, *Les sanctions pénales et la gestion des sociétés*, RJC 2001, p.119.

du texte est malmené. A *maxima*, la jurisprudence fait fi d'un ou plusieurs éléments constitutifs. In *fine*, l'infraction en ressort dénaturée.

Cette évolution n'est pas sans enjeu au regard de l'appréhension de la faute de fonction par le droit pénal car la dénaturation de l'infraction pourrait conduire à l'incrimination non plus seulement d'un abus de fonction mais également d'une simple faute de fonction.

Il convient de vérifier les deux assertions à travers l'étude des éléments caractéristiques de cette infraction : l'usage contraire à l'intérêt de la société³⁵⁸⁶ et la poursuite de fins personnelles par le dirigeant.

686. L'usage contraire à l'intérêt social. Infraction formelle. – A la différence de l'abus de confiance³⁵⁸⁷, infraction dont il est dit qu'elle serait filialement liée à l'abus de biens sociaux³⁵⁸⁸, le délit commercial n'exige pas, pour sa consommation, la preuve d'un préjudice³⁵⁸⁹. Le dommage social est donc indifférent à la constitution de l'infraction³⁵⁹⁰. A cet égard, l'infraction est donc formelle, encore qu'il soit difficile de l'affirmer en l'absence de tout consensus sur la valeur qu'elle doit protéger³⁵⁹¹. Cette spécificité l'éloignerait ainsi de l'abus de confiance³⁵⁹², infraction matérielle³⁵⁹³, ce qui doit être relativisé par le caractère

³⁵⁸⁶ Sur cette notion, V. not. G. MATTHIEU, *L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux*, Gaz. Pal. 30 juin-2 juillet 2002, p.1045.

³⁵⁸⁷ Article 314-1 du Code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, 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. »

³⁵⁸⁸ La création de l'abus de biens sociaux a découlé des insuffisances de l'abus de confiance (B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, 2012, n°2).

³⁵⁸⁹ Le sénateur MARINI, dans son rapport, avait proposé que l'atteinte aux intérêts patrimoniaux de la société relève des éléments constitutifs de l'infraction (Rapport MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, La Doc. fr., coll. des Rapports Officiels, 1996, p.112).

³⁵⁹⁰ D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, Rép. pén. Dalloz, 2011, n°11 ; *Comp.*, M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°511 : elle affirme la nécessité d'un préjudice éventuel.

³⁵⁹¹ Les différentes propositions de la doctrine peuvent être regroupées en deux catégories selon qu'elles sont plutôt rattachables à une analyse contractuelle ou à une analyse institutionnelle de la société. Proches de la tendance contractuelle, certains auteurs restent attachés à une lecture traditionnelle faisant de l'infraction une forme d'appropriation frauduleuse portant atteinte au patrimoine social, que cette atteinte soit économique (B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°52) ou simplement juridique (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, vol. 98, 2010, n°916). D'autres adoptent une solution hybride selon laquelle l'abus de biens sociaux protégerait le patrimoine social et les relations fiduciaires (M. HASCHKE-DOURNAUX, *op. cit.*, n°409). Plus proches de la tendance institutionnelle, certains auteurs préfèrent voir dans cette incrimination l'expression de la protection de l'entreprise (J. PAILLUSSEAU, obs. sous Crim. 10 juillet 1995, JCP 1996, I, 22572, p.47 : « ce n'est pas seulement le patrimoine de l'entreprise qu'il convient de protéger mais l'entreprise elle-même », de l'activité économique de celle-ci (C. DUCOULOUX-FAVARD, *Lamy Droit pénal des affaires*, 2011, n°1873) ou de l'ordre public professionnel (M. BENEJAT, *op. cit.*, n°194).

Si l'infraction formelle se définit par opposition à l'infraction matérielle dont le seuil de consommation est fixé à l'atteinte effective de la valeur protégée (P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°318), la seule indifférence au préjudice, économique notamment, ne suffit pas à conclure à l'appartenance de l'infraction à l'une ou l'autre des catégories.

³⁵⁹² En ce sens, W. JEANDIDIER (*L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance*, réf. préc., spé. n°19) qui note que l'infraction initialement matérielle, serait devenue formelle. Le texte d'incrimination, se limitant à incriminer un « usage » semble pourtant attester de la possibilité, sinon de la volonté originaire, d'y voir une infraction formelle.

³⁵⁹³ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011, n°812.

quasi-automatiquement préjudiciable de tout détournement constitutif de cette dernière infraction³⁵⁹⁴.

Cette caractéristique n'est cependant pas susceptible de remettre en question sa qualification d'abus infractionnel de fonction. Lors de l'analyse conceptuelle, le seuil retenu pour qualifier un détournement consécutif au non-respect de l'intérêt de la société avait été fixé en amont de la survenance d'un préjudice pour cette dernière³⁵⁹⁵. La constatation d'un acte contraire ou incompatible avec l'intérêt de la société, bref du seul comportement de l'agent, à l'exclusion de ses conséquences, permettait à elle seule la qualification de détournement. En ce sens, l'abus de biens sociaux serait bien un détournement de fonction. Pour ne pas prêter à confusion, il faut toutefois s'attarder sur cette notion de détournement car elle pourrait faire penser, à tort, que l'abus de biens sociaux est un abus de confiance spécial.

687. L'usage contraire à l'intérêt de social : détournement ? – Au stade du comportement incriminé, l'abus de biens sociaux fait également preuve d'originalité par rapport à l'abus de confiance. En effet, si l'usage des biens sociaux prend souvent la forme d'une appropriation du bien³⁵⁹⁶, ce qui pourrait alors également constituer un détournement au sens de l'article 314-1 du Code pénal³⁵⁹⁷, il peut également consister en une simple utilisation abusive des biens de la société³⁵⁹⁸. La jurisprudence a même admis qu'une abstention pouvait être considérée comme un usage abusif³⁵⁹⁹. Autrement dit, l'appropriation des biens de la société par le dirigeant n'est pas nécessaire à la consommation de l'infraction³⁶⁰⁰, ce qui

³⁵⁹⁴ Il est en effet jugé que le préjudice éventuel suffit (Crim. 18 mars 1936, RSC 1936, p.562, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES), inhérent à la nature de l'objet et à son détournement (Crim. 5 mars 1980, B. n°81, D. 1980, inf. rapp., p.335, obs. M. PUECH). C'est dire que le détournement implique nécessairement un préjudice ou atteinte patrimoniale (Crim. 12 avril 1967, B. n°115 – Crim. 13 janvier 2010, Dr. pén. 2010, comm. 61). Le simple préjudice moral a également été admis (Crim. 19 mai 2004, Dr. pén. 2004, comm. 129 ; RPDP 2005, p.239, obs. V. MALABAT).

³⁵⁹⁵ V. *supra* n°304.

³⁵⁹⁶ Crim. 16 mars 1970, Rev. sociétés 1970, p.480, note B. BOULOC – Crim. 31 mai 2006, Rev. sociétés 2007, p.121, obs. B. BOULOC : prélèvements sur son compte courant d'associé supérieurs au montant de sa créance. L'appropriation passe également par la prise en charge, par la société, des dépenses personnelles du dirigeant (Crim. 13 décembre 2000, Bull. Joly 2001, § 389, note J.-F. BARBIERI : travaux réalisés dans un immeuble du président – Crim. 26 juin 1978, JCP 1978, IV, 273 : rémunération d'un domestique – Crim. 13 mai 1991, n°90-84154 : travaux de jardinage).

³⁵⁹⁷ L'abus de confiance est une appropriation frauduleuse consécutive à une remise préalable à titre précaire ; le détournement désigne une interversion du titre de possession (P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuels, 3^{ème} éd., 2007, n°557 ; R. OLLARD, F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, coll. Grand Amphi Droit, 2011, p.275), laquelle extériorise la volonté de l'agent de se comporter, même momentanément comme le propriétaire de l'objet remis. Selon la jurisprudence, l'auteur doit avoir exercé indûment les droits du propriétaire (Crim. 9 mars 2005, n°03-87371 (inédit), RPDP 2005, p.977, obs. S. FOURNIER).

³⁵⁹⁸ Crim. 10 octobre 1983, n°83-93.735 : utilisation temporaire des bâtiments sociaux (un château) à titre d'habitation.

³⁵⁹⁹ Crim. 28 janvier 2004, Rev. sociétés 2004, p.722, note B. BOULOC – *Adde*, D. REBUT, *L'abus de biens sociaux par abstention*, D. 2005, p.1290.

³⁶⁰⁰ D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°21.

semble conforme à la lettre des textes³⁶⁰¹. Il n'est même pas nécessaire que le dirigeant ait entendu se comporter même momentanément comme le propriétaire des biens de la société. Il est alors patent que l'abus de biens sociaux assure la répression de comportements exclus du champ d'application de l'abus de confiance.

Une telle situation conduit à ce que le détournement de fonction ne soit pas uniformément sanctionné en droit pénal. L'abus de biens sociaux ne s'applique, en effet, que pour les dirigeants des sociétés commerciales (à l'exclusion des sociétés en nom collectif)³⁶⁰². Le détournement des dirigeants des sociétés civiles ne pourra donc être sanctionné qu'au titre du droit commun, essentiellement de l'abus de confiance³⁶⁰³. Il en résulte un encadrement pénal plus sévère des dirigeants de sociétés commerciales. Certes, le poids économique et social de ces dernières, considérable dans nos sociétés contemporaines, a sans doute été déterminant de l'attention portée par le législateur au maintien à leur tête d'une direction scrupuleuse. Sur le plan des valeurs cependant, il n'y a aucune raison d'exclure les sociétés civiles du champ d'application de l'abus de biens sociaux, parce qu'il n'y a aucune raison de les exclure de la protection du patrimoine social, de l'entreprise, de l'activité économique de celle-ci ou de l'ordre public professionnel, bref de la protection de toutes les valeurs possiblement protégées par l'abus de biens sociaux. Il n'est pas rare, dans ces conditions, que la doctrine propose l'extension de l'abus de biens sociaux à toutes les sociétés³⁶⁰⁴, cette exigence se faisant de plus en plus pressante à mesure que l'abus de biens sociaux est largement conçu par la jurisprudence³⁶⁰⁵.

688. L'usage contraire à l'intérêt social : le risque anormal et disproportionné. –

Conséquence logique du caractère formel de l'abus de biens sociaux, il a été jugé que la prise de risque constituait un usage contraire à l'intérêt social³⁶⁰⁶. Très tôt la jurisprudence a donc consacré la solution selon laquelle le dirigeant qui, par sa décision, expose sans nécessité le

³⁶⁰¹ Une telle interprétation s'impose d'autant plus que le terme « usage » a été choisi tant pour l'abus des biens de la société que pour celle des pouvoirs ou des voix. Le concept d'appropriation serait visiblement inadéquat à ces deux derniers objets.

³⁶⁰² Principalement, les SA, les SARL et les SAS. V. *supra* note ne bas de page n°3581 les autres sociétés concernées.

³⁶⁰³ B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°21 ; D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc. n°186.

³⁶⁰⁴ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°194 ; W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens sociaux*, J.-cl. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011, n°4.

³⁶⁰⁵ D'autres auteurs considèrent à l'inverse que l'abus de biens sociaux pourrait être déspecialisé au profit de l'abus de confiance. D'aucuns jugent en effet que la nouvelle rédaction de l'infraction (issue de la réforme de 1992) devrait permettre la répression du seul usage abusif dès lors que l'usage de la chose est contraire à l'affectation qui lui a été donnée (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, n°156).

Cette interprétation élargie ouvre cependant la porte à la répression du propriétaire (V. MALABAT, *op. cit.*, n°792), qui invoque la possibilité pour le bénéficiaire d'une donation avec charges de détourner son propre bien de la finalité qui lui avait été affectée, ce que la jurisprudence refuse (V. par ex. Crim. 19 septembre 2007, D. 2008, p.958 note D. REBUT), sans doute par référence à la mention du « préjudice d'autrui » dans l'incrimination.

³⁶⁰⁶ La doctrine parle parfois de « contrariété virtuelle » à l'intérêt social (W. JEANDIDIER, *L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ?*, CDE 2006, dossier *Le risque pénal dans l'entreprise*, n°2, spé. p.31).

patrimoine social à un risque anormal de perte pécuniaire doit être sanctionné³⁶⁰⁷. Cette solution a été très critiquée³⁶⁰⁸ mais la solution peut être admise, à la condition que la jurisprudence se contente de sanctionner les prises de risques disproportionnées³⁶⁰⁹. En théorie, elle ouvre cependant la possibilité pour le juge pénal de s’immiscer dans la gestion des sociétés³⁶¹⁰. En pratique, la jurisprudence semble se montrer raisonnable, notamment en appréciant la prise de risque au jour de la décision³⁶¹¹, évitant ainsi que « le succès [devienne] le critère de la légitimité de l’action »³⁶¹².

Si une prise de risque anormale est effectivement constitutive d’un usage contraire à l’intérêt social, l’infraction reste encore un détournement. Les solutions jurisprudentielles relatives à l’abus de biens sociaux proposent ainsi d’enrichir la définition conceptuelle de la faute de fonction³⁶¹³. Elles indiquent également que la sanction pénale semble devoir intervenir le plus tôt possible, avant toute atteinte au patrimoine social. Elle se montre ainsi sévère avec le dirigeant qui peut se comporter de manière audacieuse mais pas téméraire, quelle que soit l’issue de sa prise de risque³⁶¹⁴.

689. L’usage contraire à l’intérêt social : l’illicéité. – Suivant la logique de la sanction d’une prise de risque pécuniaire, la chambre criminelle sanctionne également la décision exposant la société à un risque de sanction pénale voire fiscale, ces risques ayant été accrus par la généralisation de la responsabilité des personnes morales. La solution n’avait pourtant rien d’évident, qui intervenait dans des espèces où le dirigeant avait commis des actes de corruption active pour permettre à sa société d’obtenir un marché. Dès lors, deux logiques s’opposaient : une logique à court terme, selon laquelle l’acte était bénéfique à la société car il devait lui permettre de développer son activité, et une logique à plus long terme, selon laquelle l’acte était néfaste pour la société car il pouvait mener à l’engagement de la responsabilité de

³⁶⁰⁷ Crim. 10 novembre 1964, JCP 1965, II, 14146, note R.D.M – Crim. 16 mars 1970, B. n°107 – Crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. 6, obs. J.-H. ROBERT.

³⁶⁰⁸ B. BOULOC, *Le dévoiement de l’abus de biens sociaux*, réf. préc., p.305.

³⁶⁰⁹ R. OLLARD, *op. cit.*, n°927.

³⁶¹⁰ La problématique relative à la rémunération des dirigeants est éclairante à ce propos. Ainsi, alors que certaines décisions qualifient, à juste titre, l’abus de biens sociaux lorsque le dirigeant a abusé de ses pouvoirs pour obtenir l’augmentation de sa rémunération (Crim. 16 mai 2012, n° 11-85.150, D. 2012, p.1401 ; Dr. pén. 2012, comm. 104, J.-H. ROBERT), d’autres décisions semblent se rapprocher davantage d’un encadrement pénal de la gestion des sociétés. L’admission de l’abus de biens sociaux lorsque la rémunération du dirigeant, pourtant décidée de manière régulière, paraissait excessive par rapport aux ressources de la société (Crim. 30 septembre 1991, Bull. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE), a, par exemple, donné lieu à des réactions nuancées, certains se prononçant en défaveur d’une telle solution (B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°71 et s.), d’autres en sa faveur (D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°49).

³⁶¹¹ Crim. 16 janvier 1989, B. n°17, D. 1989, p.495, note COSSON, Rev. sociétés 1989, p.683, note B. BOULOC.

³⁶¹² B. BOULOC, *Le dévoiement de l’abus de biens sociaux*, réf. préc., p.309.

³⁶¹³ Sur celle-ci, V. *supra* n°304.

³⁶¹⁴ Conformément à la nature formelle de l’infraction, une prise de risque anormale pourra être sanctionnée même si elle a finalement été bénéfique à la société (Crim. 16 janvier 1989, réf. préc.).

la société. Après quelques hésitations³⁶¹⁵, la chambre criminelle considère finalement³⁶¹⁶ que tout acte pénalement (ou fiscalement) illicite est nécessairement un acte contraire à l'intérêt social dès lors qu'il « expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation »³⁶¹⁷.

Cette solution appelle plusieurs remarques.

D'abord, elle opère une rupture quasi-irréductible de l'abus de biens sociaux avec l'abus de confiance, confirmant *a priori* la nécessité d'étendre le champ d'application de l'abus de biens sociaux à toutes les sociétés.

Ensuite, elle opère également une rupture avec la qualification de détournement qui avait été retenue au stade de l'analyse conceptuelle de la faute de fonction. Il avait en effet été admis qu'une illicéité puisse être compatible avec l'intérêt de la société³⁶¹⁸. Cette jurisprudence semble donc retenir un seuil moins élevé pour constater le détournement, résultant de la seule illicéité. Qu'importe qu'il ne s'agisse que d'illicéités pénale et fiscale³⁶¹⁹; selon les critères conceptuels de la faute de fonction, l'abus de biens sociaux ne peut plus être considéré comme un détournement de fonction. Seule la gravité du comportement adopté par le dirigeant pourrait alors faire échapper cette infraction à la qualification de faute de fonction³⁶²⁰. Or, seule cette considération pour la gravité du comportement peut également justifier ces solutions³⁶²¹, dont la pertinence strictement juridique peut être remise en question³⁶²².

En effet, cette solution semble, pour finir, difficilement conciliable avec les conditions d'engagement de la responsabilité des personnes morales. Ces dernières engagent leur

³⁶¹⁵ Cette question a suscité plusieurs interventions de la Cour de cassation. Dans un arrêt *Carpaye* en date du 22 avril 1992, la chambre criminelle a décidé que « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite » (B., n°169; Rev. sociétés 1993, p.124, note B. BOULOC; D. 1995, p.59, note H. MASTOPOULOU). Elle a ensuite semblé revenir sur cette position de principe dans plusieurs arrêts du 11 janvier 1996 (Rev. sociétés 1996, p.586, note B. BOULOC), du 20 juin 1996 (D. 1996, p.589, obs. B. BOULOC) et surtout du 6 février 1997 (arrêt *Botton*, D. 1997, p.334, note J.-F. RENUCCI, Rev. sociétés 1997, p.146, obs. B. BOULOC, Bull. Joly 1997, 291, note J.-F. BARBIERI). Enfin, dans l'arrêt *Carignon* du 27 octobre 1997, elle décide finalement que l'acte illicite constitue un abus de biens sociaux (Rev. sociétés 1997, p.869, note B. BOULOC; Bull. Joly 1998, § 2, note J.-F. BARBIERI).

³⁶¹⁶ La solution sera maintenue : par ex., Crim. 19 septembre 2007, Dr. pén. 2007, comm. 156, J.-H. ROBERT – Crim. 22 octobre 2008, n°07-88111 – Crim. 4 novembre 2009, n°08-88437.

³⁶¹⁷ Arrêt *Carignon*, réf. préc.

³⁶¹⁸ V. *supra* n°300 et s.

³⁶¹⁹ La précision est toutefois très importante en pratique, qui limite opportunément la répression.

³⁶²⁰ L'étude de la jurisprudence relative à la faute de fonction a montré que si la jurisprudence était parfois sensible au dépassement et au détournement de fonction, elle tendait surtout à exclure du régime favorable de la faute de fonction les préposés et mandataires dirigeants ayant commis des actes graves.

³⁶²¹ La solution semble opportunément répondre à un besoin de moralisation de la vie des affaires, A. DEKEUWER, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, I, 310.

³⁶²² Il faut rappeler que la qualification d'abus de biens sociaux permet opportunément aux juges répressifs de poursuivre les dirigeants auteurs de corruption. En raison de règles de prescription différentes et du caractère particulièrement occulte de ces agissements, les dirigeants ne pouvaient être poursuivis sur le fondement de la corruption. Les règles de prescription particulièrement permissives de l'abus de biens sociaux (sur celles-ci, V. D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°228 et s.), permettaient au contraire de ne pas laisser ces agissements scandaleux impunis. Cette fin est-elle cependant à même de justifier le moyen utilisé (la violation du principe de légalité, V. *infra* n°692) ? Cette jurisprudence prendrait-elle fin si, comme le souhaitent certains, la prescription de l'abus de biens sociaux faisait l'objet d'une réforme ?

responsabilité pénale lorsque une infraction aura été commise par l'un de ses organes ou représentant, pour son compte³⁶²³. A l'évidence, dans les espèces ayant donné lieu à cette solution, il aurait été possible d'imputer à la société l'acte de corruption, celui-ci ayant incontestablement été commis pour son compte. L'abus de biens sociaux est alors une infraction-moyen permettant de commettre une corruption, infraction-but³⁶²⁴. Les solutions proposées par une partie de la doctrine³⁶²⁵ ne convainquent guère car elles ne mettent pas fin à l'aporie selon laquelle la personne morale se trouve alors tout à la fois victime (d'une corruption car elle constitue pour elle un abus de biens sociaux) et responsable de la même infraction. Tout juste est-il possible de la faire disparaître par « un jeu d'écritures juridiques » : la société est responsable d'une corruption tandis qu'elle est victime d'un abus de biens sociaux. Elle est en tous cas criminologiquement victime et responsable de son dirigeant. Le plus gros défaut de cette solution réside toutefois ailleurs, dans le peu de cas qu'elle fait de l'élément intellectuel exigé par les textes d'incrimination.

690. La poursuite de fins personnelles. – Le second élément caractéristique de l'abus de biens sociaux réside dans la dualité de son élément moral. Ainsi, les textes renvoient-ils d'une part, à la « mauvaise foi » des dirigeants – qui doit alors s'analyser comme une volonté d'accomplir un acte que le dirigeant sait être contraire à l'intérêt social³⁶²⁶ – et relèvent-il d'autre part, la nécessité d'établir que le dirigeant a agi « à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il[s] [est] intéressé[s] directement ou indirectement ». L'infraction n'est donc pas simplement intentionnelle mais exige également la démonstration d'un dol spécial³⁶²⁷.

L'existence de ce dol spécial semblait justifiée par la volonté du législateur de ne punir le dirigeant que pour sa malhonnêteté et pas pour sa témérité ou sa maladresse³⁶²⁸. Ce dol spécial était ainsi appelé à jouer un « rôle de rempart contre la sanction des fautes de gestion »³⁶²⁹. Cette interprétation originariaire de l'infraction aurait ainsi permis d'affirmer que le seuil de la

³⁶²³ Article 121-2 du Code pénal.

³⁶²⁴ A. DEKEUWER, *op. cit.* ; W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, réf. préc., n°52.

³⁶²⁵ A. DEKEUWER, *op. cit.*, spé. p. 313.

³⁶²⁶ B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°116 et s. ; D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°130 et s.

³⁶²⁷ Certains auteurs considèrent que la référence aux fins personnelles ne relève pas exclusivement de l'élément moral de l'infraction mais s'intègre à l'usage (B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°89 et s.). Une telle conception impliquerait alors la transformation d'un dol spécial en dol général, étant entendu qu'il suffirait de démontrer que le délinquant tendait sa volonté vers les actes illicites décrits (sur ces notions, V. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, réf. préc., n°383-384).

Or, il est notable que seul l'usage contraire à l'intérêt social est exigé par le texte. Ainsi convient-il d'admettre avec la plupart des auteurs qu'il s'agit bien d'un dol spécial (P. CONTE, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004, n°283 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2010, n°774 ; D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°144 ; F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2009, p.247.

³⁶²⁸ F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, réf. préc., p.247.

³⁶²⁹ R. OLLARD, *L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ?* Dr. pén. 2009, étude 19, spé. n°14.

répression était à cet égard plus élevé que celui qui permettait la qualification de détournement de fonction³⁶³⁰. La faute de fonction était donc en quelque sorte protégée de la sanction pénale par ce dol spécial.

Or, la jurisprudence a peu à peu détruit cet édifice, faisant de la référence à l'intérêt personnel une « clause de style » inapte à compenser l'extension de l'élément matériel³⁶³¹.

691. Définition extensive de l'intérêt personnel. – Souhaitant n'appréhender que les comportements malhonnêtes mais tous les comportements malhonnêtes, la loi avait déjà permis que cet intérêt personnel puisse être direct ou indirect³⁶³². La jurisprudence a ensuite rapidement jugé que cet intérêt pouvait ne pas être matériel mais simplement moral. Ainsi, la préservation de la réputation familiale³⁶³³ et même la recherche du prestige ou de la notoriété³⁶³⁴ suffisent à caractériser le dol spécial³⁶³⁵.

La consistance déjà tenue de l'intérêt social est encore amoindrie par l'admission d'un intérêt personnel simplement partiel, la répression intervenant désormais lorsque l'intérêt poursuivi par le dirigeant est à la fois social et personnel aux motifs qu' « aucun texte n'exige que l'usage des biens sociaux ait lieu à des fins exclusivement personnelles »³⁶³⁶. Ainsi le juge pénal rappelle-il sans doute que l'alignement de l'intérêt des dirigeants sur celui de la société, qui devait constituer un encouragement à toujours rechercher la maximisation du profit de la société³⁶³⁷, a donc pour limite la prévalence de l'intérêt de la société.

692. Disparition progressive du dol spécial. – Deux types de solutions concourent à la véritable disparition de la condition d'une action dans un intérêt personnel.

En premier lieu, la poursuite d'un intérêt personnel est désormais présumée à partir de la clandestinité des prélèvements sociaux³⁶³⁸. *A priori*, l'usage d'une présomption afin de caractériser un état d'esprit n'est pas choquant ; le juge pénal ne dispose guère d'autres solutions à défaut d'aveu de l'agent. Trois critiques peuvent toutefois être adressées à la présomption d'intérêt personnel telle qu'elle est pratiquée. D'abord, il peut être reproché à la Cour de cassation de ne pas s'appuyer sur un faisceau d'indices mais de sembler se contenter de l'indice unique de la clandestinité. Ensuite, et corrélativement, la Cour semble plutôt opérer

³⁶³⁰ V. *supra* n°304.

³⁶³¹ D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°151.

³⁶³² B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°89 et s. – Par exemple, doit être qualifié d'abus de biens sociaux les prélèvements effectués pour l'achat des parts sociales de la société au profit d'une autre société (Crim. 8 novembre 2006, Rev. sociétés 2007, p.374, obs. B. BOULOC).

³⁶³³ Crim. 3 mai 1967, B. n°148.

³⁶³⁴ Crim. 20 mars 1997, Rev. sociétés 1997, p.581, note B. BOULOC.

³⁶³⁵ Pour un aperçu plus exhaustif du contenu de l'intérêt personnel, V. B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°98 et s.

³⁶³⁶ Crim. 25 octobre 2006, Rev. sociétés 2007, p.146, obs. B. BOULOC ; Bull. Joly 2007, § 47, obs. J.-F. BARBIERI.

³⁶³⁷ V. *supra* n°485.

³⁶³⁸ Crim. 11 janvier 1996, arrêt *Rosemain*, Rev. sociétés 1996, p.586, obs. B. BOULOC – Crim. 14 juin 2006, Dr. pén. 2006, comm. 127, obs. J.-H. ROBERT.

un renversement de la charge de la preuve³⁶³⁹ puisqu'elle juge que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel »³⁶⁴⁰. Enfin, les motifs d'un arrêt du 31 janvier 2007 relatif à l'affaire *Elf* laissent entrevoir la possibilité que cette présomption d'intérêt personnel fondée sur le caractère occulte des prélèvements devienne irréfragable³⁶⁴¹, faisant mécaniquement disparaître cette condition légale.

Certains auteurs s'en féliciteront peut-être, relevant que cette exigence est probablement devenue superflue³⁶⁴², si elle ne l'a pas toujours été³⁶⁴³. Il n'empêche qu'il y a quelque chose de gênant, au regard du principe de légalité criminelle, à évincer plus ou moins subrepticement, l'un des éléments constitutifs du délit. L'attitude de la chambre criminelle est révélatrice de ce possible malaise puisque tout en poursuivant son travail de dilution de la notion d'intérêt personnel, elle en rappelait l'exigence³⁶⁴⁴, peut-être pour « sauver les apparences » ainsi que certains auteurs le pensent³⁶⁴⁵. Il ne faut pourtant pas s'y tromper : le « retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux »³⁶⁴⁶ n'est qu'un mirage, ce que confirme le maintien de la jurisprudence *Carignon*.

En second lieu, en effet, il est bien difficile de percevoir une quelconque préoccupation de la chambre criminelle pour la condition d'une action dans un intérêt personnel lorsqu'elle décide que la commission d'une infraction (pénale ou fiscale) intentionnelle suffit à caractériser l'abus de biens sociaux parce qu'elle expose la société à des sanctions³⁶⁴⁷. Il pourra certes être objecté, compte tenu de l'acception large de l'intérêt personnel, que le dirigeant commettant une corruption afin que sa société obtienne un marché, recherche le prestige d'être parvenu au développement de l'activité de la société qu'il dirige³⁶⁴⁸. Mais cette confusion de l'intérêt personnel avec la recherche de la maximisation du profit de sa société est à juste titre critiquable³⁶⁴⁹.

³⁶³⁹ R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, réf. préc., n°911.

³⁶⁴⁰ Crim. 11 janvier 1996, réf. préc.

³⁶⁴¹ B. n°28 ; Rev. sociétés 2007, p.379, obs. B. BOULOC ; RSC 2007, p.310, obs. D. REBUT. – Dans cet arrêt, il n'est en effet plus question de demander au dirigeant de se justifier mais d'affirmer sans ambages que le versement de commissions frauduleuses « déposées sur des comptes occultes pour en dissimuler totalement la destination, caractérisait l'intérêt personnel » – *Adde*, en ce sens, R. OLLARD, *op. cit.*, *loc.cit.*

³⁶⁴² W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, réf. préc., n°79.

³⁶⁴³ M. SEGONDS, *A propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel*, D. 2003, p.505.

³⁶⁴⁴ Crim. 1^{er} mars 2000, Bull. Joly 2000, § 710, obs. A. MEDINA ; RSC 2000, p.576, note B. BOULOC – Crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, comm. 157, note R. SALOMON – Crim. 4 novembre 2004, Dr. sociétés 2005, comm. 57, note R. SALOMON.

³⁶⁴⁵ J.-P. BROUILLAUD, *Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ?*, D. 2008, p. 375.

³⁶⁴⁶ H. MATSOPOULOU, *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, D.2005, p.2075. – V. cependant, Crim. 6 juin 2007, RSC 2007, p.832, obs. D. REBUT.

³⁶⁴⁷ V. *supra* n°689.

³⁶⁴⁸ Dans un sens proche, Crim. 14 mai 2003, RSC 2003, p.797, obs. D. REBUT.

³⁶⁴⁹ D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°76.

693. Conséquences quant au seuil de la répression pénale. – La disparition du dol spécial opère un rapprochement certain entre l’abus de biens sociaux et le détournement de fonction tel qu’il a été conceptuellement défini dans la première partie. Ce dernier est en effet acquis dès lors que l’agent adopte un comportement contraire ou incompatible avec l’intérêt de celui pour le compte duquel il doit agir.

Cette mise en parallèle permettrait ainsi de rassurer une partie de la doctrine, convaincue que le juge pénal entend s’arroger un pouvoir d’appréciation de la gestion des sociétés commerciales³⁶⁵⁰. L’abus de biens sociaux, à bien des égards, et malgré la disparition de la condition d’une action dans un intérêt personnel, demeure donc une infraction sanctionnant exclusivement « un détournement de pouvoirs »³⁶⁵¹ ou un « abus de pouvoirs professionnels »³⁶⁵². Seule exception à ce constat satisfaisant : la qualification systématique de l’abus de biens sociaux lorsque le dirigeant a commis une infraction pénale intentionnelle pour le compte de sa société.

Cette mise en parallèle ne permet pas davantage de trancher l’épineuse question de la valeur protégée par cette infraction³⁶⁵³, dont dépendent pourtant certaines solutions³⁶⁵⁴.

Elle est cependant suffisante à jauger le seuil à partir duquel la répression pénale intervient et à conforter le sentiment de la nécessité de sanctionner les détournements de fonction tels qu’ils

³⁶⁵⁰ R. OLLARD, *L’abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ?*, réf. préc. – Lorsqu’ils sont interrogés à ce sujet, les magistrats se montrent d’ailleurs rassurants : M. DESPLAN, *Le juge pénal et l’abus de biens sociaux* in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.157 ; L. PFLUG, *Le juge pénal et la décision de gestion* in *Le juge et la décision de gestion*, réf. préc., p.167.

³⁶⁵¹ E. DEKEUWER, *Défense et illustration de l’incrimination d’abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, I, 310.

³⁶⁵² M. BENEJAT, *op. cit.*, n°194.

³⁶⁵³ V. *infra* note bas de page n°3591.

³⁶⁵⁴ Seules deux problématiques seront ici rappelées.

La première est relative au champ d’application de l’infraction, que la jurisprudence a étendu aux EURL (Crim. 14 juin 1993, Bull. Joly 1993, § 337, note B. SAINTOURENS – Crim. 20 février 2002, Rev. sociétés 2002, p. 546, note B. BOULOC). Cette solution, souvent invoquée pour justifier de la pertinence d’une analyse institutionnelle de l’infraction (M. BENEJAT, *op. cit.*, n°197), est certes critiquée par les plus farouches partisans de l’analyse patrimo-fiduciaire (B. BOULOC, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°15). Elle peut toutefois être justifiée sans sacrifier à l’analyse contractuelle de la société et patrimoniale de l’abus de biens sociaux, dès lors que l’infraction protège également, à travers le patrimoine social, les intérêts des créanciers de la société.

Cette référence aux créanciers de la société expliquerait également que l’assentiment du conseil d’administration ou de l’Assemblée générale soit inopérant (Crim. 22 septembre 2004, Dr. pén. 2004, comm. 177, obs. J.-H. ROBERT). Ainsi, la doctrine explique-t-elle que si le consentement de la victime est ici sans effet, ce n’est pas parce que l’infraction ne protège pas le patrimoine social, mais parce que l’atteinte à ce patrimoine social fait plusieurs victimes dont il faudrait obtenir le consentement pour faire disparaître l’infraction (X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, spé. n°136). D’autres auteurs considèrent, à l’inverse, que cela démontre la pertinence d’une analyse plus institutionnelle selon laquelle l’infraction protégerait un ordre public professionnel plus que des intérêts privés (M. BENEJAT, *op. cit.*, n°199).

Il est permis de s’interroger sur la logique de la chambre criminelle, qui affirme tout à la fois que l’abus de biens sociaux protège « le patrimoine de la société et les intérêts des tiers, au même titre que les intérêts des associés » (Crim. 8 mars 1967, B. n°94) mais qu’associés et créanciers ne sauraient se constituer partie civile (pour les associés : Crim. 13 décembre 2000, B. n°373 ; Rev. sociétés 2001, p.394, note B. BOULOC, suite à un revirement de jurisprudence – Sur ce point, V. D. REBUT, *Abus de biens sociaux*, réf. préc., n°258 et s. – ; pour les créanciers : Crim. 24 avril 1971, Rev. sociétés 1971, p.608, note B. BOULOC) – V. *supra* note de bas de page n°3095 à propos des associés.

ont été conceptuellement définis, indépendamment de toute référence à la poursuite d'un intérêt personnel. Enfin, elle conduit à abonder dans le sens de ceux qui réclament, pour ce faire, que le texte d'incrimination soit modifié, conformément au principe de légalité criminelle³⁶⁵⁵. Il ne faut pourtant pas se leurrer quant aux succès d'une telle opération³⁶⁵⁶.

694. Conclusion. – La tendance jurisprudentielle à surpénaliser l'abus de biens sociaux avait fait craindre que cette infraction, originairement constitutive d'un abus de fonction, ait été transformée en infraction de fonction, sanctionnant la simple erreur de gestion. Il faut sans doute se rassurer à ce propos puisque, si la mise en parallèle de l'infraction avec les critères de qualification de la faute de fonction n'a pas permis de percer tous les mystères de cette « infraction extravagante » car collectionnant les antagonismes³⁶⁵⁷, elle a permis de confirmer que le délit commercial sanctionnait majoritairement les détournements de fonction. La surpénalisation constatée semble en outre attester de la volonté de faire montre d'une certaine sévérité envers les dirigeants. Le droit pénal du travail confirmera-t-il ces propos ?

2. Le droit pénal du travail

695. Propos liminaires. La relation de travail analysée à travers la classification des situations fonctionnelles. – A titre préliminaire, il convient de revenir sur la teneur de la situation fonctionnelle qui est au cœur du droit pénal du travail : la relation de travail. L'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction a en effet permis de montrer que la relation de travail était le lieu d'une situation fonctionnelle complexe.

Envisagée sous l'angle du salarié, la fonction a pour finalité d'accroître la capacité productive de son employeur. Le préposé-salarié est donc placé dans une fonction d'expansion³⁶⁵⁸ qui a pour particularité d'entraîner un accroissement de la responsabilité de celui dont l'efficacité productive est poursuivi (ici l'employeur) et un amoindrissement de la responsabilité de celui qui agit pour la maximisation du profit de l'autre (ici le salarié).

Envisagée sous l'angle de l'employeur, la fonction a une double finalité. En tant que patron-entrepreneur³⁶⁵⁹, l'activité de l'employeur est toute entière tournée vers le développement de l'entreprise pour laquelle il agit. En tant que patron-employeur, l'activité de ce dernier doit également être tournée vers la protection de ses salariés. Cette exigence, pour ne pas dire cette obligation, a d'ailleurs été accrue par la loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail. Cette loi fut effectivement l'occasion de déplacer le

³⁶⁵⁵ J.-P. BROUILLAUD, *Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ?*, D. 2008, p. 375, spé. *in fine*.

³⁶⁵⁶ Les rapports successifs tendent plutôt à obtenir une restriction de l'incrimination.

³⁶⁵⁷ W. JEANDIDIER, *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, réf. préc., n°117.

³⁶⁵⁸ Sur cette notion, V. *supra* n°165.

³⁶⁵⁹ Sur la distinction entre le patron-entrepreneur et le patron-employeur, V. *supra* n°121.

« centre de gravité » du droit pénal du travail vers la protection des droits de la personne³⁶⁶⁰. Elle démontre, mieux encore que l'analyse conceptuelle du cadre de la faute de fonction, que la fonction de l'employeur auprès de ses employés est une fonction de protection³⁶⁶¹. Or, ce type de fonction semble obéir à des règles de responsabilité inversées par rapport aux fonctions d'expansion : le titulaire de la fonction se devant d'agir pour protéger le bénéficiaire de la fonction, sa responsabilité s'en trouve généralement accrue³⁶⁶².

Quel que soit l'angle d'étude de la relation de travail, tout concourt conceptuellement à ce que la responsabilité de l'employeur soit exacerbée. Cela devrait donc se traduire, au stade du fait générateur et donc des incriminations³⁶⁶³ par l'existence de nombreuses infractions dont les éléments constitutifs ne pourraient concerner que la fonction patronale³⁶⁶⁴.

696. Evolution générale du droit pénal du travail. – Alors qu'il est question de concentrer les propos sur l'influence du lien fonctionnel sur la définition des incriminations de droit pénal du travail, plusieurs remarques s'imposent.

En premier lieu, le droit pénal du travail semble avoir connu une évolution analogue aux autres infractions du droit pénal des affaires (catégorie dont il fait partie intégrante³⁶⁶⁵), du moins dans un premier temps. D'abord timide, la matière a également connu une période de prolifération des infractions avant que sa légitimité et son efficacité ne soient remises en question³⁶⁶⁶. Seulement, contrairement au droit des sociétés, le droit pénal du travail n'a pas été dépénalisé. Il fourmille donc toujours de nombreuses infractions de réglementation, à l'égard desquels il est certainement possible de parler d'infractions de fonction. En atteste l'incrimination par renvoi à laquelle se livre principalement le droit pénal du travail³⁶⁶⁷. La situation est logique et correspond finalement à ce qui s'observe en droit pénal commun : la prévalence de la protection de certaines valeurs sur la prise en compte du respect des frontières de sa fonction.

³⁶⁶⁰ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2012, n°6.

³⁶⁶¹ Sur cette notion, V. *supra* n°175.

³⁶⁶² Sur ce point, V. *supra* n°170 et s.

³⁶⁶³ V. *infra* n°707 et s. au stade de l'imputation.

³⁶⁶⁴ Sur ce point, R. OTTENHOF, R. CARIO, *Droit pénal et relations de travail dans l'entreprise* in *Bilan et perspective du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p.123 – V. cependant, la violation des secrets de fabrique (article L. 1227-1 du Code du travail) qui sanctionne la violation d'une obligation de loyauté d'un salarié.

³⁶⁶⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *op. cit.*, n°1.

³⁶⁶⁶ G. LEVASSEUR, *Droit social et droit pénal* in *Etudes de droit du travail, offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p.317 ; OTTENHOF, R. CARIO, *op. cit.*, *in fine*.

³⁶⁶⁷ Par ex., l'article L.4741-1 du Code du travail dispose qu' « est puni d'une amende de 3 750 euros, le fait pour l'employeur ou son délégué de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application :

1° Titres Ier, III et IV ainsi que section 2 du chapitre IV du titre V du livre Ier ;

2° Titre II du livre II ;

3° Livre III ;

4° Livre IV ;

5° Titre Ier, chapitres III et IV du titre III et titre IV du livre V ;

6° Chapitre II du titre II du présent livre. »

En second lieu, le droit pénal du travail a connu une autre évolution parallèle. Tandis que le Code pénal de 1810 avait plutôt tendance à protéger la confiance manifestée par l'employeur en sanctionnant durement toute trahison du salarié, le Code pénal de 1992 est plus attentif à l'état de subordination du salarié qu'elle entend protéger³⁶⁶⁸, « compte tenu du risque d'arbitraire, voire d'exploitation que comporte une telle situation »³⁶⁶⁹. C'est ainsi que « le droit pénal du travail est progressivement devenu le droit pénal de l'employeur »³⁶⁷⁰.

Toutefois, d'un patron « otage » d'une responsabilité pénale systématique à la constatation d'une ineffectivité du droit pénal du travail³⁶⁷¹, les avis divergent grandement sur la répression du chef d'entreprise. En réalité, ce qui peut expliquer l'ampleur de la responsabilité pénale de l'employeur est moins la nature et le nombre des incriminations qui le concernent que la manière dont elles lui sont imputées.

697. Conclusion de la section 1. – Le premier enseignement du droit pénal est celui de l'incapacité de la situation fonctionnelle à faire disparaître l'illicéité pénale. Ici, comme ailleurs, le préposé ou le mandataire dirigeant ne sauraient se prévaloir de leur fonction au titre d'un fait justificatif. En revanche, il est parfaitement possible d'imaginer qu'au cas par cas, et plus particulièrement lorsqu'il sera question du préposé, la situation fonctionnelle puisse jouer un rôle. Ce ne sera cependant possible que pour les infractions dont les éléments constitutifs sont sensibles au contexte de commission de l'infraction, à savoir les infractions d'imprudence.

Le deuxième enseignement réside dans le démenti de l'intuition initiale d'une incrimination différenciée des infractions de fonction et des abus infractionnels de sanction. Celle-ci n'a pas résisté à la décortication des éléments constitutifs des infractions pénales de droit commun et de droit spécial. Le droit pénal entend sanctionner tant les infractions à la réglementation, pour la plupart qualifiables d'infractions de fonction, que les détournements de fonction. L'analyse est surtout vraie pour les infractions de droit spécial où « la répression devient régulatrice »³⁶⁷². Le droit pénal sanctionne cependant plus durement les abus infractionnels de fonction à l'encontre desquels il fulmine parfois de lourdes peines³⁶⁷³. Au-delà de ce constat, le droit positif semble parfois hésitant entre la volonté de dépénaliser certaines infractions de

³⁶⁶⁸ M. SEGONDS, *La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail*, thèse Toulouse 1998, p.9.

³⁶⁶⁹ M. DESPAX, *L'évolution du rapport de subordination*, Dr. soc. 1982, p.11.

³⁶⁷⁰ M. SEGONDS, *op. cit.*, spé. p.7.

³⁶⁷¹ J.-C. JAVILLIER, *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. soc. 1975, p.375, spé. p.378 ; E. SERVERIN, *L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal*, Dr. soc. 1994, p.654.

³⁶⁷² M.-A. FRISON-ROCHE, *La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier in La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.17, n°11 – Adde, M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc.

³⁶⁷³ V. par exemple l'abus de biens sociaux sanctionné de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

réglementation et la tentation d'étendre à l'extrême les incriminations existantes, afin de ne pas laisser impunis des comportements qu'il juge malhonnêtes.

Le troisième enseignement est celui d'une concentration de la répression sur les fonctions de direction, comme si ce type de fonctions impliquait une conduite particulièrement vertueuse, presque irréprochable.

Si l'étude du fait générateur de la responsabilité pénale a pu être aussi riche d'enseignement, elle n'a pu statuer sur l'intégration du régime d'imputation dérogatoire fonctionnelle en droit pénal. C'est pourtant une problématique importante sur laquelle il faut désormais se pencher, en étudiant l'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de responsabilité pénale.

Section 2.

L'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale

698. Problématique soulevée. – L'étude de la sanction civile de la faute de fonction a montré que la logique sanctionnatrice était particulièrement sensible à une imputation comportementale, déclenchée, notamment, par la gravité du comportement dommageable adopté. Partant, l'imputation non comportementale et non causale de la logique réparatrice semble condamnée dans la matière très punitive du droit pénal. Ce serait dès lors rejeter l'importation du régime civil dérogatoire de la faute de fonction.

Le survol de la matière pénale semble effectivement attester de la nécessité d'une imputation comportementale à l'endroit de laquelle la fonction, et donc le lien fonctionnel, ne jouent aucun rôle. Pourtant certaines responsabilités semblent ne pas pouvoir découler d'une telle imputation. Il devient alors légitime d'interroger la place de la faute de fonction et/ou de la fonction dans ces régimes apparemment dérogatoires.

Ces deux observations doivent être approfondies par la mise en perspective du principe d'une imputation comportementale indifférente à la fonction (§ 1.) et de ses exceptions (§ 2.).

§ 1. Le principe d'une imputation comportementale indifférente à la fonction

699. Silence du Code pénal. – Pas plus que le Code civil, le Code pénal ne contient de dispositions générales statuant sur les règles d'imputation applicables. La matière se contente donc de lister et parfois de définir les différentes catégories de fautifs (ou responsables) : l'auteur³⁶⁷⁴ et le complice³⁶⁷⁵ principalement³⁶⁷⁶. De ces définitions semblent pourtant émaner un principe d'imputation comportementale conforme à la personnalité de la responsabilité pénale (A.) dont il résulte le caractère inopérant de la faute de fonction sur les règles d'imputation de l'infraction (A.).

A. La personnalité de la responsabilité pénale

700. Article 121-1 du Code pénal. – Si le principe d'une responsabilité pénale à raison de son propre fait est inscrit dans le Code pénal depuis 1992, le sens qu'il convient de donner à

³⁶⁷⁴ Article 121-4 du Code pénal.

³⁶⁷⁵ Article 121-7 du Code pénal.

³⁶⁷⁶ Le recel, autrefois conçu comme un mode de participation à l'infraction, a été érigé en infraction pénale autonome (article 321-1 du Code pénal).

cette formule n'est guère explicité par la doctrine. Peu développé par les manuels³⁶⁷⁷ qui l'abordent plutôt à l'occasion de l'étude de la responsabilité du chef d'entreprise, par exemple³⁶⁷⁸, ou plus rarement pour dresser une liste de tous les responsables pénaux³⁶⁷⁹, le principe semble n'apparaître qu'en négatif, à travers ses éventuelles exceptions³⁶⁸⁰. Il n'est dès lors pas évident d'en connaître la signification exacte, d'autant que l'article 121-1 du Code pénal semble désigner à la fois le principe de la personnalité de la responsabilité pénale et le principe de la personnalité des peines. Or, bien que partageant une philosophie commune, ces deux principes n'ont pas exactement les mêmes implications techniques³⁶⁸¹. Elles n'ont d'ailleurs pas la même valeur normative puisque tandis que le principe de la personnalité des peines a été érigé au rang constitutionnel, la personnalité de la responsabilité pénale semble ne pas avoir fait l'objet d'un quelconque contrôle de constitutionnalité³⁶⁸².

Quoi qu'il en soit, la doctrine reconnaît, dans cette règle, le principe fondamental de la personnalité de la responsabilité pénale³⁶⁸³, un principe moderne attaché au caractère individuel de la responsabilité pénale³⁶⁸⁴.

Derrière cette évolution, se trouve la conviction qu'il convient de réserver la sanction à l'agent n'étant pas étranger à l'infraction poursuivie³⁶⁸⁵ conformément à la fonction remplie par le droit pénal, un droit pénal sanctionnateur, tendant au châtement du coupable³⁶⁸⁶.

701. Traductions techniques du principe de la personnalité de la responsabilité pénale. – Si par exception, la doctrine semble adopter une conception résolument subjective de ce principe en affirmant la nécessité d'une « faute subjective » du responsable pénal³⁶⁸⁷, elle ordonne généralement sa traduction autour d'une participation prioritairement objective à l'infraction. La relation matérielle entre l'infraction et la conduite personnelle de l'agent est

³⁶⁷⁷ V. cependant, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009, n°503 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Classiques, 3^{ème} éd., 2010, n°380 et s.

³⁶⁷⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°368.

³⁶⁷⁹ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°399 et s.

³⁶⁸⁰ De manière topique, P. SALVAGE, *Principe de la responsabilité personnelle*, J-Cl. Pénal, fasc. 20 ; J.-Y. LASSALLE, *Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale*, JCP 1993, I, 3695.

³⁶⁸¹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009, n°507 – Adde, S. FROSSARD, *Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines*, RSC 1998, p.703, spé. p.704.

³⁶⁸² *Contra*, F. DESPORTES, F. LE GUNHEC (*Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n°273) et P. SALVAGE (*Principe de la responsabilité personnelle*, réf. préc., n°1) qui citent la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 1976 (JO du 7 décembre 1976, p.7052), laquelle statue sur le principe de la personnalité des peines, auquel elle admet, au surplus, certaines atteintes. – V. *infra* n°708 à propos de la possibilité pour le juge de faire supporter les amendes prononcées contre un subordonné à son employeur.

³⁶⁸³ J.-Y. LASSALLE, *op. cit.*, n°1.

³⁶⁸⁴ P. SALVAGE, *Principe de la responsabilité personnelle*, réf. préc., n°1.

³⁶⁸⁵ J.-Y. LASSALLE, *op. cit.*, loc. cit.

³⁶⁸⁶ J. SALVAIRE, *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, RSC 1964, p.307.

³⁶⁸⁷ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°2.

ainsi l'une des traductions techniques probables de ce principe fondamental³⁶⁸⁸. Ce trait ressort clairement des différentes formules employées, selon lesquelles « on ne peut être déclaré responsable que si l'on a participé soi-même à la perpétration de l'acte délictueux »³⁶⁸⁹ ou plus encore selon lesquelles la « participation *corporelle* entre les faits incriminés et le comportement de la personne poursuivie »³⁶⁹⁰ est indispensable à l'engagement de la responsabilité pénale d'un agent. Ce trait ressort également de l'article 121-6 du Code pénal qui définit l'auteur comme « celui qui commet les faits incriminés ».

Pour certains auteurs, le principe de personnalité de la responsabilité pénale a donc pour corollaire la causalité, qu'ils voient alors comme un mécanisme d'imputation³⁶⁹¹. Cette conception appelle cependant deux remarques.

D'abord, dans une matière où le principe de légalité criminelle rend indispensable la caractérisation d'un comportement spécifiquement prohibé par un texte pour engager la responsabilité d'un agent, la causalité semble superfétatoire. Reste qu'une partie de la doctrine propose de faire de la causalité une solution possible au problème de la responsabilité du fait d'autrui³⁶⁹². Si cet élément peut faire comprendre l'engagement de la responsabilité pénale d'un agent n'ayant pas accompli d'actes visés par un texte d'incrimination³⁶⁹³, il ne permet pas de surmonter l'obstacle du principe de légalité criminelle, le principe de l'engagement de la responsabilité pénale à raison d'un quelconque rôle causal n'ayant pas été envisagé par la loi³⁶⁹⁴.

Ensuite, il n'est pas certain que l'explication corresponde réellement au droit positif qui semble parfois s'accommoder d'une responsabilité détachée de toute causalité objective. Dès lors, et d'un point de vue théorique, il convient de réaffirmer ici encore l'autonomie relative des concepts de causalité et d'imputation personnelle.

702. Personnalité de la responsabilité pénale et règles d'imputation. – La traduction de ce principe quant à la nature de l'imputation qui doit prévaloir en droit pénal est facile à faire : puisque selon ce principe « une personne ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée si elle n'a pas elle-même participé à la perpétration de l'infraction »³⁶⁹⁵, l'imputation correcte en la matière devrait être l'imputation naturelle c'est-à-dire comportementale qui avait pu être exclue par la logique de réparation et selon laquelle ne peut être responsable que celui qui a

³⁶⁸⁸ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales, 2006, n°54.

³⁶⁸⁹ J.-Y. LASSALLE, *op. cit.*, spé. n°1.

³⁶⁹⁰ A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396, spé. p.397.

³⁶⁹¹ P.-A. BON, *op. cit.*, n°54. – R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., T. I, Sirey, 1913, p.555, n°270.

³⁶⁹² A ce propos, V. *infra* n°413.

³⁶⁹³ P.-A. BON, *op. cit.*, n°57 : l'agent engagerait sa responsabilité pénale dès lors que peut lui être reproché d'être l'une des causes de l'infraction.

³⁶⁹⁴ V. *infra* n°713 à propos de la carence legaliste en matière de responsabilité du chef d'entreprise notamment.

³⁶⁹⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n°506.

participé au fait générateur de la responsabilité³⁶⁹⁶. Deux remarques découlent de cette proposition.

Tout d'abord, une imputation personnelle de cette nature révèle la possible proximité de l'imputation avec la causalité, qui a déjà été soulignée. Pourtant l'imputation personnelle conserve son autonomie s'il est admis que le législateur a choisi de d'élever la causalité au rang d'instrument d'imputation³⁶⁹⁷. Finalement, selon le principe de la personnalité de la responsabilité pénale, le phénomène d'absorption de l'imputation par le fait générateur (causal) devrait être constant³⁶⁹⁸ mais ne fait pas obstacle à ce que les notions de causalité et d'imputation puissent être théoriquement distinguées.

Ensuite, ce type d'imputation correspond vraisemblablement à une imputation comportementale admettant deux variantes : l'« imputation principale »³⁶⁹⁹ lorsque l'agent réunit sur sa tête les éléments constitutifs de l'infraction et l'« imputation participative », « procédé technique qui permet d'imputer une infraction à un individu qui y a contribué, sans pour autant l'avoir commise »³⁷⁰⁰. Il convient cependant de préciser que pour respecter les canons de l'imputation comportementale du droit pénal, il faudrait exclure de cette imputation participative les participations **abstraitement causales** à l'infraction³⁷⁰¹ pour ne retenir que les participations concrètement causales, seules prévues par le Code pénal³⁷⁰².

³⁶⁹⁶ V. *supra* n°542.

³⁶⁹⁷ Il est par ailleurs acquis que les problèmes rattachés à la causalité en matière pénale comme en matière civile sont parfois étrangers à la question de l'imputation de l'acte infractionnel (V. notamment, P.-A. BON qui a pu distinguer « la causalité comme mécanisme d'imputation » (n°54 et s.) et « la causalité comme composante de l'élément matériel » (*La causalité en droit pénal*, réf. préc., n°60 et s.) ou J.-C. SAINT-PAU qui distingue la « causalité participative » et la « causalité constitutive » (*Les causalités dans la théorie de l'infraction in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, n°1 et 2) – Adde, V. P.-A. BON, *Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal*, Rev. pénit., 2006, p. 291 ; Y. MAYAUD, *Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? in Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p.475.

³⁶⁹⁸ A propos de cette absorption en droit de la responsabilité civile personnelle, V. F. LEDUC, *Causalité civile et imputation in Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, RLDC 2007/40, suppl. n° 2631, spé. n°7.

³⁶⁹⁹ F. ROUSSEAU, *L'imputation en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°293.

³⁷⁰⁰ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°178.

³⁷⁰¹ *Contra*, F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°179.

En faveur d'une imputation fondée sur une participation abstraitement causale, la causalité normative autorise un tri parmi les causalités matérielles et pourrait même conduire à la reconnaissance d'une causalité juridique là où la causalité matérielle ou scientifique ne peut être rapportée (QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bib. de Thèses, vol. 99, 2012, n°229 ; C. RADE, *Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique*, D. 2012, p.112). Cette causalité normative jusque-là confinée à la question de la seule causalité constitutive pourrait s'inviter dans la causalité participative (la frontière entre ces deux concepts n'est pas toujours étanche en pratique). Il est douteux, pourtant que ce mécanisme puisse être introduit tel quel en droit pénal. Le soutien à l'admission d'une causalité juridique déconnectée de toute causalité scientifique repose en effet pour certains auteurs sur la théorie du risque (de l'incertitude scientifique par exemple : C. RADE, *op. cit.*, n°21), parfaitement admise en droit civil mais toujours considérée comme hérétique en droit pénal, précisément parce qu'elle serait contraire à l'article 121-1 du Code pénal (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, réf. préc., n°266 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°389).

³⁷⁰² V. cependant la tendance jurisprudentielle à s'écarter d'un lien de causalité objectif (P. SALVAGE, *Le lien de causalité en matière de complicité*, RSC 1981, p.25 ; *Les infractions commises au sein d'un groupe informel, l'établissement des responsabilités et la méthode du Droit*, Dr. pén. 2005, n°8).

L'imputation comportementale s'imposant en droit pénal implique que les conséquences juridiques attachées à la commission d'une faute de fonction ne peuvent être transposées en droit pénal. Le principe applicable devrait donc être celui de la responsabilité pénale des chargés de fonction, ce qu'il faut maintenant vérifier.

B. Le caractère inopérant de la faute de fonction sur les règles d'imputation de l'infraction

703. Conséquences quant à l'imputation dans le cadre fonctionnel. – Le principe d'une imputation comportementale ne semble pas admettre de dérogation à raison du contexte fonctionnel de la commission de l'infraction.

Le droit pénal s'attache à sanctionner un comportement contraire à l'ordre public. Il est indifférent au contexte particulier de sa commission par principe. C'est ainsi qu'il rejette toute possibilité pour le préposé de se soustraire à sa responsabilité pénale par la seule démonstration de sa qualité de subordonné. Bref, l'imputation de l'infraction au préposé relève du droit commun de l'imputation³⁷⁰³ en droit pénal, attaché à la participation de l'individu au fait délictueux. C'est pourquoi, la doctrine classique se prononce généralement pour le maintien constant de la responsabilité du préposé³⁷⁰⁴.

D'autres auteurs ont cependant éprouvé un certain malaise face à l'application des principes du droit pénal général³⁷⁰⁵. Il leur apparaît bien plus normal que les faits délictueux soient imputés par principe au chef d'entreprise et à ses cadres, et seulement imputés par exception aux exécutants en tant que complices ou coauteurs³⁷⁰⁶. Est encore invoquée à l'appui d'une hiérarchisation des poursuites, la « théorie des pouvoirs du chef d'entreprise » propre au droit du travail³⁷⁰⁷. Reste que l'article L. 4122-1 du Code du travail pose pourtant l'obligation pour tout travailleur de « prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes

³⁷⁰³ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°294.

³⁷⁰⁴ M. COSTES, *De quelques considérations sur la responsabilité pénale dite « du fait d'autrui »*, RSC 1939, p.628, p.637 – *Contra*, A. LEGAL qui a pu proposer que la distinction entre faute de service et faute personnelle soit transposée sur le plan répressif (*La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise*, réf. préc., p.482-483). Il est vrai que la jurisprudence a pu maladroitement accréditer cette orientation (Crim. 6 mai 1964, JCP 1964, II, 13746 bis).

³⁷⁰⁵ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°1.

³⁷⁰⁶ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°2.

³⁷⁰⁷ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, note de bas de page n°20 p.481.

En cette matière également, une partie de la doctrine inclinait à valider la théorie de la représentation (J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°59), faisant du salarié le seul bras armé de son employeur. Considérant alors que l'agent matériel ne profite pas de son infraction, il ne devrait pas engager sa responsabilité (*op. cit.*, n°71). La condamnation de la théorie en droit de la responsabilité civile (V. *supra* n°421 et s.) doit être reprise ici, pour les mêmes raisons que précédemment.

ou de ses omissions au travail ». Ne pourrait-il être tiré argument de ce texte pour justifier de l'engagement de la responsabilité pénale du travailleur au côté de celle du chef d'entreprise en cas d'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité³⁷⁰⁸ ?

704. Dissociation des conditions d'imputation de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale : conséquences sur l'action civile. – Ces développements confirment ainsi que la responsabilité pénale peut être maintenue en l'absence de responsabilité civile³⁷⁰⁹. Cette situation ne fait cependant pas obstacle à la constitution de partie civile sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale. En atteste le fait que lorsque la personne poursuivie est un agent public, la constitution de partie civile reste possible³⁷¹⁰. Cela est conforme au principe selon lequel « même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article du 2 du Code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile »³⁷¹¹. Il y a alors « dissociation de l'action civile », les victimes se contentant de corroborer l'action publique³⁷¹².

Certaines infractions ne peuvent cependant pas être imputées à certains préposés³⁷¹³ : ce sont celles qui exigent que l'auteur revête une certaine qualité. Or, il est topique que ces dispositions visent plutôt le décideur, à l'exclusion du subordonné. Cette référence à la qualité de l'agent n'est alors pas du tout un élément constitutif de l'infraction mais une règle d'« imputation spéciale »³⁷¹⁴, qui parce qu'elle est dérogatoire, doit faire l'objet d'une attention particulière au titre des exceptions à l'imputation comportementale.

§ 2. Les exceptions à l'imputation comportementale

705. Intérêts de ces exceptions. – Trois raisons concourent à rendre leur étude approfondie indispensable.

³⁷⁰⁸ *Contra*, A. COEURET, *op. cit.*, p.482.

³⁷⁰⁹ En ce sens, R. KESSOUS, F. DESPORTES, *Les responsabilités civile et pénale du préposé* in *Rapp. C. cass.* 2000, p.257.

³⁷¹⁰ Crim. 22 janvier 1953, D. 1953, p.109, rapp. PATIN – Crim. 14 décembre 1971, B. n°34 – Crim. 24 mai 1973, B. n°238.

³⁷¹¹ Crim. 30 avril 2002, B. n°89.

³⁷¹² P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2002, n°207.

Dans ce cas de figure, certains auteurs rejettent l'idée d'une action civile. Ils préfèrent parler de « participation de la victime au procès pénal », laquelle aurait la particularité de ne pas être une action en réparation (P. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n°229 et s. – *Adde*, P. BONFILS, *La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée* in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p.179).

³⁷¹³ Les préposés subalternes (V. *infra* n°717).

³⁷¹⁴ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°8.

D'abord, l'appréciation quantitative et qualitative de ces exceptions est seule à même de conforter le principe d'une imputation comportementale en droit pénal.

Ensuite, ces exceptions paraissent correspondre parfaitement aux deux cas de figure de responsabilité du fait d'autrui rendus pertinents par la logique réparatrice de la responsabilité civile, puisqu'il sera question de la responsabilité pénale de la personne morale d'une part et de la responsabilité pénale du chef d'entreprise d'autre part. La doctrine n'est, au demeurant, pas en reste pour établir le parallèle entre ces responsabilités pénales et leurs « homologues » civiles. Le plus souvent, la comparaison sert essentiellement à démontrer l'originalité des conditions d'engagement de la responsabilité pénale. Mais il arrive que la comparaison se fasse proposition de transposition, tendant à faire jouer à la faute de fonction (parfois à l'« infraction de fonction ») un rôle d'instrument d'imputation³⁷¹⁵. Puisque la définition et le rôle d'instrument d'imputation de la faute de fonction sont désormais en grande partie maîtrisés, leur confrontation avec la logique du droit pénal en sera facilitée. L'issue de cette confrontation ne sera pas sans impact sur la philosophie du droit pénal et c'est là aborder un troisième intérêt de l'étude des exceptions à l'imputation comportementale.

Admettre que le droit pénal fasse sien un système d'imputation dérogatoire sous-tendue par une logique réparatrice appropriée au droit de la responsabilité civile serait en effet admettre que ce droit sanctionnateur s'accommode des principes de la Justice commutative là où il semblait plutôt obéir à ceux de la Justice distributive.

706. Classement de ces exceptions. – Les deux régimes de responsabilité pénale paraissant admettre une imputation dérogatoire ne peuvent pas être traités de front. Les conditions de leur mise en œuvre sont en effet différentes à bien des égards. En outre, leur caractère dérogatoire semble motivé par des considérations qui leurs sont propres. Tandis que la responsabilité du chef d'entreprise semble légitimée par la fonction précisément exercée, la responsabilité pénale de la personne morale paraît motivée par le seul caractère fonctionnel de la faute. Tels seront donc nos axes de recherches lors de l'étude de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise (A.) puis à la personne morale (B.)

³⁷¹⁵ Afin de résoudre le problème du cumul des responsabilités pénales du chef d'entreprise et du préposé, auteur matériel des actes illicites, un auteur avait proposé la transposition des notions administrativistes de faute de service et de faute personnelle. Dans ce système, le chef d'entreprise ne serait responsable pénalement que des fautes de service de ses préposés, à l'exclusion de leurs fautes personnelles ne conduisant qu'à la responsabilité pénale des préposés indelicats (A. LEGAL, *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise* in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p.477, spé. p.482-483. *Adde*, pour une comparaison plus sobre du régime de la responsabilité pénale du chef d'entreprise au régime de responsabilité de la faute de service, J. SALVAIRE, *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, réf. préc., spé. p.311.

A. L'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

707. Présentation générale de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. – L'existence d'un régime de responsabilité propre au chef d'entreprise, unanimement reconnu³⁷¹⁶, oblige à s'interroger sur la place particulière de cet agent au sein des participants à l'infraction. La titularité d'une certaine autorité, particulièrement de pouvoirs de direction, induit une responsabilité pénale à tout le moins énergique. Plusieurs explications peuvent être données à cet état de droit (et de fait). Si le chef d'entreprise voit sa responsabilité pénale engagée de façon récurrente, c'est peut-être d'abord parce qu'il est soumis à des obligations pénalement sanctionnées plus nombreuses³⁷¹⁷, ainsi que l'étude des faits générateurs de responsabilité dans le droit pénal spécial l'a démontré³⁷¹⁸. C'est peut-être ensuite parce que les infractions peuvent lui être imputées selon des modalités plus répressives. Il faudra le découvrir.

Mais auparavant, il est nécessaire d'envisager d'autres mécanismes caractéristiques d'une pression pénale plus importante pesant sur le chef d'entreprise, pour ne pas les confondre avec celui de l'imputation dérogatoire de l'infraction.

708. Mécanismes de garantie de la condamnation pénale d'autrui. – Certaines dispositions légales prévoient que le chef d'entreprise peut ou doit être amené à garantir la condamnation pénale de ses préposés. Les mécanismes légaux sont toutefois diversement spéciaux au droit pénal, selon la catégorie de garantie à laquelle ils renvoient. Deux catégories de garantie sont envisageables.

La loi prévoit d'abord une garantie **civile** des chefs d'entreprise pour les condamnations prononcées contre ses directeurs, gérants ou délégués³⁷¹⁹. Cette garantie n'est parfois que le doublon de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil³⁷²⁰ car elle ne concerne que les conséquences civiles de l'infraction³⁷²¹. La loi prévoit ensuite une garantie **pénale** selon laquelle le chef d'entreprise peut être condamné à payer l'amende prononcée contre son préposé³⁷²². Plusieurs remarques sont inspirées de cette garantie pénale. D'abord, tous les salariés et toutes les

³⁷¹⁶ Quelle que soit l'analyse de cette responsabilité, elle fait toujours l'objet d'une étude distincte au sein des manuels.

³⁷¹⁷ La remarque est plus technique qu'idéologique. Il ne s'agit donc pas d'affirmer, comme certains criminologues l'avancent, que la délinquance est un phénomène au moins partiellement créé par la loi (pour un exposé synthétique de ces « théories de la réaction sociale », V. not. J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, éd. Erès, 2007, p.75 et s).

³⁷¹⁸ V. *supra* n°676 et s.

³⁷¹⁹ Article L. 4741-7 du Code du travail.

³⁷²⁰ Pour d'autres exemples de responsabilité du fait d'autrui spéciale à un domaine et reprenant le principe de 1384 alinéa 5 du Code civil, V. J.-Y. LASSALLE, *La responsabilité civile du fait pénal d'autrui*, RSC 1993, p.19, spé. p.22.

³⁷²¹ Crim. 3 mars 1981, JCP 1982, II, 19769, note Y. REINHARD.

³⁷²² Article L. 4741-2 du Code du travail, et plus spécialement, article L. 121-1 alinéa 2 du Code de la route.

amendes ne sont pas concernés³⁷²³. Ensuite, ces dispositions constituent des exceptions au principe de personnalité des peines³⁷²⁴, qui n'ont pas été jugées contraires à la norme constitutionnelle³⁷²⁵. Enfin, il convient de soigneusement distinguer les garanties pénales de la condamnation pénale d'autrui, d'une responsabilité pénale d'autrui puisque dans la première situation, l'employeur ne sera pas condamné et son casier judiciaire demeurera vierge³⁷²⁶. Même si la question du fondement de ces dispositions se pose aussi pour ces exceptions³⁷²⁷, elle y est sans doute moins fondamentale que lorsqu'une figure de responsabilité pénale du fait d'autrui semble apparaître.

709. Orientations des recherches. – Si la possibilité d'une imputation dérogatoire des infractions au chef d'entreprise doit être constatée, elle devrait être cantonnée à un domaine restreint. Renoncer à une imputation comportementale signifie, en effet, renoncer à un mécanisme du droit pénal général, protecteur des libertés individuelles³⁷²⁸. De surcroît, dire que cette imputation est dérogatoire ne suffit pas ; il faut également en donner la nature et le fondement.

³⁷²³ En premier lieu il ne peut s'agir que de préposés délégués de pouvoirs. Le terme de « préposé » doit d'ailleurs toujours être interprété ainsi lorsqu'il est évoqué dans le Code du travail, lequel distingue le « salarié » simple du « préposé » délégué.

En second lieu, toutes les amendes prononcées contre tout préposé ne peuvent être pécuniairement garanties par l'employeur. Sont ainsi exclues de la garantie pénale les amendes prononcées au titre d'infractions pouvant être reprochées à tout salarié même dépourvu d'autorité. Par exemple, l'amende issue de la condamnation pour introduction de boissons alcoolisées dans l'entreprise (article R. 4228-20 du Code du travail) ne saurait être garantie.

³⁷²⁴ S. FROSSARD, *Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines*, RSC 1998, p.703, spé. p.708 ; M. SEGONDS, *La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail*, thèse Toulouse 1998, p.328.

³⁷²⁵ CC, 2 décembre 1976, JO du 7 décembre 1976, p.7052.

³⁷²⁶ C'est souvent la notion de « caution » ou d'« aval » qui est avancée (J. SALVAIRE, *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, RSC 1964, p.307, spé.p.308). Il est parfois question de « responsabilité « civile » des conséquences pénales du fait d'autrui » (J.-Y. LASSALLE, *La responsabilité civile du fait pénal d'autrui*, réf. préc., spé. p.28).

³⁷²⁷ Sont invoquées une garantie de solvabilité pour le Trésor Public, la prévention ou la sollicitude pour le salarié (M. SEGONDS, *op. cit.*, p.329-330). Certains auteurs l'expliquent par l'inexistence au moment de la création de l'article L. 263-2-1 – L. 4741-2 – du Code du travail (en 1976) de la responsabilité pénale des personnes morales. Il a pu sembler au législateur que l'employeur personne morale n'était pas étranger à l'infraction commise mais sa responsabilité pénale ne pouvant être engagée, la voie médiane consistait à donner la possibilité au juge de lui faire supporter une partie des charges pécuniaires de la condamnation pénale (S. FROSSARD, *op. cit.*, spé. p.709-710). Allant dans ce sens, la doctrine souligne que cette condamnation, prononcée par le juge répressif, dépend de la « faute » de l'entreprise – inorganisation, insuffisance des moyens, etc – (Y. REINHARD, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, RSC 1978, p.257, n°36).

Cette explication ne convainc guère alors que la disposition a été conservée lors de la recodification du Code du travail intervenue après que la responsabilité pénale des personnes morales ait été rendue possible et non limitée par le principe de spécialité. Elle n'est pourtant pas inepte s'agissant de la volonté de condamner l'employeur pour sa faute suite à la comparaison qui peut être effectuée entre cette condamnation et la « vraie » garantie de l'article L. 4741-7 du Code du travail qui n'exige pas de « faute » de l'employeur et qui, spécifiant la nature civile de la responsabilité de celui-ci, l'autorisait à recourir contre l'agent condamné.

³⁷²⁸ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°4.

La description de cette imputation dérogatoire (1.) précédera donc la recherche du fondement de cette imputation dérogatoire (2.) et l'affirmation de son domaine restreint (3.).

1. La description de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

710. Analyse progressive. – Pour confirmer ou infirmer que la responsabilité pénale du chef d'entreprise repose sur les mêmes mécanismes d'imputation que la responsabilité civile du commettant, il convient d'aborder deux points distincts. Il faut d'abord s'interroger sur la nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise (a.). Il faut ensuite en étudier le régime apparemment ordonné autour d'une imputation objective (b.).

a. La nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

711. Evolution non linéaire. – La détermination de la structure de la responsabilité du chef d'entreprise a toujours donné lieu à controverses. Pourtant c'est bien de celle-ci que dépend la découverte de la nature de l'imputation dérogatoire à laquelle il est sujet. Seront donc successivement évoquées les principales analyses de cette responsabilité : d'abord les analyses subjectives, puis les analyses objectives.

712. Attachement à une analyse subjective de la responsabilité pénale. – Bien que le régime de la responsabilité pénale du chef d'entreprise ait toujours été reconnu comme atypique, la doctrine classique va d'abord refuser de se départir d'une imputation subjective, voire comportementale de l'infraction. De responsabilité pénale du fait d'autrui, il ne pouvait alors en être question que parce qu'elle était définie conformément au principe de la personnalité comme « celle que l'on fait peser sur celui qui, sans avoir commis, perpétré matériellement l'infraction, en a été, dans l'enchaînement des faits, la cause initiale, première, sur celui auquel doit remonter la responsabilité originaire du fait »³⁷²⁹. Le comportement causal du chef d'entreprise tient alors tout entier dans une faute de surveillance de ses préposés, un manquement à sa mission de surveillance³⁷³⁰. Le principe d'une responsabilité du fait personnel semblait ainsi garanti par une participation même indirecte au « résultat » délictueux et la conscience de cette participation³⁷³¹, bref par une imputation comportementale.

³⁷²⁹ M. COSTES, *De quelques considérations sur la responsabilité pénale dite « du fait d'autrui »*, RSC 1939, p.628.

³⁷³⁰ Y. SAINT-JOURS, *Prévention et responsabilité en matière d'accidents du travail (commentaire de la loi du 6 décembre 1976)*, D. 1977, p.185, spé. p.188 ; Y. REINHARD, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, RSC 1978, p.257.

³⁷³¹ A. LEGAL, *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise*, in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p.477.

A partir de cette exigence, deux schémas théoriques sont élaborés : soit le chef d'entreprise doit être considéré comme l'auteur de l'infraction dont il est responsable ; soit il doit être considéré comme un participant à celle-ci. Les deux conceptions achoppent cependant sur de nombreux points techniques.

713. Les insuffisances de l'analyse subjective de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. – En premier lieu, si le chef d'entreprise peut être considéré comme auteur de l'infraction³⁷³² c'est que sa faute de surveillance correspond aux éléments constitutifs de cette infraction. Selon cette explication, l'imputation comportementale est alors absolument maintenue.

L'affirmation ne se vérifie que pour les infractions d'imprudence (homicide involontaire³⁷³³ et violences involontaires³⁷³⁴) parce que leur définition est très extensive³⁷³⁵. Pourtant, le chef d'entreprise peut se voir reprocher des infractions dont la matérialité semble incompatible avec la faute qu'il a effectivement commise. Ainsi, certaines de ces infractions appartiennent à la catégorie des infractions par commission qui requièrent la perpétuation d'un acte positif précis. Puisqu'il est reproché au chef d'entreprise de n'avoir pas exercé sa mission de surveillance, engager sa responsabilité pour des infractions de commission revient à admettre l'infraction de commission par omission, ce qui est en principe rejeté³⁷³⁶. La théorie de l'auteur moral est donc avancée pour mettre fin à la difficulté. Selon celle-ci, la matérialité de l'infraction est empruntée par le chef d'entreprise à son préposé³⁷³⁷ mais la délinquance du premier est incontestable³⁷³⁸. Outre que cet emprunt peut ne pas convaincre³⁷³⁹, il ne règle pas le problème relatif à l'élément moral de l'infraction.

Si la plupart des auteurs se prononcent en défaveur de l'extension de la responsabilité du chef d'entreprise aux infractions intentionnelles³⁷⁴⁰, il ne fait aucun doute que celles-ci font

³⁷³² Article 121-4 du Code pénal.

³⁷³³ Article 221-6 du Code pénal.

³⁷³⁴ Articles 222-19, R. 625-2 et R. 622-1 du Code pénal.

³⁷³⁵ Le comportement reproché se résume à des « maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité ».

³⁷³⁶ CA Poitiers, 20 novembre 1901, D. 1902, p.81, note G. LE POITTEVIN. – Consciente de cet écueil, la doctrine a bien élaboré une parade considérant que l'abstention dans la fonction équivaut à une action (A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^{ème} éd., 2002, n°346 ; D. REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Lyon III, 1993, n°548 et s.). Mais cette parade est aujourd'hui dénoncée par certains auteurs comme conduisant en pratique à quelques non-sens (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, note de bas de page n°2062).

³⁷³⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°389.

³⁷³⁸ Ainsi que le rappelait un auteur, « l'acte de l'auteur matériel a eu pour résultat [...] d'actualiser la responsabilité, jusque-là demeurée virtuelle, de l'auteur moral » (M. COSTES, *op. cit.*, p.632).

³⁷³⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur » ?*, JCP 1985, I, 3218, n°15.

³⁷⁴⁰ V. *infra* n°725.

désormais partie du droit positif de la responsabilité du chef d'entreprise³⁷⁴¹. Comment justifier, dès lors la mise à l'écart de cette intention au profit d'une simple imprudence³⁷⁴² ? Cette situation problématique s'est même accentuée depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. L'article 121-3 du Code pénal devait en effet condamner l'existence des délits matériels puisqu'il ne connaît plus que deux catégories de délits : les délits intentionnels et les délits d'imprudence. Les délits matériels, souvent invoquées pour justifier de la responsabilité du chef d'entreprise³⁷⁴³, sont donc réputés avoir disparu du droit positif. La qualification d'auteur, fut-il moral, doit donc être rejetée. En termes d'imputation, c'est assurément condamner l'imputation comportementale de l'infraction rattachée à la conception infractionnelle de la responsabilité pénale du chef d'entreprise³⁷⁴⁴.

En second lieu, la doctrine a donc proposé que la responsabilité pénale du chef d'entreprise soit envisagée au titre d'un fait de participation à l'infraction. Là encore, le concept de participation semblait garantir le maintien d'une imputation comportementale.

Il a d'abord été envisagé de recourir à la notion de complicité³⁷⁴⁵. Cette proposition n'est cependant pas convaincante compte tenu, d'abord, de l'incompatibilité fréquente entre le comportement reproché au chef d'entreprise (une omission) et l'élément matériel de la complicité³⁷⁴⁶ ; compte tenu, ensuite, de l'ignorance quasi-systématique du chef d'entreprise de l'infraction³⁷⁴⁷. Bref, la complicité est inapte à expliquer le phénomène³⁷⁴⁸.

Prenant sans doute modèle sur l'article L. 4741-1 du Code du travail, la doctrine a alors tenté de construire une nouvelle forme de participation à l'infraction, fondée sur la faute personnelle

³⁷⁴¹ Crim. 6 octobre 1955, JCP 1956 II 9098, note G. DE LESTANG – Crim. 28 février 1956, JCP 1956, II, 9304, note R. DE LESTANG (pollution d'une rivière) – Crim. 19 octobre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 38, obs. J.-H. ROBERT (délit d'initié) – Crim. 6 mai 1996, Dr. pén. 1996, comm. 261, obs. J.-H. ROBERT (délit de revente à perte) – Crim. 28 octobre 1998, B. n°281 (délit de publicité illicite).

³⁷⁴² Le mécanisme est en réalité bien visible en jurisprudence même lorsqu'elle ne statue pas sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise proprement dite. Celle-ci affirme en effet que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du Code pénal » (par ex. Crim. 7 décembre 1999, Dr. pén. 2000, comm. 77, obs. J.-H. ROBERT). Or, puisque « nul n'est censé ignorer la loi », la violation de la prescription implique la connaissance de cette violation (il faudrait alors démontrer une erreur de droit, peu admise – article 122-3 du Code pénal). La boucle est bouclée : si l'intention peut être caractérisée alors que le chef d'entreprise n'a commis qu'une négligence, c'est parce que cette intention est purement et simplement présumée (P. MORVAN, *Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000*, RJS 2001, p.283, spé. n°18).

³⁷⁴³ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* ; J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, p.134.

³⁷⁴⁴ La terminologie est empruntée à F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°266.

³⁷⁴⁵ Pour un résumé synthétique des propositions classiques, V. not. A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396.

³⁷⁴⁶ Article 121-7 du Code pénal : « aide, assistance », « a facilité la préparation ou la consommation », « par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre » – V. cependant, la possibilité de retenir la complicité par abstention, notamment lorsqu'une personne n'a pas fait usage de son pouvoir d'empêcher une infraction (Crim. 9 octobre 1989, B. n°343 – Crim. 30 juin 1999, B. n°175).

³⁷⁴⁷ *Contra*, l'article 121-7 du Code pénal : « sciemment ».

³⁷⁴⁸ V. autres critiques, A. COEURET, *op. cit.*, p.398.

du chef d'entreprise. Cette exigence fut introduite dans l'ancien article L. 263-2 du Code du travail devenu L. 4741-1 par la loi du 6 décembre 1976, pour mettre fin à l'accablement du chef d'entreprise selon certains auteurs³⁷⁴⁹. Plus ou moins bien reçue par une autre partie de la doctrine, cette exigence a été cantonnée à la seule responsabilité issue de la violation des règles d'hygiène et de sécurité³⁷⁵⁰. Le doute était également permis sur le fait que la jurisprudence resterait identique³⁷⁵¹ sous réserve d'une modification de motivation³⁷⁵². De fait, la responsabilité pénale du chef d'entreprise ne sera guère impactée par cette disposition.

L'idée véhiculée par la loi de 1967 allait cependant être reprise par l'avant-projet de Code pénal de 1983, lequel proposait l'introduction d'un nouvel article dans le Code pénal selon lequel serait auteur celui qui « laisse commettre par une personne placée sous son autorité l'acte incriminé lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'il avait personnellement ou par délégation, l'obligation légale de faire respecter »³⁷⁵³. Ce texte ne serait cependant jamais adopté³⁷⁵⁴.

Ces échecs répétés ne découragent pourtant pas la doctrine à penser la responsabilité pénale du chef d'entreprise en ce sens. Fondée sur la titularité de pouvoirs de direction³⁷⁵⁵, cette forme de participation a donc été de nouveau proposée par une doctrine récente. Son énoncé synthétique rappelle les travaux de l'avant-projet. L'engagement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise pourrait reposer sur un article 121-9 du Code pénal ainsi libellé : « Est subordonnant d'une infraction non intentionnelle, ou d'une infraction intentionnelle lorsque la loi ou le règlement le prévoit, la personne qui, par négligence ou imprudence, la laisse commettre par un tiers alors qu'elle avait l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires de la prévenir »³⁷⁵⁶.

Cette suggestion n'est pas sans mérite. D'abord, elle prend en compte le « déficit de légalité »³⁷⁵⁷ dont souffre aujourd'hui encore la responsabilité pénale du chef d'entreprise, par l'édiction d'un texte. Dans une matière aussi marquée par le principe de légalité, l'effort doit être apprécié. Ensuite, elle entend mettre un frein à l'imputation des infractions intentionnelles au chef d'entreprise, très controversée en doctrine³⁷⁵⁸, en exigeant que la norme prévoie expressément celle-ci.

³⁷⁴⁹ N. CATALA, J.-C. SOYER, *La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JCP 1977, I, 2868, n°35 et s.

³⁷⁵⁰ M. PUECH, *Commentaire de l'article L. 263-2 du Code du travail relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail*, in *Dix ans du droit de l'entreprise*, Paris, 1978, p.576, spé. p.580.

³⁷⁵¹ Y. REINHARD, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, réf. préc., n°42.

³⁷⁵² M. PUECH, *op. cit.*, p.581.

³⁷⁵³ Article 121-4, 3°. V. *Journal officiel du Sénat* du 10 avril 1990, p.193 et *Journal officiel de l'Assemblée nationale* du 11 novembre 1989, p.3428.

³⁷⁵⁴ Les parlementaires craignaient en effet que ce texte fasse l'objet d'une application extensive, à d'autres situations que celle du chef d'entreprise (aux parents ou aux instituteurs par exemple).

³⁷⁵⁵ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°271.

³⁷⁵⁶ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°290 *in fine*.

³⁷⁵⁷ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, p.480 – M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, n°40.

³⁷⁵⁸ V. *infra* n°725.

Elle n'est cependant pas entièrement à l'abri des critiques car elle ne correspond pas toujours au régime prétorien actuel³⁷⁵⁹. Surtout, son fondement causal – le chef d'entreprise doit assumer l'infraction commise par son préposé parce qu'il n'aurait pas exercé sa « capacité d'influence »³⁷⁶⁰, laquelle lui conférerait son pouvoir de prévention des infractions au sein de son entreprise³⁷⁶¹ –, bien qu'il soit défendu par d'autres³⁷⁶², peut ne pas convaincre par son caractère excessivement abstrait³⁷⁶³. La doctrine³⁷⁶⁴ se demande ainsi s'il est vraiment possible de prétendre qu'un lien de causalité lie la fonction de chef d'entreprise avec le délit d'actes de cruauté commis sans nécessité envers les animaux par un préposé³⁷⁶⁵. Il est par ailleurs acquis que le renversement de cette causalité par le chef d'entreprise est généralement illusoire³⁷⁶⁶. Ce dernier argument achève de convaincre que cette proposition n'est pas à même de constituer une planche de salut pour l'imputation comportementale. Il faut donc se résoudre à s'appuyer sur des analyses plus objectives.

714. Découverte d'analyses objectives de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. – Deux analyses principales doivent être exposées, probablement rattachables à la théorie du risque-autorité³⁷⁶⁷, mais qui pourraient toutes deux mériter l'appellation de « responsabilité fonctionnelle »³⁷⁶⁸.

La première conception a été explicitement rattachée par son auteur à la théorie du risque-autorité³⁷⁶⁹. Cet auteur envisage la responsabilité pénale du chef d'entreprise comme « un nouveau mode de participation à l'infraction qui, à côté des modes classiques que constituent la complicité et la co-action, aurait pour vocation spécifique de s'appliquer au cadre collectif et hiérarchisé de l'entreprise pour la répression des infractions qui sont liées à son fonctionnement »³⁷⁷⁰. Sous cette apparence objective, cette conception ne renonce pourtant pas

³⁷⁵⁹ V. *infra* n°717.

³⁷⁶⁰ A. COEURET, *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail*, thèse Paris X, 1981, p.4.

³⁷⁶¹ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°271.

³⁷⁶² Cette défense peut être jugée timide. Ainsi, c'est presque à un aveu d'impuissance auquel le lecteur assiste en lisant qu'il est « possible, sur ce point, de considérer la causalité comme un mécanisme permettant de satisfaire une logique sacrificielle, tout en lui conférant un fondement logique acceptable, dans un système de pensée guidé par le principe de responsabilité du fait personnel. [...] Identifié comme responsable privilégié de par sa dangerosité, il ne reste plus qu'à trouver une justification théoriquement acceptable et ne bouleversant pas trop le principe de légalité, pour engager sa responsabilité pénale : cette justification est découverte dans la causalité. » (P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales, 2006, n°817)

³⁷⁶³ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc., n°318. – *Adde*, à propos de l'exigence d'un lien causal abstrait, voire d'une causalité adéquate, M. COSTES, *op. cit.*, p.634.

³⁷⁶⁴ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°320.

³⁷⁶⁵ Crim. 18 février 1987, B. n°81.

³⁷⁶⁶ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°321.

³⁷⁶⁷ Bien que cette théorie soit gênante en droit pénal, où elle est couramment rejetée sans ambages (F. ROUSSEAU, *op. cit.*, n°266), l'état du droit positif fait interdiction de l'ignorer purement et simplement.

³⁷⁶⁸ E. DREYER, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813.

³⁷⁶⁹ A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396, spé. p.401.

³⁷⁷⁰ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, spé. p.480.

à une certaine subjectivité de la responsabilité du chef d'entreprise ; elle est simplement alléguée³⁷⁷¹. Dès lors l'imputation comportementale, pourtant peut pertinente, y conserve une place même restreinte.

La seconde conception tend au contraire à se départir de toute imputation comportementale, celle-ci étant jugée inapte à rendre compte du régime prétorien actuel. Il suffira pour s'en convaincre d'en reprendre le principe : « le chef d'entreprise est responsable, sauf cas de force majeure, des infractions aux réglementations qu'il a pour fonction de respecter et de faire respecter »³⁷⁷². Cette proposition fait du chef d'entreprise le débiteur d'une obligation de faire pénalement sanctionnée³⁷⁷³ à laquelle il ne peut échapper que par la démonstration d'un cas de force majeure. Si cette figure n'est pas sans rappeler d'anciennes analyses³⁷⁷⁴, elle ressemble surtout à de nombreux égard à une obligation pénale de résultat.

Si cela se vérifiait, cela signifierait une rupture de la responsabilité pénale avec la responsabilité civile délictuelle au profit d'un rapprochement avec la responsabilité civile contractuelle. Seul le régime de cette imputation non comportementale permettra cependant d'en attester.

b. Un régime dicté par une imputation objective

715. Présentation générale du régime de responsabilité pénale du chef d'entreprise. –

Immédiatement perçue comme une responsabilité singulièrement sévère, elle fut tout d'abord justifiée par le recours à la notion de « sanction disciplinaire »³⁷⁷⁵. Cette conception est sans doute un peu dépassée dans sa formulation mais elle correspond probablement aux concepts plus modernes de prévention³⁷⁷⁶ ou de régulation du trouble professionnel³⁷⁷⁷.

³⁷⁷¹ A. COEURET, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷⁷² M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc., n°323.

³⁷⁷³ J.-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, Arch. phil. Droit 2000, Sirey, t.44, p.153.

³⁷⁷⁴ A. LEGAL, *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise*, réf. préc., p.477-478 qui envisage une « obligation directe et personnelle pénalement sanctionnée non seulement d'observer lui-même la législation mais aussi de la faire observer à ses employés ».

V. également les propos tenus par GARRAUD selon lesquels « il arrive en effet souvent que la loi ou les règlements imposent à une personne une obligation de faire ou de ne pas faire sous une sanction pénale. Dans ce cas, la responsabilité incombe à celui auquel l'obligation est imposée et celui-là doit être puni si, par négligence, il laisse un tiers, placé sous ses ordres, faire ce que la loi défend ou ne pas faire ce qu'elle ordonne. [...] il répond de son propre fait, c'est-à-dire de son défaut de surveillance pour assurer l'exécution de son obligation personnelle » (Cité par R. LEGROS, *Considérations sur les délits d'imprudence*, Rev. dr. pénal et Crim., 1958, p.118, spé. n°18).

³⁷⁷⁵ A. LEGAL, *op. cit.*, spé. p.480, s'appuyant pour cela sur une analyse institutionnelle de l'entreprise (*op. cit.*, p.479).

³⁷⁷⁶ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716.

Il est d'ailleurs remarquables que des dispositions pénales relatives à la responsabilité pénale de l'employeur aient pris place dans une loi « relative au développement de la **prévention** des accidents du travail ».

³⁷⁷⁷ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, réf. préc.

S'écartant volontiers de toute velléité rétributive, cette responsabilité pénale ne pouvait donner lieu qu'à des éléments de régime très particuliers, s'agissant d'une part de l'identification du débiteur de l'obligation et d'autre part des conditions d'engagement de cette responsabilité.

716. L'identification du débiteur de l'obligation³⁷⁷⁸. – L'obligation pénale de résultat³⁷⁷⁹ dont le chef d'entreprise serait débiteur est attachée à la seule titularité effective d'un pouvoir de direction au sein de l'entreprise³⁷⁸⁰. Il faut cependant préciser l'assertion : d'abord, le débiteur de l'obligation pénale de sécurité établie au bénéfice des salariés d'une entreprise est exclusivement son employeur (ou le délégataire de celui-ci). C'est en effet ainsi qu'il faut comprendre l'attendu de principe selon lequel « en cas d'accident du travail, les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché engageant la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime »³⁷⁸¹.

Ensuite, ne sera responsable que le titulaire du ou des pouvoirs permettant de prévenir l'infraction qui a effectivement été commise.

C'est pourquoi il est possible pour un chef d'entreprise d'échapper à sa responsabilité en arguant d'une répartition des tâches entre entreprises lorsqu'un accident survient alors que plusieurs entreprises interviennent³⁷⁸².

Cet élément renseigne déjà sur la très forte probabilité d'engagement de la responsabilité du mandataire dirigeant dans la sphère pénale. Les mandataires dirigeants sont en effet détenteurs si ce n'est de tous les pouvoirs de direction de la société, du moins d'une fraction d'entre eux. A ce titre, ils sont donc débiteurs d'une obligation pénale de résultat. Il est cependant impossible de systématiser l'assertion car la direction d'une personne morale est souvent partagée par plusieurs mandataires dirigeants. Chacun d'entre eux ne devrait alors être responsable qu'à la mesure de son pouvoir. Autrement dit, l'étendue de ses pouvoirs détermine l'étendue de sa responsabilité pénale³⁷⁸³. La sévérité de cette responsabilité sera également

³⁷⁷⁸ Cette identification devrait être entièrement légale (la loi est source d'obligations au même titre que les conventions). Elle l'est en partie grâce aux textes consacrant une « imputation spéciale explicite » (V. *infra* n°722). Pourtant une plus grande partie encore du régime reste prétorien. A l'instar d'un auteur, il faut exprimer le « regret d'une consécration législative », (E. DREYER, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813, n°9). Celle-ci ne semble pas inadmissible sous certaines conditions (V. *infra* n°721 et s.).

³⁷⁷⁹ Cette obligation de résultat semble dépasser le seul cadre pénal *stricto sensu* puisque les développements qui vont suivre pourraient en grande partie être transposés aux domaines de manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers. – Sur ce point, V. not. D. SCHMIDT, *Les conditions d'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers*, RJEP, 2009, étude 5.

³⁷⁸⁰ A. LEGAL, *op. cit.*, p.489.

³⁷⁸¹ Crim. 13 octobre 2009, D. 2010, p.557, note J.-C. PLANQUE ; Dr. pén. 2009, comm. 154, M. VERON ; JCP 2010, 152, obs. J.-H. ROBERT.

³⁷⁸² Crim. 18 janvier 1973, B. n°25.

³⁷⁸³ Sur ce point, V. M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p.525.

contingente du poids de la réglementation. Or, celui-ci n'est-il pas équipollent dans toutes les sociétés³⁷⁸⁴. Il n'est pas non plus le même entre une société, une association et un syndicat. Il diffère également selon des seuils d'effectifs en droit du travail, etc.

En tout état de cause, le mandataire dirigeant peut assurément se trouver face à un état de droit théoriquement paradoxal selon lequel il sera civilement « privilégié » mais pénalement « désavantagé » par rapport à un agent *lambda*. Ce paradoxe ne sera cependant guère visible en pratique car la chambre criminelle refuse toujours d'appliquer la jurisprudence relative à la faute séparable des fonctions³⁷⁸⁵ et préfère engager la responsabilité civile du dirigeant aux conditions classiques de l'article 1382 du Code civil.

717. Débiteur de l'obligation et délégation de pouvoirs. – La précision dans la désignation du débiteur de l'obligation explique en outre l'existence et les contours de la délégation de pouvoirs³⁷⁸⁶.

Plusieurs observations doivent être faites à propos du mécanisme de la délégation de pouvoirs. D'abord, pour désigner le responsable, la jurisprudence procède par présomption réfragable. A partir de signes extérieurs de détention de pouvoirs de direction au sein de l'entreprise, elle présume l'identité de celui à qui elle va imputer l'infraction. La délégation de pouvoirs est alors un moyen de défense à la disposition de l'agent poursuivi. Autrement dit, c'est à la personne mise en cause de démontrer l'existence d'une personne pourvue par lui de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller à l'observation des dispositions en vigueur³⁷⁸⁷. Ce n'est pas au juge de s'assurer préalablement que la personne qu'elle entend poursuivre est bien pourvue de ces attributs³⁷⁸⁸.

Ensuite, la délégation de pouvoirs doit être dotée d'un objet précis³⁷⁸⁹. Cette solution³⁷⁹⁰ conforte l'idée selon laquelle le débiteur de l'obligation pénale de résultat est celui qui était titulaire des pouvoirs permettant en principe de prévenir l'infraction qui a été commise.

³⁷⁸⁴ La scission la plus fréquente se fait entre les sociétés commerciales et les autres. Elle pourrait sans doute plus logiquement s'opérer entre les sociétés de capitaux et les autres, la disposition de l'épargne publique étant un facteur de risques non négligeable pour l'économie (A. VIANDIER, *Le droit des sociétés, demain*, JCP E 2000, *Aperçus rapides*, p.3).

³⁷⁸⁵ V. *supra* n°262, 621 et s.

³⁷⁸⁶ Sur la délégation de pouvoir en général, V. les conceptions un peu différentes de F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, coll. Bib. du droit de l'entreprise, 2000 et de N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bib. du droit de l'entreprise, t. 68, 2005.

³⁷⁸⁷ Crim. 19 janvier 1988, B. n°29 ; D. 1990, p.365, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE – Crim. 11 mars 1993, D. 1994, somm., p.156, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; JCP E 1994, jur. n°571, note J.-H. ROBERT ; RSC 1994, p.101 et 102, obs. B. BOULOC.

³⁷⁸⁸ *Contra*, la proposition de F. ROUSSEAU qui semble renverser la charge de la preuve, dans sa proposition de texte, en exigeant que la responsabilité du subordonnant ne puisse découler que de la démonstration de ces attributs (V. *supra* n°713).

³⁷⁸⁹ F. DOUCHEZ, B. DE LAMY, M. SEGONDS, *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, Dr. pén. 2010, dossier 6, n°18.

³⁷⁹⁰ Crim. 28 janvier 1975, B. n°32 – CA Montpellier, 28 mai 2009, JurisData n°2009-008799.

Par ailleurs, plutôt qu'une « cause d'exonération », la délégation de pouvoirs doit certainement s'analyser comme une cause de non-imputation de l'infraction au chef d'entreprise³⁷⁹¹ et une cause d'imputation de l'infraction au délégataire³⁷⁹².

Enfin, le délégataire peut parfaitement être un préposé³⁷⁹³. Dès lors ce dernier revêt-il deux oripeaux différents en fonction de la matière concernée : préposé au sens du droit civil où la délégation de pouvoirs n'est, semble-t-il, pas opérationnelle et « chef d'entreprise » au sens du droit pénal.

Il en résulte l'impossibilité d'importer de façon pertinente les concepts de commettant et de préposé en droit pénal. Le juste pragmatisme du droit civil³⁷⁹⁴ est ici surpassé par l'extrême réalisme du droit pénal. Pourtant ce dernier aussi ne s'attache également qu'à la titularité d'un pouvoir juridiquement effectif et non pas matériel, qui impliquerait la présence du chef d'entreprise par exemple³⁷⁹⁵.

Le préposé est ainsi susceptible de se trouver dans une situation ambiguë à laquelle la jurisprudence semble avoir partiellement répondu par le maintien de sa responsabilité civile aux côtés de sa responsabilité pénale en qualité de délégataire³⁷⁹⁶. Il est cependant patent que l'employeur déléguant restera garant de sa créance civile en tant que commettant³⁷⁹⁷.

718. Des conditions sévères d'engagement de la responsabilité pénale. – Plus que des conditions sévères, il faudrait faire état de l'absence de conditions rendant la responsabilité pénale sévère. Deux absences sont ainsi remarquables, l'une parce qu'elle rompt avec les principes directeurs du droit pénal général, l'autre parce qu'elle manifeste l'autonomie de la responsabilité pénale du chef d'entreprise vis-à-vis de la responsabilité civile du commettant.

La première absence notable est celle de la faute du chef d'entreprise. Si criminologiquement, il reste encore possible de fonder sa responsabilité sur une faute de surveillance, cela s'avère techniquement peu probable. Positivement, la jurisprudence ne s'embarrasse guère de la

³⁷⁹¹ M. BENEJAT, *op. cit.*, n°320.

³⁷⁹² Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilité*, Dr. soc. 2000, p.941, spé. p.945.

³⁷⁹³ A propos des possibles et impossibles titulaires de délégation, V. M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p.525.

³⁷⁹⁴ V. *supra* n°47.

³⁷⁹⁵ En ce sens, J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°46.

Encore que la jurisprudence ait déjà préféré engager la responsabilité d'un gérant de fait à celle du gérant de droit (Crim. 11 janvier 1972, B. n°14) et la responsabilité d'un directeur général plutôt que celle du Président du Conseil d'administration (Crim. 16 octobre 1974, B. n°298). Exceptionnellement, le chef d'entreprise de droit n'aura pas eu besoin de faire usage d'une délégation de pouvoirs (en ce sens, N. CATALA, *De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail*, JCP CI 1976, II, 12010, n°28).

³⁷⁹⁶ Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY ; JCP S 2006, n°1448, note J.-F. CESARO – Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUDEL.

³⁷⁹⁷ L'article L. 4741-7 du Code du travail l'implique qui ne vise comme caution civile que l'employeur, et pas le préposé délégataire.

démonstration d'une faute du chef d'entreprise pour entraîner sa responsabilité pénale³⁷⁹⁸. La seule qualité semble suffire³⁷⁹⁹. Les plus attachés au fondement fautif plaideront pour la reconnaissance d'une présomption de faute. En pareil cas, la démonstration contraire doit être admise. Or, la jurisprudence n'est guère encline à la reconnaître³⁸⁰⁰. Il est même fort difficile de faire admettre la force majeure. Ainsi, la seule démonstration de la désobéissance des salariés n'est pas à même d'écarter la responsabilité du chef d'entreprise³⁸⁰¹ sauf lorsque cette désobéissance fut soudaine et la cause exclusive du dommage³⁸⁰². La démonstration d'un événement imprévisible survenu en l'absence du chef d'entreprise n'a pas non plus permis d'écarter la responsabilité du chef d'entreprise pour empoisonnement d'une rivière³⁸⁰³.

Cette solution est assez inédite en droit pénal mais elle est conforme à la notion d'obligation de résultat. En effet, il doit être admis que la violation d'une telle obligation donne traditionnellement lieu à une responsabilité contractuelle³⁸⁰⁴ sans faute³⁸⁰⁵. Il devient clair, dès lors, que l'imputation de l'infraction est assurément fonctionnelle. Elle est entièrement fondée et conditionnée par l'exercice de la fonction de direction.

En second lieu, la nécessité de constater la commission de l'infraction par un préposé n'est pas toujours nécessaire³⁸⁰⁶. Certes, lorsque les infractions reprochées supposent la réunion d'éléments constitutifs précis, le juge se trouvera obligé de les caractériser sur la tête d'un préposé³⁸⁰⁷. Dans de nombreuses hypothèses, en droit du travail notamment, cette caractérisation est superflue, le texte d'incrimination visant un résultat à atteindre et pas un comportement. Certaines décisions en attestent qui décrivent ce résultat non atteint mais n'envisagent jamais le comportement qui y a conduit³⁸⁰⁸. La responsabilité du chef d'entreprise sera donc reconnue sur le seul constat de ce résultat³⁸⁰⁹.

³⁷⁹⁸ Crim. 11 juin 1963, JCP 1963, II, 13391.

³⁷⁹⁹ Par exemple Crim. 16 juin 1971, B. n°192: « Il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le Code du travail ou des règlements pris pour son application en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs ; par suite, les juges ne peuvent exonérer ledit chef d'entreprise que s'il est expressément constaté au préalable que celui-ci avait délégué la direction du chantier à un préposé investi par lui et pourvu, ... ».

³⁸⁰⁰ V. déjà Crim. 21 décembre 1907, S. 1910, p.593 – Crim. 10 juillet 1963, B. n°255 – Crim. 2 février 1954, JCP 1954, II, 8318 – Crim. 15 octobre 1958, B. n°627 – Crim. 16 juin 1971, B. n°192. Son admission de principe (V. *supra* n°713) en ressort quelque peu émoussée.

³⁸⁰¹ Crim. 4 novembre 1964, B. n°278 ; RSC 1965, p.650, obs. LEGAL.

³⁸⁰² Crim. 14 mars, 1979, B. n°109 – Crim. 14 octobre 1986, B. n°288.

³⁸⁰³ Crim. 6 octobre 1955, JCP 1956, II, 9098, note R. DE LESTANG.

³⁸⁰⁴ A propos des controverses portant sur l'existence de la notion de responsabilité contractuelle, V. *supra* n°74.

³⁸⁰⁵ Les prises de positions prises précédemment n'ont cependant aucune raison d'être remises en cause ici.

³⁸⁰⁶ *Contra*, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°381 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, réf. préc., n°273.

³⁸⁰⁷ Lequel pourra alors engager sa responsabilité, V. *supra* n°703.

³⁸⁰⁸ Crim. 16 janvier 2001, B. n°15 ; RSC 2001, p.577, obs. Y. MAYAUD

³⁸⁰⁹ La solution est à mettre en parallèle avec la présomption d'imputation pratiquée en ce qui concerne les personnes morales (V. *supra* n°216).

Dès lors, il devient compréhensible que l'abus de fonction du préposé ne puisse être invoqué par le chef d'entreprise pour s'exonérer de sa responsabilité³⁸¹⁰. Il devient également logique qu'aucun critère de qualification de la nature fonctionnelle de la faute n'ait émané de ce contentieux³⁸¹¹.

Dans ce régime, l'instrument d'imputation réside donc tout entier dans la fonction exercée de détenteur de pouvoir, et non dans la nature fonctionnelle d'un comportement pénalement illicite adopté par un préposé du chef d'entreprise. Partant, le fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise ne devrait pas être celui du régime civil de la faute de fonction.

2. Le fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

719. Appréciation de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise. –

Enfin, le droit positif semble avoir instauré une obligation pénale de résultat alternative à la charge du chef d'entreprise : soit l'exercice sans faille du commandement³⁸¹², soit l'organisation de l'entreprise sur la base de délégations de pouvoirs³⁸¹³. En atteste la jurisprudence qui considère que l'absence de délégation correspondra à la faute personnelle soi-disant exigée³⁸¹⁴ ou de manière plus probante encore à la définition jurisprudentielle de la « faute personnelle » de l'article L. 4741-1 du Code du travail. Ainsi, selon la Cour de cassation, le chef d'entreprise commet cette faute en « ne veillant pas lui-même à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le Code du travail et les règlements pris pour son application en vue d'assurer la sécurité des travailleurs³⁸¹⁵, à moins que ne soit rapportée la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur³⁸¹⁶ »³⁸¹⁷.

³⁸¹⁰ Crim. 4 novembre 1964, B. n°278 ; RSC 1965, 650, obs. LEGAL.

³⁸¹¹ V. *supra* n°204 et s.

³⁸¹² S'agissant du droit pénal du travail et de l'article L.4741-1 du Code du travail, il s'agirait d'une obligation de sécurité de résultat (Y. REINHARD, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, RSC 1978, p.257, n°46 et 51).

³⁸¹³ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°44 – Dans le même sens, Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilité*, Dr. soc. 2000, p.941, spé. P.946 : « A la limite, il ne serait pas faux de prétendre que la responsabilité pénale de l'employeur joue comme la sanction d'une insuffisance ou d'un défaut de délégation... ». – *Adde*, il est également avancé que la faculté pour le chef d'entreprise de déléguer se transforme parfois en « une obligation de déléguer « reconstituée » a posteriori par le juge saisi des poursuites », A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.476, spé. note de bas de page n°3, p.477.

Ainsi l'absence de délégation de pouvoirs peut-elle suffire à caractériser la faute personnelle du chef d'entreprise exigée par l'article L. 4741-1 du Code du travail.

³⁸¹⁴ Crim. 19 janvier 1982, *Schmidt et Thomas*, inédit.

³⁸¹⁵ Cela renvoie à l'obligation d'un exercice sans faille.

³⁸¹⁶ Cela renvoie à l'obligation de déléguer ses pouvoirs.

³⁸¹⁷ Par ex. Crim. 26 octobre 2010, JCP S 2011, n°1062, note A. MARTINON.

Il est possible qu'une reconnaissance claire de cette obligation alternative rende paradoxalement la situation du chef d'entreprise plus saine car elle lui permettrait de comprendre qu'il n'est pas démuné face à l'arsenal répressif. L'usage à bon escient de délégations de pouvoir au sein de son entreprise lui garantirait ainsi la tranquillité qu'il est en droit d'attendre d'une bonne organisation de son entreprise³⁸¹⁸.

720. Fondement de la responsabilité du chef d'entreprise. – Finalement cette responsabilité aurait pour seul objet de « stimuler le zèle » du potentiel responsable³⁸¹⁹. Le fondement de cette responsabilité s'écarterait ainsi du fondement de la faute pour rejoindre un fondement plus « civiliste », celui du risque-autorité³⁸²⁰, plus conforme à un rôle essentiellement préventif.

Moins qu'aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, l'assertion interroge alors plutôt sur les modalités de la sanction. La peine d'amende ou la peine d'emprisonnement sont-elles vraiment les plus appropriées pour parvenir au résultat escompté ? Apparemment pas puisque le droit positif semble au contraire proposer un éventail de sanctions moins répressives que régulatrices³⁸²¹.

Incontestablement originale par rapport aux principes traditionnels du droit pénal, cette imputation doit avoir un domaine d'application raisonnable, donc restreint.

3. Le domaine restreint de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

721. Détermination du domaine de l'imputation dérogatoire³⁸²². – Le droit positif envoie des signes contradictoires quant à ce domaine, déclamant d'une part un domaine restreint aux infractions de droit spécial, dit technique³⁸²³, tenté, d'autre part, d'appliquer l'imputation dérogatoire aux infractions de droit commun. Son premier instinct semble le bon :

³⁸¹⁸ C'est ainsi qu'une partie de la doctrine considère que l'obligation de surveillance hiérarchique s'est effacée au profit d'une obligation d'organisation (J.-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, réf. préc., p.158).

³⁸¹⁹ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°31.

³⁸²⁰ Ce régime contreviendrait alors à l'adage de LOYSEL selon lequel « Tous les délits sont personnels, en crime il n'y a point de garant ».

³⁸²¹ V. sur ce point, P. CONTE, *Du particularisme des sanctions en droit pénal de l'entreprise* in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989 ; M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°438 et s.

³⁸²² Historiquement ce type d'imputation ne concernait que la matière de « police » (J.-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, réf. préc., p.158), enclave idéale pour un droit disciplinaire s'affranchissant de certains principes de droit pénal général en faveur d'une plus grande efficacité (*op. cit.*, p.156). L'incorporation parmi les contraventions de « petits délits » a mis fin à l'homogénéité de la catégorie (*op. cit.*, p.159). Dès lors les contrevenants à des règles de police devenaient des « délinquants de droit commun » à qui était cependant refusé le bénéfice de la protection du droit pénal général (*op. cit.*, p.160). Cette évolution historique rend donc nécessaire l'élaboration de nouveaux critères pour circonscrire le domaine de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise.

³⁸²³ Il s'agit là du droit pénal spécial déjà évoqué au stade du fait générateur de la responsabilité : droit pénal des sociétés et droit pénal du travail notamment (V. *supra* n°675).

il faut réserver l'imputation dérogatoire aux infractions de droit spécial (a.) et rejeter toute contamination aux infractions de droit commun (b.).

a. Une imputation dérogatoire réservée aux infractions de droit spécial

722. Les signes d'une imputation dérogatoire réservée aux infractions de droit spécial dans l'édiction du principe. – La plupart des dispositions prévoyant une imputation spéciale relèvent d'une législation propre à une matière technique. La particularité de ces matières techniques tiennent moins aux valeurs qu'elles protègent qu'à la façon dont elles les protègent, par l'édiction d'une réglementation scrupuleuse que d'aucuns jugeront même tatillonne³⁸²⁴. Il s'agit principalement du droit pénal des sociétés, du droit pénal du travail, du droit pénal de la sécurité sociale mais aussi du droit pénal de l'environnement³⁸²⁵.

La doctrine note, à ce propos, que les textes prévoient tantôt une « imputation légale implicite »³⁸²⁶ lorsqu'ils visent le chef d'entreprise comme l'auteur possible d'une infraction sans qu'il soit fait état de celui qui aura matériellement accompli les actes incriminés³⁸²⁷, tantôt une « imputation légale explicite »³⁸²⁸ lorsqu'ils désignent le chef d'entreprise comme auteur d'une infraction qui aura été commise par un tiers³⁸²⁹.

Ces imputations légales spéciales ont cependant rapidement paru insuffisantes à la jurisprudence qui en a dégagé un principe général. Pourtant, il convient de relativiser cette « généralisation » car la jurisprudence a, malgré ses évolutions, maintenu le caractère restreint de la règle qu'elle avait posée dès 1859³⁸³⁰. Topique de cette « généralisation relative », l'arrêt du 28 février 1956³⁸³¹ décide que « si en principe nul n'est passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui **dans les cas exceptionnels où certaines obligations légales** imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné ; que, notamment, dans les industries

³⁸²⁴ Les infractions ont ainsi pour finalité non seulement la protection des membres de l'entreprise mais également la protection des tiers (J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, réf. préc., n°12 et s.).

³⁸²⁵ Pour une liste des exceptions, V. not. M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur » ?*, JCP 1985, I, 3218, n°3 et s. ; P. SALVAGE, *Principe de la responsabilité personnelle*, J-Cl. Pénal, fasc. 20, 2008, n°14.

³⁸²⁶ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸²⁷ Par ex. article L. 4741-1 du Code du travail : « Est puni d'une amende de 3.750 €, le fait pour l'employeur ou son délégué de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application... ».

³⁸²⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸²⁹ Par ex. article 433-18 du Code pénal : « Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, par le fondateur ou le dirigeant de droit ou de fait d'une entreprise qui poursuit un but lucratif, de faire figurer ou de laisser figurer, dans une publicité réalisée dans l'intérêt de l'entreprise qu'il se propose de fonder ou qu'il dirige... ».

³⁸³⁰ Crim. 26 août 1859, S. 1859, p.973.

³⁸³¹ Crim. 28 février 1956, JCP 1956, II, 9304, obs. R. DE LESTANG.

soumises à des **règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publiques**³⁸³², la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie »³⁸³³. Là encore, la chambre criminelle entend limiter l'imputation dérogatoire aux matières impliquant une réglementation spéciale. Les extensions postérieures de cette forme d'imputation à la contrefaçon³⁸³⁴ ou au délit d'initié³⁸³⁵ ne démentent pas l'assertion car ces délits relèvent tous de la réglementation économique.

Certains éléments du régime de la responsabilité pénale du chef d'entreprise semblent envoyer les mêmes signaux en faveur d'un domaine restreint.

723. Les signes d'une imputation dérogatoire réservée aux infractions de droit spécial dans le régime de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. – L'élément de régime permettant de confiner l'imputation dérogatoire à un domaine restreint est la délégation de pouvoirs dans la mesure où cette unique « cause d'exonération »³⁸³⁶ invocable par le chef d'entreprise, n'a d'effet qu'à l'égard des infractions de droit spécial.

En effet, la chambre criminelle précise que : « sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, **qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction**, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires »³⁸³⁷. Ces arrêts intervenant à propos d'infractions spéciales aux activités économiques³⁸³⁸, procédaient à la dernière extension de cette cause d'exonération³⁸³⁹. Par conséquent, la délégation de pouvoirs est désormais invocable dans de nombreuses matières : en matière d'hygiène et de sécurité du travail³⁸⁴⁰, bien sûr ; mais également de réglementation de la durée du travail dans les entreprises de travaux publics³⁸⁴¹, de publicité mensongère³⁸⁴², de pollution des eaux³⁸⁴³, d'embauchage illégal de travailleurs étrangers³⁸⁴⁴, de coordination des transports³⁸⁴⁵, de

³⁸³² Nous soulignons.

³⁸³³ L'infraction reprochée était une pollution de rivière.

³⁸³⁴ Crim. 11 mars 1993 (1^{ère} espèce), réf. préc.

³⁸³⁵ Crim. 19 décembre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 38.

³⁸³⁶ V. *supra* n°717 et *infra* n°740.

³⁸³⁷ Crim. 11 mars 1993, B. n°112 ; D. 1994, somm., p.156, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; JCP E 1994, n°571, note J.-H. ROBERT ; RSC 1994, p.101 et 102, obs. B. BOULOC.

³⁸³⁸ 1^{er} arrêt : contrefaçon – 2^{ème} et 3^{ème} arrêts : publicité de nature à induire en erreur – 4^{ème} arrêt : achat sans facture – 5^{ème} arrêt : revente à perte.

³⁸³⁹ A propos de l'évolution du domaine de la délégation de pouvoir, V. not. M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p.525 ; E. DREYER, *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, D. 2004, p.937, n°6-7.

³⁸⁴⁰ Crim. 23 janvier 1975, D. 1975, p.375, note J. SAVATIER ; JCP 1976, II, 18333, note J.-H. ROBERT.

³⁸⁴¹ Crim. 19 janvier 1988, B. n°29 ; D. 1990, p.365, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.

³⁸⁴² Crim. 2 février 1982, B. n°36.

³⁸⁴³ Crim. 14 février 1973, B. n°81.

³⁸⁴⁴ Crim. 10 janvier 1963, B. n°19.

³⁸⁴⁵ Crim. 27 mars 1963, B. n°135.

circulation routière³⁸⁴⁶ ou de sécurité sociale³⁸⁴⁷, de délits comptables³⁸⁴⁸, de délits fiscaux³⁸⁴⁹, en sus des délits économiques.

Certains auteurs indiquent cependant que cette délégation opérerait pour les délits d'homicide ou de violences involontaires³⁸⁵⁰, mais l'avis n'est pas partagé puisqu'une autre partie de la doctrine indique au contraire que la délégation n'exclura pas la responsabilité pénale du dirigeant pour ces délits³⁸⁵¹.

La solution est logique car la délégation de pouvoirs n'est invocable qu'en l'absence de participation à la réalisation de l'infraction. Or, l'engagement de la responsabilité du chef d'entreprise pour les délits de droit commun suppose en principe une telle participation, fut-elle « indirecte » d'après l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal. Partant, si la délégation de pouvoirs devait être efficace à propos de l'homicide et des violences involontaires, ce serait uniquement parce que la faute de celui-ci serait **toute entière qualifiée à partir de la seule violation des règles spéciales**. Pourtant, les éléments constitutifs des infractions d'imprudence de droit commun et des infractions spéciales sont en principe indépendants.

D'une part, la faute d'imprudence peut exister malgré l'absence de toute violation de normes de droit du travail³⁸⁵². D'autre part et surtout, il est affirmé que la seule violation des règles spéciales, fussent-elles relatives à l'hygiène et à la sécurité, ne suffit pas à caractériser la faute d'imprudence, même si cette violation est très proche du « manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement »³⁸⁵³. Formellement, leur équivalence ne peut être invoquée par le juge, qui doit démontrer l'existence d'une faute³⁸⁵⁴.

³⁸⁴⁶ Crim. 19 janvier 1988, B. n°29.

³⁸⁴⁷ Crim. 13 janvier 1972, B. n°23.

³⁸⁴⁸ Crim. 9 septembre 2009, n°08-88.296.

³⁸⁴⁹ Crim. 16 décembre 2009, n°09-80.125.

³⁸⁵⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 22^{ème} éd., 2011, n°386 ; M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p.525, spé. p.530.

³⁸⁵¹ P. SALVAGE, *Principe de la responsabilité personnelle*, réf. préc., n°52. A l'appui de son affirmation, ce dernier renvoie à l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1975 (D. 1976, p.375, note J. SAVATIER).

Dans le même sens, A. COEURET, E. FORTIS (*Droit pénal du travail*, réf. préc.) qui expliquent laconiquement que la délégation est possible pour « les matières où existe la responsabilité du chef d'entreprise » (*op. cit.*, n°297) mais relèvent également que pour les « infractions de droit commun (homicide et blessures involontaires) », la condamnation du délégataire n'exclut pas celle du chef d'entreprise déléguant dès lors qu'une toute autre faute d'imprudence (Crim. 26 novembre 1985, B. n°377), personnelle à ce dernier, pourrait être relevée (*op. cit.*, n°346).

³⁸⁵² Crim. 17 septembre 1996, Dr. ouvrier 1997, p.45, obs. M. RICHEVAUX. – La solution a été étendue à la faute caractérisée issue de la loi du 10 juillet 2000, cette faute pouvant exister « hors de toute réglementation spéciale » (Crim. 5 décembre 2000, B. n°363 ; RSC 2001, p.379, obs. Y. MAYAUD).

³⁸⁵³ Articles 221-6 et 222-19 du Code pénal.

³⁸⁵⁴ D. REBUT, *Le droit pénal de la sécurité au travail*, Dr. soc. 2000, p.981, spé. p.983.

Ceci explique la possibilité de poursuites cumulatives³⁸⁵⁵, les deux infractions protégeant des valeurs différentes³⁸⁵⁶.

Le droit positif semble ainsi confirmer le domaine restreint d'une imputation dérogatoire, ce domaine restreint permettant d'en légitimer l'existence.

724. Justification d'une imputation dérogatoire. – La scission entre les conditions d'engagement de la responsabilité pénale du chef d'entreprise à raison du domaine de répression concerné, semble avoir été actée par la doctrine³⁸⁵⁷, qui justifie par ailleurs l'existence de règles (d'imputation) différentes par la dualité initiale des fonctions du droit pénal du travail et du droit pénal commun, le premier étant prioritairement préventif tandis que le second est essentiellement répressif³⁸⁵⁸. La rupture avec la fonction rétributive du droit commun³⁸⁵⁹ est donc consommée partout où le droit pénal sanctionne une réglementation spéciale, au service peut-être d'un ordre public professionnel³⁸⁶⁰.

A cette proposition de détacher du droit commun les incriminations relatives au fonctionnement de l'entreprise pour les inclure dans un droit pénal spécial gouverné par des principes différents et justifiés par une sociologie criminelle spécifique aux délinquants en « cols blancs », il est cependant rappelé que le droit pénal général constitue avant tout une garantie contre l'arbitraire, laquelle ne doit pas s'arrêter à des frontières purement formelles³⁸⁶¹.

A propos de ces « activités spécialement réglementées »³⁸⁶², certains auteurs se prononcent cependant en faveur de la pertinence exclusive de la matière de « police », enclave idéale pour un droit disciplinaire s'affranchissant de certains principes de droit pénal général en faveur

³⁸⁵⁵ D. REBUT, *op. cit.*, réf. préc., p.984. L'auteur concèdera que les deux fondements saisiront la « même situation ».

³⁸⁵⁶ Discipline sociale dans le monde du travail d'un côté (A. CERF-HOLLENDER, V° *Droit pénal du travail*, Rép. Trav. Dalloz, 2012, n°229), intégrité physique ou vie de l'autre.

³⁸⁵⁷ Un auteur avait ainsi traité distinctement de la responsabilité du chef d'entreprise à raison des infractions au Code du travail et à raison des infractions au Code pénal (N. CATALA, *De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail*, JCP CI 1976, II, 12010).

Une doctrine plus récente a procédé à la même distinction ordonnée autour de la responsabilité de fonction d'une part et de la responsabilité de droit commun du chef d'entreprise d'autre part (E. DREYER, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813).

³⁸⁵⁸ D. REBUT, *Le droit pénal de la sécurité au travail*, Dr. soc. 2000, p.981, spé. p.982.

Selon certains auteurs, « L'existence de relations de pouvoir institutionnel, la taille et la complexité de l'organisation humaine et technique, l'apparition d'autorités secondaires et la multiplicité des textes applicables ont conduit à proposer des explications adaptant des notions traditionnelles à ce contexte particulier » (A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396, spé. n°270). La généralisation à d'autres matières que le droit pénal du travail conduit à modérer cette explication, au profit peut-être de celui de la sphère professionnelle (M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012).

³⁸⁵⁹ A. COEURET, *op. cit.*, p.396.

³⁸⁶⁰ M. BENEJAT, *op. cit.*

³⁸⁶¹ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, réf. préc., n°4.

³⁸⁶² J.-H. ROBERT, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, réf. préc., p.158

d'une plus grande efficacité³⁸⁶³. La correctionnalisation de nombreuses infractions de réglementation les convainc alors d'autant moins qu'elle implique l'extension de cette imputation dérogatoire aux infractions intentionnelles.

725. Hostilité à l'extension de cette responsabilité pénale aux infractions intentionnelles³⁸⁶⁴. – Selon la doctrine, pour ces infractions, le retour au principe s'impose : « une participation personnelle matérialisée par un comportement volontaire actif ou plus rarement une abstention »³⁸⁶⁵. La chambre criminelle semble avoir rappelé ce principe dans deux arrêts rendus le 23 mai 1978³⁸⁶⁶ à propos du délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel dans l'entreprise³⁸⁶⁷. C'est également pourquoi la chambre criminelle a pu refuser d'engager la responsabilité pénale d'un chef d'entreprise pour délit d'obstacle aux fonctions de l'inspecteur du travail³⁸⁶⁸ car si ce délit est une infraction de commission, le chef d'entreprise s'était contenté d'assister passivement à l'infraction commise par quatre salariés qui avaient interdit l'entrée dans l'entreprise³⁸⁶⁹. La jurisprudence reste cependant peu exigeante quant à la culpabilité et plus particulièrement à l'intention du chef d'entreprise lorsque sa participation matérielle ne fait pas de doute³⁸⁷⁰.

La critique doit être partagée : le législateur, lorsqu'il crée une infraction intentionnelle, souhaite concéder aux agents le « droit » de commettre l'illicéité par imprudence³⁸⁷¹. Engager la responsabilité du chef d'entreprise à raison de sa seule qualité parce que ce type d'infraction a été commis par l'un de ses subordonnés reviendrait alors à sanctionner plus durement le chef d'entreprise qu'un agent ordinaire.

Le même mouvement de qualification laxiste à finalité « répressive » ne doit pas se poursuivre, qui pourrait rendre possible l'extension de l'imputation dérogatoire aux infractions de droit commun.

³⁸⁶³ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, réf. préc., p.156.

³⁸⁶⁴ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, spé. p.477.

³⁸⁶⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶⁶ Dr. ouvrier 1978, p.346, note N. ALVAREZ.

³⁸⁶⁷ Principalement, l'ancien article L. 483-1 du Code du travail devenu L. 2328-1 du Code du travail. – A propos de l'élément légal éclaté de cette catégorie d'infraction, V. A. COEURET, E. FORTIS, réf. préc., n°609 et s.

³⁸⁶⁸ Ancien article L. 631-1 du Code du travail (L. 8114-1 du Code du travail).

³⁸⁶⁹ Crim. 13 mai 1986, Juri-soc. 1986, SJ 159.

³⁸⁷⁰ V. les exemples donnés par A. CERF-HOLLENDER, *Droit pénal du travail*, Rép. Trav. Dalloz, 2012, n°127 et s.

³⁸⁷¹ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, réf. préc., n°48.

b. Le rejet de toute contamination aux infractions de droit commun³⁸⁷²

726. Point de contact entre infractions de droit commun et infractions de droit spécial. – A en croire une partie de la doctrine, « l'esprit du dispositif pénal compris dans le Code du travail a déteint sur celui du Code pénal »³⁸⁷³ opérant une « dissociation du droit pénal de son fondement relatif à la sanction d'une faute »³⁸⁷⁴. Cette affirmation doit-elle être partagée ?

Principalement « menacées » par cette contamination, les infractions d'imprudence imposent en effet un constat mitigé.

Ainsi, le délit d'exposition d'autrui à un risque³⁸⁷⁵ semble préservé d'une telle dérive. Serait en cause l'exigence de la violation d'une obligation **particulière** de sécurité ou de prudence peu compatible avec les infractions au Code du travail dites « de type ouvert »³⁸⁷⁶. En réalité, cette exigence ne préserve en rien ce délit puisqu'elle pourrait renvoyer à la violation d'une règle d'hygiène et de sécurité.

Le bilan est quelque peu différent s'agissant des homicides³⁸⁷⁷ et violences involontaires³⁸⁷⁸. S'agissant de ces infractions, l'engagement facilité de la responsabilité pénale du chef d'entreprise ne saurait se justifier puisque la loi du 10 juillet 2000 a introduit à l'article 121-3 du Code pénal la nécessité d'établir à l'encontre de l'auteur indirect d'un dommage une faute qualifiée, en principe plus grave que la faute simple. L'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal prévoit ainsi que la responsabilité pénale de l'auteur indirect ne sera engagée que s'il est démontré qu'il a « violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement » (la faute délibérée) ou qu'il a « commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu' [il] ne pouva[i]t ignorer » (la faute caractérisée). Or, lorsqu'il n'a pas directement participé au fait dommageable, le chef d'entreprise est généralement un auteur indirect³⁸⁷⁹.

La loi du 10 juillet devait donc en principe renforcer l'impossibilité de caractériser l'homicide involontaire ou les violences involontaires à partir du seul constat de la violation d'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité.

³⁸⁷² Dans le même sens, M.-A. FRISON-ROCHE (*La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier in La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.17) pour qui les règles de régulation du droit répressif systémique peuvent s'écarter des règles du droit pénal car ce sont des règles propres au système économique et financier mais elles ne doivent pas être étendues en dehors de ce cadre. Ainsi il lui semble illégitime d'étendre l'imputation à raison d'une fonction dirigeante dans l'entreprise car celle-ci n'est pas un système (*op. cit.*, n°54). Elle refuse par conséquent jusqu'à la contamination du droit pénal du travail (*ibidem*).

³⁸⁷³ D. REBUT, *Le droit pénal de la sécurité au travail*, Dr. soc. 2000, p.981, spé. p.984.

³⁸⁷⁴ D. REBUT, *op. cit.*, p.985.

³⁸⁷⁵ Article 223-1 du Code pénal.

³⁸⁷⁶ Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilité*, Dr. soc. 2000, p.941, spé. p.948.

³⁸⁷⁷ Article 221-6 du Code pénal.

³⁸⁷⁸ Article 222-19 du Code pénal.

³⁸⁷⁹ E. DREYER, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813, n°22.

727. Relativité de la scission entre infractions de droit commun et infractions de droit spécial. – Certaines décisions font effectivement montre d'un respect accru de cette nouvelle règle, qu'elles aient abouti à la relaxe du chef d'entreprise³⁸⁸⁰ ou qu'elles aient conclu à sa condamnation³⁸⁸¹.

Il est cependant rapidement devenu tentant pour la jurisprudence de déduire une faute délibérée du seul constat d'un manquement aux règles d'hygiène et de sécurité³⁸⁸², bref de refuser de modifier sa politique criminelle antérieure³⁸⁸³.

Deux problèmes majeurs affectent alors les condamnations.

Le premier problème relève de l'absence de caractérisation stricte de l'élément moral de l'infraction. Alors que certains arrêts prennent soin d'établir que le chef d'entreprise poursuivi avait la conscience de faire courir un risque à autrui³⁸⁸⁴ – encore que ce risque n'est pas qualifié conformément à l'exigence textuelle –, d'autres arrêts semblent ne pas y faire référence³⁸⁸⁵. De façon plus extrême encore, il est désormais affirmé que la conscience du risque doit être présumée de la réunion des autres éléments constitutifs de la faute caractérisée. Ainsi dans un arrêt du 11 février 2003, la chambre criminelle affirme que la Cour d'appel « ne pouvait, sans se contredire, constater que le prévenu avait commis une faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas personnellement au respect de la réglementation relative à la sécurité des machines dangereuses et relaxer celui-ci au motif qu'il pouvait ignorer le risque découlant de ce manquement »³⁸⁸⁶.

Cette décision est d'autant plus troublante qu'elle admet également, et c'est un second problème, que la faute caractérisée soit constituée à partir de la seule matérialité de la faute

³⁸⁸⁰ Crim. 13 février 2001, B. n°41 – Crim. 19 février 2002, RSC 2002, p.837, obs. G. GIUDELLI-DELAGE : constat du respect des prescriptions du droit du travail quant à l'entretien et à la vérification des appareils utilisés et quant à la formation de ses salariés.

³⁸⁸¹ Crim. 12 septembre 2000, B. n°268 ; RSC 2001, p.399, obs. A. CERF-HOLLENDER et RSC 2001, p.156, obs. Y. MAYAUD. Un salarié était mort à la suite de l'éboulement d'une tranchée. Les juges du fond avaient scrupuleusement établi que le gérant poursuivi « avait décidé de laisser au dépôt le matériel de blindage dont l'installation était pourtant prescrite par l'article 72 du décret du 8 janvier 1965 ». Cette solution est diversement appréciée par ces commentateurs. Le premier a justement noté l'incongruité de la qualification d'auteur indirect mais n'a pas trouvé à redire s'agissant de la faute délibérée. Le second n'est à l'inverse guère convaincu par la démonstration de la faute délibérée. Il semble que la première appréciation doive être privilégiée.

³⁸⁸² Certains auteurs (M. SEGONDS, *Un an de droit pénal du travail*, Dr. pén. 2008, chr. 9, n°4) soulèvent la possibilité que l'absence de délégation de pouvoirs puisse également constituer la faute caractérisée de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal à partir de l'interprétation d'un arrêt (Crim. 20 mai 2008, n°08-80896).

Il y avait toutes les raisons d'être pessimiste à ce sujet puisque la jurisprudence s'était déjà montrée inflexible quant à sa sévérité envers le chef d'entreprise suite à la réforme de 1992. L'introduction de l'article 121-3 du Code pénal qui devait pourtant faire disparaître les délits dits matériels, n'avait pas changé l'état du droit selon lequel le seul non-respect de la réglementation constituait une négligence ou une imprudence fautive. Aurait été en cause, semble-t-il, la qualité de professionnel du chef d'entreprise (A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, réf. préc., n°497).

³⁸⁸³ J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, p.134, spé. p.135.

³⁸⁸⁴ Crim. 16 janvier 2001, B. n°14, RSC 2001, p.577, obs. Y. MAYAUD : les juges du fond ont au moins relevé la visite effectuée par le responsable sur les lieux de l'accident

³⁸⁸⁵ Crim. 16 janvier 2001, B. n°15 ; RSC 2001, p.577, obs. Y. MAYAUD.

³⁸⁸⁶ Crim. 11 février 2003, B. n°28 ; RSC 2003, p.801, obs. G. GIUDELLI-DELAGE.

délibérée. Pourtant, s'il peut être admis que la violation d'une obligation de sécurité ou de prudence est effectivement une faute, cela ne suffit pas à démontrer que la faute est « caractérisée ». Or, la gravité de la faute est ici établie à partir de la seule violation des règles d'hygiène et de sécurité édictées par le Code du travail³⁸⁸⁷. Ce n'est guère orthodoxe quoique la solution se maintienne³⁸⁸⁸.

Il ressort finalement de la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel que la conscience d'exposer autrui à un risque d'une particulière gravité découle *ipso facto* de la seule inobservation des règles d'hygiène et de sécurité. Cette interprétation semble conduire à la désuétude programmée de cette condition législative³⁸⁸⁹. En effet, si l'inobservation *délibérée* de ces règles peut légitimement faire présumer la connaissance du risque encouru, sur la base de l'objet particulier de la règle violée, ce caractère délibéré n'est pas toujours établi, l'inobservation de ces règles étant objectivement imputée au chef d'entreprise conformément à la logique du droit pénal du travail.

Cette seule décision semble ainsi démontrer la véracité des propos peu flatteurs d'une doctrine accusant la jurisprudence de faire peu de cas de l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal en présence d'un chef d'entreprise³⁸⁹⁰. Ces quelques décisions³⁸⁹¹ confirment alors également une sorte de contamination du droit commun par le droit pénal spécial, l'imputation dérogatoire du second permettant l'engagement de la responsabilité du chef d'entreprise sur le fondement du premier³⁸⁹².

Finalement, la rédaction des incriminations faisant référence au « manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » semble avoir ouvert la voie d'une responsabilité objective³⁸⁹³. Il faut dire que la circulaire générale d'interprétation³⁸⁹⁴ pouvait autoriser une telle dérive³⁸⁹⁵.

³⁸⁸⁷ La situation est vertement dénoncée par une partie de la doctrine : V. not. P. CONTE, *Bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernant la faute d'imprudence* in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Jurisclasseur, Carré droit, 2003, p.19, spé. n°41.

³⁸⁸⁸ Crim. 18 septembre 2001, JurisData n°011335 : « par ses manquements aux prescriptions des articles R. 237-1 et suivants du Code du travail, [le prévenu] a commis une faute caractérisée ». – Crim. 13 septembre 2005, B. n°224 – Crim. 31 janvier 2006, JCP 2006, II, 10079, note E. DREYER.

³⁸⁸⁹ V. déjà Crim. 5 mars 2002, RJS 2002, n°989.

³⁸⁹⁰ P. MORVAN, *Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000*, RJS 2001, p.283.

³⁸⁹¹ Des décisions plus récentes semblent attester de la continuation de cette jurisprudence : ainsi a-t-il été jugé que commet une faute caractérisée l'agent qui omet de prendre toutes dispositions nécessaires pour assurer la sécurité des salariés en violation des articles R. 233-13-20 et R. 233-13-21 (devenus R. 4323-58 à R. 4323-61 et R. 4323-62) du Code du travail (Crim. 12 mai 2009, n°08-85444), ou l'agent à qui était reproché le défaut de fourniture de matériel adapté aux exigences de sécurité dès lors qu'un « manquement aussi grossier aux obligations de sécurité ne peut être que délibéré » (Crim. 27 octobre 2009, n°09-80490).

³⁸⁹² A ce propos, A. COEURET *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396, p.400.

³⁸⁹³ D. REBUT, *op. cit.*, p.984.

³⁸⁹⁴ Crim-00-9/F1 du 11 octobre 2000.

³⁸⁹⁵ Le fait que la jurisprudence exige en revanche la démonstration de la connaissance du risque par un maire (Crim. 4 juin 2002, D. 2003, p.95, note S. PETIT) semble également attester de l'objectif peu avouable de la loi du 10 juillet 2000 de mettre les seuls décideurs publics à l'abri des sanctions pénales (P. MORVAN,

728. Synthèse – L'étude de l'imputation dérogatoire au chef d'entreprise apporte trois renseignements principaux quant à la sanction pénale de la faute de fonction.

D'abord, cette imputation dérogatoire est assurément une imputation fonctionnelle, non comportementale.

Ensuite et surtout, elle se distingue à de nombreux égards de l'imputation fonctionnelle qui est pratiquée en droit de la responsabilité civile. La première différence tient à ce que l'obligation pénale³⁸⁹⁶ s'attache non pas à l'agent retirant le profit de l'activité infractionnelle mais à celui qui est titulaire du pouvoir³⁸⁹⁷. La seconde différence relève de la mise en œuvre de cette imputation fonctionnelle : il n'est jamais question de caractériser le caractère fonctionnel de l'infraction, ni à l'égard du responsable qui est désigné à partir de sa fonction et pas de sa faute³⁸⁹⁸, ni à l'égard du préposé.

Enfin, contrairement à l'imputation fonctionnelle du droit de la responsabilité civile, l'imputation fonctionnelle du chef d'entreprise doit être circonscrite à un domaine matériel très précis, sous peine de dénaturer à l'excès la philosophie classique du droit pénal.

Quoi qu'il en soit, la logique commutative n'a pas envahi le droit pénal laquelle reste encore profondément distributif.

Ces conclusions ne sauraient cependant être tout à fait définitives sans l'intervention du législateur. Le principe de légalité criminelle l'impose tandis que le caractère dérogatoire de l'imputation ne s'y oppose pas puisque le législateur a déjà pu consacrer l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale.

B. L'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

729. Champ d'étude. – Alors que l'absence de disposition textuelle générale a rendu l'étude de l'imputation dérogatoire au chef d'entreprise malaisée, il est rassurant de pouvoir s'appuyer sur l'article 121-2 du Code pénal pour déterminer l'imputation dérogatoire que la loi entend appliquer dans le régime de responsabilité pénale des personnes morales. La matière devrait donc laisser moins d'incertitudes et nécessiter de moins longs développements que la précédente. Dans une logique comparatiste, visant à légitimer le traitement différencié de l'imputation à la personne morale et de l'imputation au chef d'entreprise, il faut concentrer les

Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000, RJS 2001, p.283, n°1-2 – V. également sur ce point, P. CONTE, *Le lampiste et la mort*, Dr. pén. 2001, chr. n°2).

³⁸⁹⁶ V. *supra* n°718.

³⁸⁹⁷ Dans l'entreprise profit et pouvoir sont de plus en plus autonomes (A. COEURET, *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. soc. 1975, p.396, spé.p.401 – *Adde*, C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997)

³⁸⁹⁸ Sera reconnue la figure de la faute « intrinsèquement fonctionnelle » évoquée lors de la définition de la faute de fonction (V. *supra*, n°216) et dont il est fait usage pour engager la responsabilité pénale de la personne morale (V. *infra* n°736).

efforts sur la découverte de deux éléments : la description de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale (1.) et le fondement de cette imputation (3.)³⁸⁹⁹.

1. La description de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

730. Analyse progressive et comparatiste. – Ici encore la nécessité d'une comparaison avec l'homologue civil impose que soit recherchée la nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale (a.) avant qu'en soit décrit le régime (b.).

a. La nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

731. Une imputation non comportementale. – Il n'est point besoin de longs discours pour convaincre que l'imputation de l'infraction à la personne morale est nécessairement non comportementale. Compte tenu de la nature même de la personne morale³⁹⁰⁰, celle-ci ne peut réaliser elle-même les éléments constitutifs de l'infraction³⁹⁰¹. Or, la loi a nécessairement postulé cet état de fait lors de l'élaboration du nouveau Code pénal ayant introduit la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, tandis que l'article 121-4 du Code pénal indique qu'est auteur l'agent qui « commet les faits incriminés », l'article 121-2 du Code pénal autorise la qualification d'auteur aux personnes morales pour les « infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Dans cet article, il ne peut donc être question que d'une imputation particulière³⁹⁰².

En outre, la théorie de la « faute distincte »³⁹⁰³ de la personne morale, selon laquelle l'imputation d'une infraction commise par un organe ou un représentant ne suffirait pas et qu'une faute propre à la personne morale serait exigée pour engager sa responsabilité pénale a été invalidée par la jurisprudence³⁹⁰⁴. Ainsi, est-il superflu de démontrer un défaut

³⁸⁹⁹ Le domaine de la responsabilité pénale de la personne morale ne sera pas abordé ici car la question est réglée par l'article 121-2 du Code pénal. La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a abrogé, à compter du 31 décembre 2005, le principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Seule subsiste l'exception des infractions de presse. – A propos de cette déspecialisation, V. not. H. MATSOPOULOU, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. sociétés 2004, p.283 ; M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos in Les droits et le Droit. Mélanges dédiées à B. BOULOC*, Dalloz 2007, p.97 et références citées dans cet article.

³⁹⁰⁰ D'après la théorie de la réalité juridique adoptée, la personne morale est un groupement contractuellement créé, doté de la personnalité morale ; cette dernière étant une technique juridique d'opposabilité aux tiers au groupement (V. *supra* n°58-59).

³⁹⁰¹ P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC 1958, p.547.

³⁹⁰² F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, réf. préc., n°360.

³⁹⁰³ J.-H. ROBERT, note sous Trib. corr. Lyon 9 octobre 1997, Dr. pén. 1997, comm. 154 ; *Droit pénal général*, p.376-377.

³⁹⁰⁴ Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC.

d'organisation ou une politique délibérée de l'entreprise³⁹⁰⁵ qui expliquerait la commission de l'infraction. L'imputation non comportementale n'est donc pas non plus, et logiquement, de nature causale.

732. Le rejet subséquent d'une responsabilité du fait personnel. – Certains auteurs, tout en admettant la particularité de l'imputation mise en œuvre, ne renoncent pourtant pas à qualifier la responsabilité pénale des personnes morales de responsabilité du fait personnel³⁹⁰⁶. Pour pouvoir maintenir la responsabilité de la personne morale dans le giron des responsabilités du fait personnel, ces auteurs proposent d'analyser l'imputation de l'article 121-2 du Code pénal comme un mécanisme de représentation³⁹⁰⁷. Ils admettent ainsi la fiction légale³⁹⁰⁸ selon laquelle cette représentation parfaite permettrait d'affirmer que les actes des organes ou des représentants **sont** ceux de la personne morale, parce que les organes ou représentants **sont** la personne morale³⁹⁰⁹.

Certains vices affectent cependant leur démonstration. Tout d'abord, la théorie de la représentation est ici nécessairement distincte de celle qui existe en droit civil pour la conclusion des actes juridiques. D'abord, les conditions d'une représentation efficace sont en droit pénal bien distinctes, l'expression « pour le compte » ayant une signification plus permissive dans l'article 121-2 du Code pénal que l'expression « pour le mandant et en son nom » dans l'article 1984 du Code civil par exemple. Ensuite et surtout, l'usage de la représentation en droit pénal ne peut effectivement que relever de la pure fiction juridique³⁹¹⁰, puisqu'« on ne commet pas de faute [et *a fortiori* d'infraction] par procuration »³⁹¹¹. Dès lors est-il bien nécessaire d'introduire dans une matière aussi soucieuse de réalisme que le droit pénal une telle fiction ? La même critique doit être adressée à l'adhésion sous-jacente à la théorie de l'organe³⁹¹².

Il vaut sans doute mieux convenir que cette responsabilité n'est pas une responsabilité du fait personnel. Les conditions légales d'imputation conduisent plutôt à admettre une responsabilité certes personnelle mais déconnectée de tout jugement de valeur porté sur le comportement du responsable, bref une imputation objective³⁹¹³, et partant, ici une responsabilité du fait d'autrui.

³⁹⁰⁵ Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT.

³⁹⁰⁶ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, coll. Carré Droit, 2003, n°106.

³⁹⁰⁷ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n°135 et s.

³⁹⁰⁸ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n°125.

³⁹⁰⁹ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n°124.

³⁹¹⁰ G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bib. De droit privé, t. 253, 1997, n°2.2.

³⁹¹¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011, n°206.

³⁹¹² V. *supra* n°61 les critiques pouvant être adressées à cette théorie.

³⁹¹³ Certains auteurs semblent admettre la coexistence d'une imputation objective et d'une responsabilité du fait personnel (J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n°170). L'opinion n'est pas partagée tant il semble que l'imputation comportementale induite par le principe d'une responsabilité du fait personnel doit être qualifiée de subjective.

Une fois admise cette idée, la restriction des personnes physiques susceptibles d'engager par leurs actes la responsabilité pénale de la personne morale devient inopportune en tous cas inadéquate. Ainsi d'autres systèmes juridiques³⁹¹⁴ ont-ils pu admettre que les infractions de préposés (pourtant non délégués de pouvoir³⁹¹⁵) puissent engager la responsabilité de la personne morale pour le compte de laquelle ils agissent³⁹¹⁶. Mais c'est déjà aborder la question du régime de l'imputation dérogatoire à la personne morale.

b. Le régime de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

733. Difficultés d'interprétation et donc d'application. – L'article 121-2 du Code pénal a parfois été qualifié de « friche juridique »³⁹¹⁷. Pourtant, si l'application de ce texte a donné lieu à de nombreuses difficultés ce n'est pas seulement en raison de défauts intrinsèques de rédaction – quel sens donner à l'expression « pour le compte » par exemple ? –. Les causes sont également à chercher du côté d'une volonté des juges de ne pas se résigner aux carcans des qualifications civiles – à propos des « organes et représentants ». Toutes ces difficultés ne seront pas évoquées ici³⁹¹⁸ pour concentrer les efforts sur certains éléments de régime, en particulier ceux qui pourraient permettre une comparaison avec le régime civil.

Ne seront donc étudiés que les éléments de convergence avec le régime civil (**α.**) avant d'examiner l'existence possible d'éléments de divergence avec le régime civil (**β.**).

α. Les éléments de convergence entre le régime pénal et le régime civil

734. Une responsabilité indirecte. – A lire l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité de la personne morale doit s'analyser comme une responsabilité indirecte³⁹¹⁹, comme une

³⁹¹⁴ *Comp.* également, dans le domaine des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers : D. SCHMIDT, *Les conditions d'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers*, RJEP 2009, étude 5, spé. n°14.

³⁹¹⁵ Les préposés délégués de pouvoirs engagent la responsabilité pénale de la personne morale, V. *infra* n°740.

³⁹¹⁶ V. son intérêt pour le domaine médical : P. MISTRETTA, *Les paradoxes de la responsabilité pénale des personnes morales en matière médicale*, RPDP 2009, p.809.

³⁹¹⁷ J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale responsable*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p.29.

³⁹¹⁸ Pour leur développement exhaustif, V. not. J.-Y. MARECHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, J.-Cl. Pénal, fasc. 10, 2009. – Sur un problème particulier, V. not. M. SEGONDS, *Frauder l'article 121-2 du Code pénal*, Dr. pén. 2009, étude 18, n°14.

³⁹¹⁹ Il faut s'arrêter un instant sur cette terminologie pour éviter tout malentendu né de la comparaison entre le droit de la responsabilité civile et le droit pénal. Dans la première matière, la responsabilité indirecte est celle du responsable du fait **illicite** d'autrui tandis qu'il est question de responsabilité directe pour désigner une responsabilité du fait d'autrui fondée le seul fait **causal licite** d'autrui (V. *supra* n°557).

En droit pénal, l'opposition entre responsabilité indirecte et responsabilité directe ne repose pas sur la nature licite ou illicite du fait commis par l'organe ou le représentant : le fait imputé à la personne morale doit nécessairement être une infraction pénale. En la matière, la responsabilité sera indirecte lorsque l'infraction

responsabilité « par ricochet »³⁹²⁰, comme une « responsabilité pénale par reflet »³⁹²¹ ou comme une « responsabilité par intervention »³⁹²². Ces terminologies sont *a priori* exactes en ce qu'elles signifient que les éléments constitutifs de l'infraction imputée à la personne morale doivent être caractérisés à l'endroit d'un organe ou d'un représentant³⁹²³, le plus souvent d'une personne physique donc³⁹²⁴. Elles sont en revanche erronées si elles entendent appliquer l'emprunt de criminalité à ce régime.

L'infraction caractérisée sur la tête de la personne physique peut en effet ne pas correspondre à celle qui pourrait engager sa propre responsabilité. Ainsi, depuis la loi du 10 juillet 2000, la personne physique auteur indirect d'une infraction d'imprudence ne pourra engager sa responsabilité pénale que si le juge parvient à lui reprocher une faute qualifiée³⁹²⁵. A l'inverse, la personne morale ne bénéficie pas de cet allègement de responsabilité. Dès lors, pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, le juge se contentera de démontrer que l'organe ou le représentant a commis une infraction d'imprudence simple.

En résumé, la responsabilité de la personne morale n'impliquant pas nécessairement la responsabilité de la personne physique, et ceci pour des raisons techniques étrangères à la seule opportunité des poursuites, elle est surtout dépendante de la qualification de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction qui lui sera imputée, à l'égard d'une personne physique³⁹²⁶.

Dans ce cas de figure, la faute fonctionnelle est amenée à jouer un rôle. Ce rôle est cependant limité car la qualification fonctionnelle est en droit pénal bien distincte de celle du droit de la responsabilité civile. Seule la poursuite d'un intérêt personnel sera qualifiée de détournement susceptible de protéger la personne morale de la sanction pénale. Il n'est pas certain en revanche que le dépassement de fonction puisse mettre la personne morale à l'abri des poursuites pénales³⁹²⁷.

En atteste l'émergence progressive, en cette matière, d'une responsabilité directe de la personne morale.

devra être caractérisée préalablement à l'endroit d'une personne physique et elle sera directe lorsque l'infraction n'aura pas à être caractérisée préalablement sur la tête d'un substratum humain (V. *infra* n°735).

³⁹²⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009, n°600 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 18^{ème} éd., 2010, n°534.

³⁹²¹ A. VITU, *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction* in *VII^e Congrès international de droit pénal*, Cujas 1957, p.42.

³⁹²² L. SAENKO, *De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales*, Dr. pén. 2009, étude 14, n°4 *in fine*.

³⁹²³ F. DESPORTES, *Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale*, CJEG 2000, p.426.

³⁹²⁴ Le terme d'organe peut toutefois renvoyer à un organe collégial.

³⁹²⁵ Article 121-3 alinéa 4 du Code pénal. – V. *supra* n°726 pour l'exposé de ces fautes.

³⁹²⁶ Crim. 2 décembre 1997, JCP 1998, II, 10023, rapp. F. DESPORTES, RSC 1998, p.536, obs. B. BOULOC – Crim. 18 janvier 2000, D. 2000, p.636, note J.-C. SAINT-PAU – Crim. 1^{er} avril 2008, Dr. pén. 2008, comm. 140, note M. VERON.

³⁹²⁷ *Contra*, D. OHL, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique)* in *Mélanges Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.373, spé. n°26.

735. Disparition du « substratum humain »³⁹²⁸ ? – En dépit de la non-conformité d'une telle solution avec l'article 121-2 du Code pénal, plusieurs arguments sont avancés pour que soit admise la disparition du *substratum* humain. D'abord, la responsabilité directe de la personne morale serait la seule à même d'éviter leur impunité face à la mise en place d'une organisation opaque³⁹²⁹. Ensuite, elle serait nécessaire lorsqu'un texte d'incrimination vise un agent à raison d'une qualité qui n'est revêtue que par la personne morale.

A l'appui de ce dernier argument, la doctrine invoque l'article L. 4741-1 du Code du travail. A l'issue de la recodification, les termes employés dans l'ancien article L. 263-2 du Code du travail (chef d'entreprise, chef d'établissement, directeurs, gérants et préposés) et qui ne semblaient désigner que des personnes physiques, n'ont pas été repris. En lieu et place, le législateur a choisi de désigner l'« employeur ou son délégataire », cette qualité étant réservée à la personne morale si l'entreprise est exploitée sous cette forme³⁹³⁰. Pour une partie de la doctrine, cet article indique ainsi sa préférence pour une responsabilité pénale des personnes morales « directe et exclusive »³⁹³¹. Pourtant, les décisions prises sur le fondement de ce texte ne semblent pas tout à fait accréditer cette idée puisqu'elles continuent à caractériser le manquement à l'obligation de sécurité ou de prudence sur la tête d'une personne physique délégataire de pouvoir³⁹³² et laissent coexister la responsabilité de la personne morale employeur et celle de la personne physique délégataire de pouvoir³⁹³³. Surtout, elle semble avoir été condamnée par la chambre criminelle dans un arrêt du 11 avril 2012³⁹³⁴. Tandis que la Cour d'appel avait condamné une société pour infraction aux règles d'hygiène et de sécurité et violences involontaires parce qu'« à défaut d'avoir dispensé une formation pratique et appropriée, la personne morale a créé la situation ayant permis la réalisation du dommage ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter », la chambre criminelle casse sa décision aux motifs qu'« en se prononçant ainsi, sans mieux rechercher si les manquements relevés résultaient de l'abstention d'un des organes ou représentants de la société, et s'ils avaient été commis pour le compte de cette société au sens de l'article 121-2 du Code pénal, la Cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

Un commentateur en déduit donc à juste titre que l'imputation directe d'une infraction à une personne morale est ici rejetée. Il note en outre que ce faisant, la solution semble peu

³⁹²⁸ H. DONNEDIEU DE VABRE, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RID pén. 1950, p.339.

³⁹²⁹ J.-C. SAINT-PAU, note sous Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30 et 31 mars 2011, p.8, spé. p.11 ; P.-J. DELAGE, *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, Dr. pén. 2005, étude 2.

³⁹³⁰ A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, spé. p.486.

³⁹³¹ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n°393.

³⁹³² Crim. 1^{er} septembre 2010, n°09-87331.

³⁹³³ Crim. 13 octobre 2009, D. 2010, p.557, note J.-C. PLANQUE ; Dr. pén. 2009, comm. 154, M. VERON ; JCP 2010, 152, obs. J.-H. ROBERT – Crim. 13 avril 2010, n°09-86429.

³⁹³⁴ Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2012, 740, note J.-H. ROBERT.

compatible avec le droit pénal spécial du travail³⁹³⁵. Il est vrai que s'il est tenu pour acquis que l'article L. 4741-1 du Code du travail instaure une obligation pénale de résultat à la charge des débiteurs qu'il désigne³⁹³⁶, l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales devrait pouvoir se faire sans intermédiaire humain³⁹³⁷. Cela étant dit, l'assertion ne vaut que pour l'infraction aux règles d'hygiène et de sécurité, non pour les violences involontaires³⁹³⁸.

Quoi qu'il en soit de l'opportunité d'une telle responsabilité directe³⁹³⁹, celle-ci doit rester impossible sans intervention législative en ce sens³⁹⁴⁰. L'admettre en l'état actuel des textes conduirait en effet à violer la lettre et l'esprit³⁹⁴¹ de l'article 121-2 du Code pénal³⁹⁴² tant en son alinéa 1^{er}³⁹⁴³ qu'en son alinéa 3³⁹⁴⁴. Et même si quelques décisions ont pu sembler prendre une autre direction³⁹⁴⁵, la chambre criminelle persiste à juger qu'un éventuel défaut d'organisation de la personne morale est insuffisant à engager sa responsabilité³⁹⁴⁶.

736. Seule atteinte admise à la responsabilité indirecte : la présomption d'imputation³⁹⁴⁷. – L'étude des critères de définition de la faute de fonction³⁹⁴⁸ fut l'occasion d'étudier ce mécanisme prétorien par lequel la chambre criminelle admet que soit présumée l'imputation d'une infraction à un organe ou un représentant non identifié. Admise tant à propos d'infractions d'imprudence³⁹⁴⁹ que d'infractions intentionnelles³⁹⁵⁰, elle s'appuyait sur

³⁹³⁵ J.-C. SAINT-PAU, note sous Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381.

³⁹³⁶ V. *supra* n°716.

³⁹³⁷ Il y a là semble-t-il une irréductible opposition entre cet article et l'article 121-2 du Code pénal.

³⁹³⁸ V. *supra* n°726 et s. – Toutefois, l'immixtion dans l'infraction d'imprudence y serait ici rendue plus supportable dès lors que la personne morale engage sa responsabilité à raison du simple manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal lui étant inapplicable.

³⁹³⁹ *Comp.*, D. SCHMIDT, *Les conditions d'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers*, RJEP 2009, étude 5, réf. citées n°13 et s. : admission d'une responsabilité administrative directe des personnes morales.

³⁹⁴⁰ Certains auteurs (J.-C. SAINT-PAU, note sous Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p.8) proposent de s'appuyer, pour ce faire, sur les dispositions de l'article 5 alinéa 1 du Code belge qui prévoit le dédoublement du mécanisme d'imputation de l'infraction à la personne morale : « toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte ».

³⁹⁴¹ La responsabilité pénale directe des personnes morales pourrait en effet être fondée sur l'article 121-4 du Code pénal au mépris des dispositions spéciales de l'article 121-2 du Code pénal.

³⁹⁴² L. SAENKO, *op. cit.*, n°13.

³⁹⁴³ Qui prévoit les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.

³⁹⁴⁴ Qui prévoit le cumul de responsabilités.

³⁹⁴⁵ Crim. 29 septembre 2009, n°09-80.254 – Crim. 9 mars 2010, n°09-80.543, D. 2010, p.2135, note J.-Y. MARECHAL, RSC 2010, p.617, obs. Y. MAYAUD.

³⁹⁴⁶ Crim. 29 avril 2003, D.2004, 167, note J.-C. SAINT-PAU – Crim. 23 mai 2006, Dr. pén. 2006, comm. 128 – Crim. 23 février 2010, n°09-81819.

³⁹⁴⁷ V. déjà l'exposé de cette possibilité, F. DESPORTES, *Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale*, CJEG 2000, p.426, spé. n°36.

³⁹⁴⁸ V. *supra* n°216.

³⁹⁴⁹ Crim. 20 juin 2006, JCP 2006, II, 10199, note E. DREYER ; D. 2007, p.617, note J.-C. SAINT-PAU ; Dr. pén. 2006, comm. 128, obs. M. VERON ; RSC 2006, p.825, obs. Y. MAYAUD – Crim. 26 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 135, obs. M. VERON – Crim. 15 février 2011, Dr. pén. 2011, 62, obs. M. VERON – Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p.8, note J.-C. SAINT-PAU.

l'argument selon lequel « les infractions ne peuvent avoir été commises, pour le compte de la personne morale, que par ses organes ou ses représentants »³⁹⁵¹.

Ce faisant, les juges pouvaient se permettre de ne pas identifier l'organe ou le représentant de la personne morale qui aurait commis l'infraction. Reposant sur la qualification intrinsèquement fonctionnelle de la faute, elle était admissible pour les infractions d'imprudence. En revanche, elle semblait peu justifiable pour les infractions intentionnelles. Depuis deux décisions du 11 octobre 2011³⁹⁵² et du 11 avril 2012³⁹⁵³, son maintien est toutefois devenu incertain³⁹⁵⁴.

Si la responsabilité pénale de la personne morale a ceci de commun avec sa responsabilité civile qu'elle peut être engagée à raison d'un acte illicite commis par son dirigeant, elle diverge en revanche à d'autres égards.

β. Les éléments de divergence entre le régime pénal et le régime civil

737. Articulation des responsabilités de la personne morale et de la personne physique³⁹⁵⁵. – L'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal pose le principe selon lequel : « 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 ». Ce principe appelle plusieurs remarques.

Cette « règle de non-exclusion »³⁹⁵⁶ n'implique pas nécessairement un cumul de responsabilité entre la personne morale et une personne physique. Outre le principe de l'opportunité des

³⁹⁵⁰ Crim. 25 juin 2008 (faux et complicité de faux), Dr. pén. 2008, comm. 140, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2009, p.89, obs. E. FORTIS ; RPD publ. 2008, p.859, obs. P. BONFILS – Crim. 28 janvier 2009 (entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé), Dr. pén. 2009, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT.

³⁹⁵¹ A propos de l'influence de la responsabilité sociale sur cette évolution de la responsabilité pénale des personnes morales, C. MAURO, *Responsabilité sociale des entreprises en droit pénal* in *Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p.495.

³⁹⁵² Crim. 11 octobre 2011, D. 2011, p. 2841, note N. RIAS.

³⁹⁵³ Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2012, 740, note J.-H. ROBERT.

³⁹⁵⁴ V. *supra* n°217.

³⁹⁵⁵ B. MERCADAL, *La responsabilité des personnes morales et celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994, p.375 ; M. FAVERO, *Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants, responsabilité alternative ou cumulative ?* LPA 8 décembre 1995, p.15 ; D. DOHL, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique)* in *Mélanges Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.373 ; J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.1011.

Sur les problèmes spécifiques d'articulation des responsabilités à raison des infractions de l'article L. 4741-1 du Code du travail, V. C. BENOIT-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 ?*, RSC 2009, p.331.

³⁹⁵⁶ B. MERCADAL, *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994, p.375, spé. n°7.

poursuites, plusieurs considérations techniques peuvent s'y opposer qui sont toutes étrangères à la nature fonctionnelle de l'infraction.

D'abord, conformément à la lettre de l'article 121-2 du Code pénal, l'infraction pourra avoir été commise par un organe collégial³⁹⁵⁷, ce qui empêchera l'imputation de l'infraction à l'un seulement des membres de cet organe³⁹⁵⁸. La qualification fonctionnelle est ici inapte à expliquer le phénomène basé sur le secret des délibérations et le principe de la personnalité des peines.

Ensuite, et à supposer que la responsabilité pénale de la personne morale ait été engagée en raison de l'infraction d'un organe individuel ou d'un représentant, les conditions d'engagement de la responsabilité de la personne physique ont pu ne pas être réunies à son égard. En effet, les conditions d'engagement de la responsabilité de l'une ne sont pas exactement celles de l'autre.

Ainsi, est-il permis de penser que la personne physique pourra invoquer des causes d'irresponsabilité qui lui resteront propres et ne pourront pas bénéficier à la personne morale³⁹⁵⁹.

C'est pourquoi la relaxe prononcée en faveur des personnes physiques « n'exclut pas nécessairement la responsabilité de la personne morale »³⁹⁶⁰. Ces possibilités de droit et de fait n'ont cependant pas semblé suffisantes à certains auteurs, apparemment soucieux d'introduire en droit pénal les mécanismes du droit de la responsabilité civile du dirigeant de personne morale.

738. Rejet de toute transposition du régime d'imputation fonctionnelle exclusive³⁹⁶¹. –

Tandis que la responsabilité pénale des personnes morales était attendue comme le moyen juridique adéquat d'alléger la responsabilité pénale du chef d'entreprise³⁹⁶², d'autres auteurs avaient au contraire prédit, juste après l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales, qu'elle ne devait pas avoir d'impact sur l'état du droit de responsabilité pénale des chefs d'entreprise³⁹⁶³. Il est cependant patent que les chiffres indiquent autre chose qu'un cumul systématique. Ainsi, sur les cent premières condamnations recensées par une circulaire

³⁹⁵⁷ Cela semble démontrer qu'il est possible que les éléments constitutifs d'une infraction soient caractérisés sur la tête d'un groupement non personnifié mais pas sur la tête de la personne morale.

³⁹⁵⁸ Crim. 11 mai 1999, B. n°93 ; Dr. pén. 1999, comm. 140, obs. M. VERON ; RSC 2000, p.194, obs. B. BOULOC.

³⁹⁵⁹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, réf. préc., n°170. L'auteur évoque notamment l'acte accompli sous l'empire d'un trouble mental et même la contrainte lorsqu'elle est exercée par la structure même de la personne morale sur l'organe ou le représentant.

³⁹⁶⁰ Crim. 8 septembre 2004, Dr. pén. 2005, comm. 11, obs. M. VERON.

³⁹⁶¹ Il s'agit du mécanisme selon lequel la faute de fonction sera exclusivement imputée soit au commettant soit à la personne morale, V. *supra* n°545.

³⁹⁶² V. A. COEURET, *La responsabilité pénale en droit du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?* in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, coll. CEPRISCA, 2009, p.101.

³⁹⁶³ M. FAVERO, *Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative*, LPA, 8 décembre 1995, p.15, spé. p.19.

du 26 janvier 1998, soixante-deux procédures avaient abouti à une absence de condamnation de personnes physiques³⁹⁶⁴.

Cette pratique était cependant moins influencée par l'existence d'une faute de fonction que par la gravité de l'infraction ainsi qu'en attestent les critères de la circulaire d'application relative à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004. Celle-ci incitait les Parquets à distinguer selon que l'infraction était intentionnelle ou qu'elle était une « infraction de nature technique pour laquelle l'intention peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, de la simple inobservation en connaissance de cause d'une réglementation particulière ». Pour les premières, la circulaire encourageait les poursuites contre les personnes physiques. Pour les secondes, elle proposait de se concentrer sur les personnes morales³⁹⁶⁵. Là encore, la gravité du comportement semblait davantage guider la ventilation des responsabilités.

Faut-il alors prôner un système de responsabilité pénale analogue à celui que connaît le droit civil ?

Si certains auteurs se fondent exclusivement sur la gravité de l'infraction ou la nécessité d'une participation effective à l'infraction d'imprudence³⁹⁶⁶, d'autres semblent tentés par un système de responsabilité exclusive. Ainsi, un auteur propose-t-il que l'engagement de la responsabilité pénale de la personne physique soit limité à l'existence d'une « faute personnelle de sa part, détachable et distincte de celle accomplie pour le compte de la personne morale »³⁹⁶⁷, ajoutant que « si les faits résultent exclusivement d'une faute **de service**, seule la personne morale est responsable. Mais le dirigeant encourt aussi la condamnation lorsque s'y ajoute une faute personnelle de sa part »³⁹⁶⁸. Il semble rejoint en cela par une autre partie de la doctrine³⁹⁶⁹. Pourtant, si cette dernière fait bien état de sa volonté d'introduire en droit pénal le régime du droit civil, il ne s'agit pourtant pas de l'introduction pure et simple du régime de la faute de fonction en droit pénal puisque les instruments juridiques employés sont différents³⁹⁷⁰. Ainsi, sa distinction s'articule en réalité autour du caractère intentionnel ou non intentionnel des infractions. Pour les premières, le cumul ne devrait être admis qu'en cas de poursuite d'un intérêt personnel (bref d'un détournement de fonction). Pour les secondes, il propose de ne plus faire jouer l'obligation pénale de résultat supportée par la personne physique en présence

³⁹⁶⁴ W. JEANDIDIER, *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, CDE 2006, Dossier *Le risque pénal dans l'entreprise*, n°1, spé. p.28.

³⁹⁶⁵ J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.975, spé. p.980-981.

³⁹⁶⁶ J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale responsable*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, n°558 et s.

³⁹⁶⁷ D. OHL, *op. cit.*, n°49.

³⁹⁶⁸ D. OHL, *op. cit.*, n°52.

³⁹⁶⁹ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.1011.

³⁹⁷⁰ A tel point que son usage des termes faute personnelle et faute détachable est assez ambigu. Il faut cependant admettre qu'en l'état actuel du droit positif, les terminologies pourraient recouvrir de bien nombreux sens.

d'infractions à la réglementation. Cela aurait pour effet de réserver la responsabilité pénale du dirigeant à sa seule imprudence personnelle effective. Il ne s'agit donc pas à proprement parler de l'introduction de l'imputation fonctionnelle exclusive précédemment décrite.

Surtout, le principe d'une imputation comportementale devrait empêcher que la faute de fonction puisse y prospérer en tant qu'instrument d'imputation négative, *a fortiori* en l'absence de toute disposition légale en ce sens.

Le régime de la responsabilité pénale de la personne morale, impliquant que lui soit imputée une infraction de manière dérogatoire au droit commun, n'est donc pas équivalent à celui du droit civil. Imputation pénale et imputation civile sont donc quelque peu distinctes. Qu'en est-il alors du fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale ?

2. Le fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

739. Une responsabilité fonctionnelle : une responsabilité engagée à raison des infractions « commises pour son compte ». – L'abandon du fondement fautif de cette responsabilité est corrélatif au renoncement de la qualification de responsabilité du fait personnel et de l'imputation comportementale causale. Alors, cette responsabilité reçoit peut-être le fondement alternatif, moderne mais admissible de l'autorité, comme celle du chef d'entreprise. Deux séries de considérations orientent cependant les réflexions dans un autre sens.

La première de ces considérations découle de la nature du lien s'établissant entre la personne morale et ses « organes et représentants ». Ce lien a été précédemment défini comme un lien de représentation, lequel n'implique généralement aucune autorité du représenté sur le représentant. Il est donc inadéquat de dire que la personne morale est détentrice d'une autorité sur ses organes ou représentants. Plus probablement, l'organe sera un organe exécutif chargé de la direction de la personne morale³⁹⁷¹.

Ce qui est en revanche caractéristique du lien entre organes, représentants et personne morale c'est sa nature fonctionnelle, au sens où elle a été établie pour définir une situation fonctionnelle³⁹⁷². Principalement, les organes et représentants poursuivent leur activité dans l'intérêt de la personne morale. Ils se trouvent donc placés dans une situation fonctionnelle d'expansion dont la finalité est d'accroître l'efficacité de l'activité de la personne morale. Il n'est pas impossible dès lors de fonder la responsabilité de la personne morale sur le profit.

³⁹⁷¹ La doctrine estime d'ailleurs que seuls les organes pouvant valablement engager la personne morale auprès des tiers peuvent être qualifiés d'« organes » au sens de l'article 121-2 du Code pénal, ce qui exclut donc les organes de contrôle (J.-Y. MARECHAL, *Responsabilité pénale des personnes morales*, réf. préc., n°77 ; J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, réf. préc., n°154).

³⁹⁷² V. *supra* n°101 et s.

L'idée d'une responsabilité fondée sur le profit a d'ailleurs déjà été avancée par la doctrine³⁹⁷³. Cependant, il lui a été opposé que ce fondement ne fonctionnait pas avec toutes les infractions. Ainsi, dans quelle mesure la personne morale pouvait-elle tirer profit d'une discrimination³⁹⁷⁴ ? Cet obstacle n'est pas irréductible : en fondant la responsabilité pénale de la personne morale sur le profit, il n'est en effet pas question de la subordonner au fait qu'elle retire un profit de **la commission de l'infraction** mais de la justifier par le profit qu'elle entend retirer de **l'activité ayant donné lieu à la commission de l'infraction**³⁹⁷⁵. Cette conception est d'ailleurs plus conforme à l'interprétation qui doit être faite de l'expression « infraction commise pour leur compte ».

Le second indice en faveur d'une responsabilité fondée sur le profit réside donc dans la définition à donner à l'expression « infraction commise pour leur compte ». Celle-ci peut en effet viser l'idée d'un intérêt retiré de l'infraction, mais elle peut également être entendue plus largement comme désignant les infractions « accomplies dans le cadre des structures juridiques de la personne morale »³⁹⁷⁶ ou encore comme toute activité se rapportant à l'objet social³⁹⁷⁷. Au demeurant, chacune de ces acceptions rendent compte de la nécessité que l'infraction soit mise en rapport avec son activité³⁹⁷⁸.

Cette proposition achoppe cependant sur deux réalités.

En premier lieu, certaines personnes morales ne poursuivent pas une activité lucrative, de sorte qu'il est inexact qu'elles tirent un quelconque bénéfice de leur activité³⁹⁷⁹. Cet argument avait été dépassé dans la logique réparatrice par l'idée d'un nécessaire équilibre des patrimoines de la victime et du responsable³⁹⁸⁰, idée qui ne peut être reproduite dans la logique sanctionnatrice du droit pénal.

En second lieu, si la responsabilité pénale des personnes morales était vraiment fondée sur le profit, leur responsabilité pourrait être engagée par d'autres agents personnes physiques et notamment ses préposés. Or, si ces derniers peuvent effectivement être considérés comme des représentants, ce n'est qu'à la condition qu'ils soient titulaires d'une délégation ou d'une subdélégation de pouvoirs³⁹⁸¹. Une partie de la doctrine se demande pourtant s'il ne serait pas

³⁹⁷³ J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, coll. ISPEC, 2003, n°475 et s.

³⁹⁷⁴ A. COEURET, *Le nouveau code pénal*, RTD civ. 1992, p.825, spé. p.827 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010, n°356.

³⁹⁷⁵ J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, n°147.

³⁹⁷⁶ J.-Y. MARECHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP 2009, Etude 249, n°17.

³⁹⁷⁷ J.-C. SAINT-PAU, *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 9-10 février 2005, p.134, spé. p.137.

³⁹⁷⁸ Un auteur considère toutefois que l'expression « pour le compte » signifie « au nom de » (M. FAVERO, *Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative ?* LPA, 8 décembre 1995, p.15, spé. p.17).

³⁹⁷⁹ C'est spécialement le cas des associations.

³⁹⁸⁰ V. *supra* n°487

³⁹⁸¹ Crim. 1^{er} décembre 1998, D. 2000, p.34, note M.-A. HOUTMANN ; RSC 1999, p.336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE et p.577 obs. B. BOULOC ; RTD com. 1999, p.774, obs. B. BOULOC – Crim. 9 novembre 1999 et 14 décembre 1999, B. n°252 et 306 ; RSC, p.600, obs. B. BOULOC.

judicieux d'engager la responsabilité pénale des personnes morales pour une infraction commise par un simple préposé dès lors qu'il est à même de représenter la politique de l'entreprise³⁹⁸². Une autre partie est en revanche résolument hostile à la jurisprudence qualifiant le préposé délégataire de représentant³⁹⁸³, parce qu'elle juge nécessaire que la délégation de pouvoirs, en tant que mécanisme d'exonération, soit étendue aux personnes morales.

Cette dernière réalité devrait également conduire à exclure le fondement du risque-activité, lequel aurait pu prendre le relais du risque-profit.

Quoi qu'il en soit, cette responsabilité ne peut être dite personnelle que parce qu'elle est imputée à une personne...morale. Les efforts de la doctrine pour que soit admise une responsabilité directe associée à la nature juridique réelle de la personne morale en feraient plutôt une responsabilité « matérielle » découlant des risques de l'activité développée en son sein. La théorie du risque expliquerait en outre un trait atypique de cette responsabilité : l'absence de cause d'exonération.

740. Caractère atypique de cette responsabilité : l'absence de cause d'exonération propre au responsable. – Certains auteurs ont souligné l'intérêt de voir émerger des causes d'irresponsabilité pénale **propres** à la personne morale³⁹⁸⁴. A ce titre, ce n'est pas parce que la responsabilité est objective qu'elle doit être inexorable. Ainsi, la responsabilité du chef d'entreprise offre un bon exemple : tout en consacrant une responsabilité objective, la jurisprudence a admis une cause d'irresponsabilité, la délégation de pouvoirs³⁹⁸⁵.

La question a été posée de l'effet d'une délégation de pouvoirs, opérée par un organe ou un représentant à un préposé, sur la responsabilité de la personne morale. Certains auteurs se sont prononcés en faveur de l'engagement de la responsabilité de la personne morale³⁹⁸⁶ tandis que d'autres apportent des solutions plus nuancées³⁹⁸⁷ ou carrément hostiles³⁹⁸⁸. Ces derniers

³⁹⁸² A. COEURET, *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.207.

³⁹⁸³ J.-H. ROBERT, *Les préposés sont-ils les représentants de la personne morale ?* in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVROT*, PUF, 2001, p.383.

³⁹⁸⁴ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2010, n°673.

³⁹⁸⁵ Cette analyse en termes de cause d'irresponsabilité n'est peut-être pas aussi pertinente qu'il y paraît. Il est cependant incontestable qu'elle opère comme un moyen de défense (V. *supra* n°717).

³⁹⁸⁶ B. MERCADAL, *La responsabilité des personnes morales et celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994, p.375, n°10 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, J.-Cl. Pénal, article121-2, n°63.

³⁹⁸⁷ A. COEURET qui distingue selon que la délégation a eu pour objet la gestion administrative de la personne morale ou la gestion technique. Dans le premier cas de figure, le délégataire agit comme un véritable mandataire de la personne morale et doit donc engager sa responsabilité ; dans le second cas, la solution est inverse (*La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475, spé. p.490 et 491).

³⁹⁸⁸ M.-E. CARTIER, *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ?*, JCP E 1994, suppl. n°5, p.34 ; J.-H. ROBERT, *Les préposés sont-ils les représentants de la personne morale ?* in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVROT*, PUF, 2001, p.383.

arguaient de façon tout à fait logique que la délégation de pouvoirs serait, à l'instar de ce qu'elle est pour le chef d'entreprise, une incitation pour la personne morale à décentraliser le pouvoir³⁹⁸⁹, dans l'optique d'une meilleure organisation de la prévention des infractions.

Cet argument ne semble pas avoir été perçu par la chambre criminelle qui s'est au contraire prononcée en faveur de la responsabilité des personnes morales³⁹⁹⁰. Ce faisant, elle conforte implicitement que le fondement de la responsabilité d'une personne morale est non seulement bien différent de celui du chef d'entreprise mais aussi finalement de la responsabilité pénale en général³⁹⁹¹.

La particularité de l'arsenal répressif applicable à la personne morale³⁹⁹² lui permet peut-être d'avoir un effet de rétablissement de l'ordre public, voire un effet dissuasif³⁹⁹³. La circulaire d'application relative à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004 encourageait d'ailleurs les Parquets à poursuivre les personnes morales là où précisément cet effet pouvait être obtenu³⁹⁹⁴. Pour un auteur, la responsabilité pénale des personnes morales a une fonction distincte de toute autre responsabilité pénale. Au lieu de jouer un rôle d'intimidation, de rétribution ou d'amendement, cette responsabilité n'aurait pour seul objectif que l'orientation ou l'élimination d'une activité économique ou d'une entreprise³⁹⁹⁵. A l'appui de cette lecture, les peines fustigées semblent en effet l'avoir été dans une volonté d'amoindrir ou de tétaniser les effets de la personnalité morale³⁹⁹⁶ ou d'en entraver le fonctionnement³⁹⁹⁷.

Mais alors cette responsabilité pose nécessairement la question du bien-fondé de son existence³⁹⁹⁸ en des termes empruntés à un autre : « Faut-il nécessairement pour neutraliser une technique juridique la déclarer responsable ? »³⁹⁹⁹.

³⁹⁸⁹ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p.388-389.

³⁹⁹⁰ Crim. 1^{er} décembre 1998, réf. préc. – Crim. 9 novembre 1999 et 14 décembre 1999, réf. préc.

³⁹⁹¹ P. CONTE, *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal* in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, LGDJ, 2003.

³⁹⁹² P. LE CANNU, *Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale*, LPA 6 octobre 1993, p.16.

³⁹⁹³ A. COEURET, *responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, réf. préc., p.484 – Adde, à propos d'un possible effet dissuasif de la responsabilité (civile sanctionnatrice) sur la personne morale, V. C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005, n°461.

³⁹⁹⁴ En droit du travail et en droit des sociétés. Outre les délits papiers, il est également question des abus de biens sociaux et de la présentation de comptes infidèles dans les groupes de sociétés (J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.975).

³⁹⁹⁵ J.-H. ROBERT, *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716, n°9.

³⁹⁹⁶ Elle est ainsi inutile à sanctionner des sociétés de fait.

³⁹⁹⁷ Seront arbitrairement citées les restrictions de droit (exclusion des marchés publics, interdiction de faire appel à l'épargne publique), la mise sous surveillance judiciaire ou la dissolution.

³⁹⁹⁸ D'autres se montrent beaucoup plus véhéments contre cette responsabilité, V. par ex. J.-Y. CHEVALIER, *Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?* in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p.109.

³⁹⁹⁹ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009, n°357.

741. Conclusion de la section 2. – Une certitude absolue émerge à l'issue de l'étude de l'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale : il est impossible de constater et d'agréer l'importation en droit pénal du régime civil de la faute de fonction. La logique purement sanctionnatrice de la matière pénale s'y oppose car elle implique que l'imputation de l'infraction à un agent y soit principalement comportementale. Dès lors, ce n'est pas tant le rattachement de l'infraction à la fonction exercée qui justifiera la mise à l'écart éventuelle de la responsabilité pénale du préposé mais a situation subordonnée de ce dernier.

De surcroît, même lorsque, exceptionnellement, l'imputation de l'infraction n'est plus comportementale, le droit pénal adopte des solutions originales par rapport au droit civil. Ainsi, l'imputation de l'infraction au chef d'entreprise est non seulement justifiée par sa fonction de direction c'est-à-dire par l'autorité qu'il exerce, mais encore n'implique-t-elle pas toujours qu'une infraction fonctionnelle de l'un de ses préposés soit caractérisée. Il ne s'agit donc pas de la transcription de l'imputation civile de la faute de fonction au commettant dans la sphère pénale. Plus proche de son homologue civil, l'imputation de l'infraction à la personne morale n'est pas non plus son équivalent puisque, d'une part, le caractère fonctionnel de l'infraction imputée n'est pas le caractère fonctionnel de la faute civile imputée et, d'autre part, la figure d'imputation fonctionnelle exclusive y est inadmissible. Le fondement de cette imputation pénale de l'infraction à la personne morale pourrait éventuellement être, comme en droit civil, celui de la théorie du risque-profit, sans que cela soit parfaitement convaincant.

Pourtant, pour ces deux types d'imputation dérogatoire, il faut bien recourir à la théorie du risque. L'étude de la sanction pénale de la faute de fonction vient donc confirmer les propos d'une doctrine affirmant que le droit pénal connaît, bon gré, mal gré, de ce fondement « lorsque par état ou par fonction, un agent assume le risque de supporter la responsabilité de certains dommages à la création desquels elle est demeurée physiquement étrangère »⁴⁰⁰⁰.

⁴⁰⁰⁰ M. PUECH, *Scolies sur la faute pénale in Fin de la faute ? Droits*, 1987, n°5, p.77, spé. p.81.

742. Conclusion du chapitre 2. – Le bilan de la sanction pénale de la faute de fonction est résolument différent de celui de la sanction civile de la faute de fonction.

A l'évidence, la logique purement sanctionnatrice du droit pénal s'oppose à ce que le système d'imputation dérogatoire du droit civil et son fondement soit transposés dans cette matière répressive.

Ainsi, à l'irresponsabilité civile fonctionnelle ne correspondra pas une irresponsabilité pénale fonctionnelle si ce n'est lorsqu'il sera possible de rapporter, généralement au bénéfice du préposé, une cause traditionnelle d'irresponsabilité pénale. Cette sentence est ordonnée par le droit positif qui semble indifférent à la faute de fonction tant au stade du fait générateur de la responsabilité pénale qu'au stade de son imputation. Dans la première phase, seront punissables tant les infractions de fonction que les abus infractionnels de fonction dès lors qu'ils atteignent un certain seuil de gravité intrinsèque (malhonnêteté) ou qu'ils mettent en péril des valeurs sociales supérieures. Dans la seconde phase, l'imputation comportementale induite du principe de personnalité de la responsabilité pénale empêche que le lien fonctionnel constitue un instrument d'imputation de l'infraction.

De façon surprenante, en revanche, à la responsabilité civile fonctionnelle pourra correspondre une responsabilité pénale fonctionnelle. Cet état de droit n'est cependant que le fruit d'une coïncidence entre les deux matières car la responsabilité pénale du chef d'entreprise et la responsabilité pénale de la personne morale ne découlent ni d'une figure d'imputation fonctionnelle exclusive ni du fondement de la théorie du risque-profit. La responsabilité pénale du chef d'entreprise est une responsabilité objective issue de la violation d'une obligation pénale de résultat, cette dernière étant justifiée par l'autorité exercée par le chef d'entreprise tandis que la responsabilité pénale de la personne morale est une responsabilité objective consécutive à une imputation fonctionnelle, par principe cumulative, et certainement fondée sur le risque.

Les modulations ou particularités du régime applicable à la sanction de la faute de fonction ne sont donc aucunement liées ou corrélées au régime civil de la faute de fonction mais correspondent à la seule logique sanctionnatrice du droit pénal.

CONCLUSION DU TITRE 2

743. Bien que responsabilité civile et responsabilité pénale remplissent toutes deux une fonction sanctionnatrice, leur traitement juridique de la faute de fonction est bien différent. Ainsi la logique sanctionnatrice de la responsabilité civile parachève plus qu'elle ne contrarie le régime de la faute de fonction élaboré à partir de la logique réparatrice. Ses apports concernent tout autant les conditions que les effets de la responsabilité civile. Elle justifie ainsi que l'imputation exclusive de la faute de fonction au commettant ou à la personne morale soit rejetée en raison de la nature ou de la gravité de la faute commise. Elle donne une explication convaincante au confinement du régime dérogatoire de la faute de fonction à l'action du tiers ou du commettant, ordonnée autour de l'existence ou de l'absence de pouvoirs disciplinaires dont la responsabilité civile est seulement un pis-aller. Reposant sur les principes de la Justice rétributive, la logique sanctionnatrice impose de surcroît un traitement partiellement distinct du préposé et du mandataire dirigeant, en fonction de l'étendue de leurs pouvoirs respectifs. Elle donne également la mesure de la participation de l'agent fautif à la réparation du préjudice de la victime et autorise le maintien partiel de la couverture de l'assurance. En somme, elle permet de comprendre que le régime de la faute de fonction est le résultat de concessions réciproques entre la fonction réparatrice et la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile. Le régime est ainsi guidé par la théorie du risque-profit lorsqu'il est uniquement question de réparation tandis qu'il est gouverné par la théorie des risques anormaux de l'entreprise pour justifier de son aspect punitif. Ni totalement objectif, ni totalement subjectif ce régime de responsabilité est mixte.

De mixité, il n'est, en revanche, pas question en droit de la responsabilité pénale. Cette matière, entièrement ordonnée autour des fonctions attribuées à la sanction, n'entend pas tenir compte de la situation fonctionnelle dans laquelle se trouvent préposé et mandataire dirigeant pour alléger leur responsabilité pénale. Si leur comportement est jugé effectivement ou possiblement attentatoire à des valeurs sociales dignes de la protection du droit pénal, les préposé et mandataire dirigeant seront passibles d'une peine, peu important que ce comportement corresponde à une faute de fonction au sens strict, à un dépassement ou à un détournement de fonction. L'imputation fonctionnelle dérogatoire, constituant la pierre angulaire du régime civil de la faute de fonction, est de surcroît largement inconnue du droit pénal. Si ce dernier concède également des dérogations au principe de l'imputation comportementale, il adopte des solutions originales, s'éloignant plus ou moins de celles du droit civil. Ainsi la responsabilité pénale du chef d'entreprise n'est absolument pas la réplique de la responsabilité civile délictuelle du commettant. Elle est, au demeurant, véritablement fondée sur l'autorité exercée par le responsable, probablement sur la théorie du risque-autorité. La responsabilité pénale de la personne morale n'est pas davantage le pendant exact de la responsabilité civile de la personne morale. D'abord, parce qu'elle n'est pas le lieu d'une

Partie 2. Titre 2. La faute de fonction sanctionnatrice

imputation exclusive ; ensuite, et logiquement, parce que le caractère fonctionnel de l'infraction correspond au caractère fonctionnel de la faute génératrice de responsabilités civiles cumulatives ; enfin, parce que son fondement n'est pas encore découvert, conformément à l'incongruité, et partant, à l'approximation de ce régime de responsabilité pénale. Ce que la responsabilité pénale partage avec la responsabilité civile, c'est en revanche la consécration d'un régime de responsabilité plus sévère envers le dirigeant, lequel disposant de pouvoirs étendus, connaît corrélativement d'une responsabilité accrue.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

744. Confrontée aux nécessités et à la logique de la fonction réparatrice de la responsabilité, la faute de fonction se montre tout à fait opératoire, participant à un régime de responsabilité civile spécial très influencé par le caractère fonctionnel de la faute et insensible à la qualité particulière de l'agent fautif.

L'influence de la faute de fonction est en premier lieu politique. Elle oblige à lire la responsabilité civile comme un mécanisme de rééquilibrage entre les patrimoines de la victime et du responsable. Associée à cette lecture de la responsabilité civile réparatrice, la théorie du risque-profit constitue le fondement le plus à même de justifier du régime de responsabilité de la faute de fonction. Ce fondement n'est alors plus uniquement conçu comme permettant d'offrir un garant à une victime mais comme autorisant le juste choix du débiteur de l'obligation de réparation. Si la victime ne dispose plus que d'un débiteur, ses intérêts n'en sont pas pour autant sacrifiés. Comme toute autre victime de tout autre agent, elle supportera le risque de l'insolvabilité de son débiteur. D'ailleurs, ni la Constitution ni le droit européen ne s'opposent à un tel régime de responsabilité.

L'influence de la faute de fonction est en second lieu technique. Dans ce régime, la faute de fonction joue le rôle d'instrument d'imputation dérogatoire des conséquences juridiques de ce comportement illicite. Lorsque la faute est une faute de fonction au sens strict, qu'elle n'est commise ni lors d'un dépassement ni lors d'un détournement de fonction, qu'elle n'est pas grave, elle est directement et exclusivement imputée à celui pour qui la fonction est exercée. Elle déclenche alors une véritable responsabilité du fait d'autrui. Elle fait également obstacle à l'imputation comportementale de la faute (et de ses conséquences) à celui qui l'a commise. Lorsque la faute présente toujours certains traits fonctionnels mais qu'elle a été commise en dépassement ou en détournement de fonction ou qu'elle est d'une certaine gravité, elle déclenche une imputation cumulative à l'agent fautif et à celui pour lequel la fonction est exercée. Contre le commettant et la personne morale, il n'est alors plus question de responsabilité du fait d'autrui proprement dite mais de garantie de la dette de réparation d'autrui. Ce faisant, l'analyse fonctionnelle a permis, grâce à la théorie du risque-profit, de justifier des conséquences juridiques différentes attachées aux deux fautes de fonction (au sens large) découvertes par l'analyse conceptuelle.

L'analyse fonctionnelle a également permis de justifier d'un domaine d'application de ce régime binaire restreint mais accueillant tant le préposé que le mandataire dirigeant. Il y a là la confirmation de la pertinence du cadre conceptuellement établi et, corrélativement, l'application d'un régime de responsabilité civile uniforme aux préposé et mandataire dirigeant. La logique sanctionnatrice à laquelle la faute de fonction a ensuite été confrontée est parvenue à des résultats plus mitigés de ce point de vue.

De l'examen de la faute de fonction sanctionnatrice, il ressort des constantes et des variantes. Au titre des variantes, il faut noter l'aptitude variable de la faute de fonction à générer un régime de responsabilité sanctionnatrice spécifique.

Ainsi, le droit pénal est quasiment insensible au fait qu'une faute ait été commise dans un cadre strictement fonctionnel. La matière a sa propre logique, rétributive, au sein de laquelle la faute de fonction n'a de place, ni en tant que fait générateur de responsabilité, ni en tant qu'instrument d'imputation. Même l'imputation positive de l'infraction au chef d'entreprise, pourtant dérogatoire du droit commun est étrangère à la logique de l'imputation civile de la faute de fonction. Seule exception à cette indifférence du droit pénal pour la faute de fonction, le régime de la responsabilité pénale de la personne morale se rapproche fortement de son homologue civil. Il n'en est pourtant pas l'équivalent puisque l'imputation exclusive y est inconnue.

A l'inverse, même dans sa fonction sanctionnatrice, la responsabilité civile se montre beaucoup plus réceptive à la faute de fonction. Celle-ci y développe des effets modérateurs de la sanction, par le biais d'un fondement idoine : la théorie des risques anormaux de l'entreprise. Selon celui-ci, la faute de fonction n'est sanctionnée que lorsqu'elle correspond à un risque anormal de l'entreprise. C'est pourquoi, le maintien de l'imputation comportementale de la faute (et de ses conséquences) n'est acquis que lorsque celle-ci atteint un certain seuil de gravité ou lorsqu'elle constitue une violation des prérogatives fonctionnelles de l'agent.

En sus, la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile explique pourquoi ce régime de responsabilité spéciale n'est pas imposable à tous les demandeurs à l'action en responsabilité civile. Lorsque cette action concerne la relation entre préposé et commettant, ou entre mandataire dirigeant et personne morale, seule la logique sanctionnatrice devrait primer. Par conséquent, toute faute est alors génératrice de responsabilité. Si tel n'est pas le cas entre préposé et commettant, c'est parce que ce dernier dispose d'autres instruments de sanction juridique, spécialement des pouvoirs disciplinaires.

Les règles qu'elle a induites permettent de statuer sur les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice. Là encore elle consacre une conciliation entre théorie du risque-profit et faute puisqu'elle ne s'oppose pas au caractère assurable de la plupart des fautes de fonction et qu'elle propose des solutions originales pour l'obligation à la dette de réparation (une obligation *in solidum*) et pour la contribution à la dette de réparation (un partage de responsabilité). Tandis que la logique sanctionnatrice du droit pénal s'oppose à toute immixtion de la faute de fonction, la logique sanctionnatrice de la responsabilité civile parachève le régime de responsabilité amorcé sur des bases essentiellement réparatrices.

Seul point commun entre les deux responsabilités, et constante de la logique sanctionnatrice, la propension à alourdir la responsabilité de l'agent occupant une fonction de direction. En droit pénal, cela se traduit par un alourdissement des obligations (par le biais des incriminations ou de l'imputation dérogatoire). En droit civil, cela se traduit par la nécessité de réordonner les seuils de gravité de la faute de fonction à partir desquels l'imputation comportementale est

Partie 2. L'analyse fonctionnelle de la faute de fonction

maintenue, en fonction de cette considération. Ainsi, a-t-il été proposé que ce seuil soit abaissé à la faute lourde pour le mandataire dirigeant lorsqu'il est mis en cause par un tiers et qu'il soit maintenu à la faute simple pour le versement de dommages et intérêts à la personne morale ou à un membre du groupement. Au bénéfice du préposé, ce seuil devrait être celui de la faute inexcusable dans ses relations avec les tiers et celui de la faute intentionnelle dans ses relations avec son commettant. C'est ainsi que la dichotomie entre préposé et mandataire dirigeant réapparaît finalement, au dernier stade de l'étude.

CONCLUSION GENERALE

745. Pour que la faute de fonction puisse accéder au rang d'une notion juridique viable de droit privé, il avait été préjugé qu'elle devait non seulement être parfaitement fonctionnelle mais également conceptualisable. Les difficultés jalonnant les deux analyses – conceptuelle et fonctionnelle – de la faute de fonction étaient nombreuses et variées. Pourtant, la notion semble avoir réussi cet examen de passage.

■ D'un point de vue conceptuel, l'enjeu principal était de découvrir quelle pouvait être cette faute qui conduisait cumulativement à l'irresponsabilité civile du préposé ou du dirigeant et à la responsabilité civile du commettant ou de la personne morale. Face aux atermoiements de la jurisprudence quant aux critères de définition de la faute « immunisante » du préposé et de la faute détachable du dirigeant de groupement, et aux levées de boucliers d'une doctrine farouchement hostile à un régime d'irresponsabilité civile commun au préposé et au dirigeant, la tâche semblait impossible. A rebours de cet *a priori*, la faute de fonction est, au contraire, sortie indemne de ces deux ornières.

Le premier résultat obtenu par l'analyse conceptuelle est que préposé et dirigeant exercent tous deux une **fonction**. Pour mesurer la portée de cette affirmation, il faut dépasser les définitions classiques de la fonction pour la concevoir dans une double dimension : une dimension statique – la situation fonctionnelle – et une dimension dynamique – l'exercice de prérogatives fonctionnelles. Sous l'angle statique, la situation fonctionnelle est celle dans laquelle un agent doit agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. La nature de l'intérêt poursuivi ainsi que l'identité de la personne pour qui la fonction est exercée importent peu. Il

Conclusion

peut donc s'agir du seul intérêt moral d'une entité telle que la famille, pourtant dépourvue de la personnalité juridique. En revanche, il est essentiel que la situation fonctionnelle soit permanente et légitime. A partir de ces critères, sont exclus du champ de la situation fonctionnelle, les professionnels à raison de cette seule qualité, l'entrepreneur, le gérant d'affaires mais aussi les préposés et dirigeants de fait. A l'inverse, les préposés de droit, les dirigeants de droit de groupement mais également les parents, les tuteurs ou encore certains commissionnaires et mandataires se trouvent tous dans une situation fonctionnelle.

La dimension dynamique de la fonction provient de ce que ces agents disposent de prérogatives fonctionnelles leur permettant d'agir dans l'intérêt d'autrui. La physionomie de ces prérogatives correspond à celle de pouvoirs car elles sont finalisées par l'intérêt d'un autre que leur titulaire. Assurément, cette proposition bouleverse la conception jusqu'ici retenue des pouvoirs, toujours associés à une activité juridique de direction. La faute de fonction est ainsi l'occasion d'élargir la notion de pouvoirs, à tout le moins de soulever la problématique des activités matérielles finalisées. Dépouillé de sa systématique connexion à un poste de décideur, le pouvoir permet ainsi de doter agents d'exécution et agents de direction de prérogatives de même nature – quoique d'intensité différente. Ces prérogatives sont, en outre, encadrées par des règles de compétence qui en déterminent l'étendue. De cette façon, le cadre de la faute de fonction permet de confirmer l'existence d'un couple pouvoir-compétence aux côtés du plus classique diptyque droit subjectif-capacité.

Ainsi conçue, la fonction est une catégorie juridique englobant la situation du préposé et la situation du dirigeant de groupement. Elle ne suffit toutefois pas à isoler ces deux agents, seuls concernés par la faute de fonction, dans une catégorie qui leur serait exclusivement réservée.

Loin de constituer une impasse, cet état de droit ouvre de nouvelles perspectives. Il conduit effectivement à une *summa divisio* entre les fonctions de protection et les fonctions d'expansion. La spécificité des premières tient à ce qu'elles sont mises en place pour protéger le bénéficiaire de la fonction de son immaturité, de son incurie, de son intempérance, bref de son incapacité à agir raisonnablement pour son compte. Quant aux secondes, elles sont mises en place pour accroître l'efficacité de l'activité du bénéficiaire de la fonction. Cette distinction ne correspond pas seulement à une abstraction intellectuelle. Elle reçoit des échos en droit positif qui consacrent cette dualité, tant en ce qui concerne les sources de la fonction, que les règles de responsabilité applicables – ainsi, seules les fonctions d'expansion sont concernées par la faute de fonction. Or, préposé et dirigeant de groupement se trouvent justement isolés dans la catégorie des agents exerçant une fonction d'expansion.

La possibilité de concevoir l'entreprise comme le réceptacle privilégié de ces fonctions d'expansion est alors entrevue. Elle se heurte toutefois à la difficulté de définir ce « diabolin juridique ». En cause, les multiples façons de l'appréhender : selon une analyse institutionnelle ou selon une analyse matérielle, laquelle se dédouble encore selon que sera visée la réalité économique ou la réalité sociale de l'entreprise. En définitive, l'étude de la faute de fonction ne déroge pas à l'usage notoire de considérer l'entreprise en fonction de ce pour quoi elle

Conclusion

constituera une notion-cadre. Conformément à cette démarche fonctionnelle, l'entreprise s'identifie ici par l'activité qu'elle déploie, laquelle se voit affecter un patrimoine à défaut duquel la poursuite de l'activité serait impossible. Consécutivement, l'entreprise emprunte la personnalité juridique de la personne morale ou de la personne physique placée à la tête du patrimoine affecté à cette activité. Il devient alors, et finalement, possible de justifier que préposé et dirigeant exercent tous deux une fonction pour le compte d'une entreprise.

Ce cadre de l'entreprise n'a cependant aucunement pour ambition de gommer les différences intrinsèques aux situations du préposé et du dirigeant de groupement, mais de les transcender. La nature profondément distincte de ces deux agents, loin d'être malmenée par l'étude de la faute de fonction, en ressort consolidée dans toutes ses facettes. En effet, si préposé et dirigeant ont la particularité d'agir pour le compte d'une entreprise, ils partagent une autre caractéristique. Le lien personnel qui les unit à cette entreprise personnifiée reçoit deux lectures différentes en fonction de la sphère à partir de laquelle elle est envisagée. Ainsi est-il possible d'identifier une sphère interne – concernant exclusivement le rapport entre le préposé et le commettant ou le rapport entre le dirigeant et son groupement – et une sphère externe – concernant le rapport entre le préposé ou le dirigeant et les tiers –. Dans la sphère interne, la différence entre préposé et dirigeant est frappante et réside dans le caractère subordonné ou indépendant de l'exercice de la fonction. Dans la sphère externe, l'opposition entre préposé et dirigeant existe également. La nature de la personne morale – un groupement de personnes et de biens contractuellement établi, auquel l'octroi de la personnalité morale permet le rayonnement (ou l'opposabilité) en dehors des parties au contrat – laisse penser que la meilleure qualification pour le dirigeant est celle d'un mandataire de droit commun de la collectivité des parties à ce contrat-groupement. En somme, le mandataire dirigeant est le représentant de cette collectivité. A l'inverse, le préposé ne peut être systématiquement considéré comme le représentant de son commettant. Si le commettant est responsable des actes illicites de son préposé, actes délictuels ou actes correspondant à l'inexécution de ses propres obligations contractuelles, ce n'est donc pas parce que le second représente le premier. Finalement, le cadre de la faute de fonction est complexe car, au-delà d'une réelle dualité juridique des agents connaissant de cette faute, il est possible de retenir une métacatégorie unique.

Le second résultat obtenu par l'analyse conceptuelle consiste en l'élaboration d'une définition de la faute de fonction. Parler d'**une** définition est cependant fallacieux car le droit positif et l'analyse déductive tendent à retenir deux types de faute de fonction, cette dualité n'étant pas à mettre en rapport avec la dualité de situations des préposé et mandataire dirigeant.

Ladite dualité est toutefois secondaire car, en premier lieu, la faute de fonction se conçoit unitairement comme une faute – au sens commun du terme – commise dans les limites des

Conclusion

fonctions. Le lien qui unit la faute aux fonctions n'est donc pas un lien de causalité, mais un lien d'encadrement, à la limite un lien de connexité, à la condition qu'il ne signifie pas que la fonction ait joué un rôle causal dans la survenance du dommage.

En second lieu, de l'étude des critères de définition de la faute de fonction, rendue âpre et incertaine par les atermoiements prétoriens, résulte une autre certitude : la jurisprudence s'est bien davantage intéressée aux critères de détachement de la faute qu'aux critères de rattachement de la faute aux fonctions. En découle le caractère particulièrement évanescent des critères de rattachement de la faute aux fonctions quand ils tiennent au contexte fonctionnel de la faute (lieu, temps et moyens de la fonction). Deux critères de rattachement atypiques s'évincent, en outre : le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute et l'état d'esprit de la victime. Le premier est à rapprocher du mécanisme jurisprudentiel de la présomption d'imputation, mis en place par la jurisprudence pour imputer une infraction à un organe ou un représentant, condition requise pour engager la responsabilité pénale de la personne morale. Très controversé en droit pénal, sa transposition en droit civil paraît superfétatoire. Quant à l'état d'esprit de la victime, il constitue un critère atypique de rattachement de la faute aux fonctions car il constitue un faux critère ! En réalité, la jurisprudence applique ainsi, dans une matière qui n'en aurait aucunement besoin, la théorie de l'apparence. A dire vrai, parmi les critères de détachement de la faute, certains pourraient également être jugés évanescents. Il faut dire que ces derniers sont puisés au cœur de notions ô combien controversées : l'« abus de fonction » exonérant le commettant, la faute détachable des fonctions génératrice de responsabilité civile pour le mandataire dirigeant et la faute génératrice de responsabilité civile pour le préposé. Ainsi, tandis qu'il paraît assez difficile de dire avec certitude quand le lien de la faute avec la fonction est absolument rompu (par l'« abus de fonction » par exemple), il apparaît assez clairement que le détournement et le dépassement des prérogatives fonctionnelles mais surtout la gravité de la faute commise détachent suffisamment la faute de la fonction pour que l'irresponsabilité des préposé et mandataire dirigeant, consécutive à la commission d'une faute de fonction soit exclue, sans que la responsabilité civile des commettants et des personnes morales en devienne impossible. Pour atteindre le seuil du détachement absolu, en revanche, il faut apparemment que l'agent ait commis un acte sans rapport avec ses fonctions, un contexte fonctionnel suffisant à maintenir un lien suffisant. En d'autres termes, l'évanescence porte davantage sur les critères de détachement absolu que sur les critères de détachement relatif, plus fiables.

Ce constat conduit à reconnaître l'existence de deux fautes de fonction : la faute de fonction *stricto sensu* – faute commise sans détournement, ni dépassement de fonction et en-deçà d'une certaine gravité – et la faute de fonction *lato sensu* ou faute fonctionnelle – faute commise dans le seul contexte fonctionnel. Cette dualité est d'ailleurs corroborée par une analyse déconnectée du droit positif de la faute de fonction. Au premier chef, l'analyse déductive permet d'expliquer cette dualité. La faute fonctionnelle correspondrait ainsi à la faute commise

Conclusion

dans la situation fonctionnelle, tandis que la faute de fonction serait commise lors de l'exercice-même des prérogatives fonctionnelles. L'analyse déductive autorise, de surcroît, à prendre position sur les seuils de dépassement et de détournement des prérogatives fonctionnelles, et à constater qu'ils sont majoritairement respectés par la jurisprudence relative au préposé, mais peu compatibles avec la jurisprudence relative au dirigeant. Il est vrai qu'en la matière, il est parfois difficile de faire le départ entre l'étendue de ses pouvoirs envers les tiers et la théorie de l'apparence, intégrée dans la loi et, à ce titre, comprise à tort comme à l'origine d'un élargissement de leurs pouvoirs. Finalement, il a été décidé que pour cet agent, le dépassement de ses pouvoirs commence à partir du non-respect de l'objet social du groupement qu'il dirige. Une fois admis que l'illicéité de l'acte n'est pas une cause autonome de dépassement des prérogatives fonctionnelles, il devient en revanche difficile d'expliquer le détachement opéré à raison de la gravité de la faute. L'exclusion de tout dépassement automatique des fonctions par la commission d'une faute procède en effet du rejet de tout jugement de valeur sur le comportement fautif ; un tel jugement s'imposant au contraire pour jauger de la gravité de la faute à même de provoquer son détachement. L'analyse comparatiste confirme bien, pourtant, ces solutions de droit positif. D'abord, le droit étranger confirme la possibilité d'une définition très large de la faute génératrice de responsabilité civile pour le commettant (et la personne morale). Ensuite, le droit administratif confirme la dualité des fautes de fonction tout en proposant des terminologies plus éclairantes. Là encore, les critères administrativistes sont nécessairement emprunts de la subjectivité de l'analyste, étant entendu qu'une grande souplesse, à tout le moins, entoure la matière, exclusivement prétorienne. La précaution étant posée, la ventilation des fautes de fonction de droit privé dans les catégories de droit public conduirait à placer la faute de fonction *stricto sensu* aux côtés de la faute de service. Les fautes fonctionnelles, quant à elles, seraient réparties parmi les fautes détachables (intellectuellement lorsque la faute est grave) du service et les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service. Quoi qu'il en soit, selon les critères de la jurisprudence administrative, les fautes de fonction seraient traitées comme des fautes de service, c'est-à-dire comme des risques de l'« entreprise administrative », tandis que les fautes fonctionnelles seraient traitées comme des fautes de service s'agissant de l'engagement de la responsabilité de l'Administration auprès des tiers victimes, mais comme des fautes personnelles s'agissant de l'engagement de la responsabilité de l'agent envers les tiers et l'Administration.

La dimension conceptuelle de la faute de fonction étant ainsi acquise, elle a permis d'une part, d'expliquer le traitement identique de la faute du préposé et du mandataire dirigeant et d'autre part, de mettre en évidence l'existence de deux fautes de fonction distinctes répondant à des critères relativement fiables, et suscitant un régime propre. Cette analyse conceptuelle n'est cependant pas suffisante à faire de la faute de fonction une notion juridique. Étant entendu que la conceptualisation est un *moyen* et non une *fin*, il faut encore que cette dimension

Conclusion

conceptuelle soit opératoire. Or, les résultats obtenus par l'analyse fonctionnelle sont, là encore, tout à fait satisfaisants.

■ Fort classiquement, il fallait examiner les capacités opérationnelles de la faute de fonction (et de son environnement juridique) au regard des deux principales fonctions de la responsabilité : la fonction réparatrice et la fonction sanctionnatrice. Les résultats obtenus sont très cohérents : tandis que la faute de fonction est parfaitement opératoire en droit de la responsabilité civile où les fonctions réparatrice et sanctionnatrice oeuvrent concurremment, elle n'est que peu pertinente en droit de la responsabilité pénale où la fonction sanctionnatrice occupe tout le terrain.

Selon l'analyse fonctionnelle, le droit de la responsabilité civile est donc le microcosme juridique le plus adapté à la faute de fonction. L'assertion est à ce point vérifiable qu'elle rend possible la formulation dans un ensemble de propositions synthétisant le régime de la faute de fonction.

Avant que soient exposées ces propositions, il convient cependant d'en rappeler le fondement d'abord, le domaine ensuite, le mécanisme technique sur lesquelles elles reposent enfin.

En premier lieu, l'effort de conceptualisation a permis de surmonter la grande difficulté de fonder un régime aussi dérogatoire que celui de la faute de fonction, laquelle provoque non seulement la responsabilité d'un agent non fautif mais également l'irresponsabilité de l'agent fautif. Tout bien pesé, c'est-à-dire une fois les multiples fondements proposés aux régimes de responsabilité des commettant et personne morale évincés, un dernier fondement issu du lien conceptuel unissant les agents fautifs des responsables civils s'impose : la théorie du risque-profit. Application de l'adage « *Ubi emolumentum, ibi onus* » (là où est l'émolument, là doit être la charge), ce fondement explique que seul celui qui récolte le profit de l'activité dommageable peut être le débiteur de l'obligation de réparation du dommage. Dans cette théorie, comme dans le droit administratif, la faute peut être traitée comme un risque, dont les conséquences juridiques doivent peser sur le titulaire des profits. Ceci est d'autant plus admissible dans le cadre de la faute de fonction que d'une part, le titulaire des profits est toujours à l'initiative de l'existence de la fonction et que d'autre part, la fonction de l'agent fautif est suffisamment permanente pour que le titulaire du profit ait pu anticiper la survenance, statistiquement inévitable, d'erreurs de conduite. Puisque les agents fautifs ne récoltent aucunement le profit de leur activité – profit qui a été soigneusement distingué de la rémunération –, il est conforme à l'appréhension de la responsabilité civile comme un système de rééquilibrage patrimonial qu'il ne réponde pas des risques afférant à cette activité.

Conclusion

Semble donc totalement évincé le fondement de la faute, qui de toute façon se montrait parfaitement inconciliable avec le régime de la faute de fonction. Cet abandon peut être justifié à l'aune de la fonction réparatrice, étant observé que la soustraction d'un répondant – fut-il fautif – n'avait finalement pour effet que de placer la victime d'un préposé ou d'un mandataire dirigeant dans la même situation que la victime de n'importe quel autre agent. En présence d'un seul débiteur de l'obligation de réparation, le risque de l'insolvabilité pèse sur la victime, ce qui est la règle en responsabilité civile. Il est, en revanche, trop radical de l'admettre au regard du maintien nécessaire d'une certaine fonction normative de la responsabilité civile. La théorie du risque-profit doit, par conséquent, concéder l'immixtion limitée du fondement fautif, s'agissant spécifiquement du sort de l'agent fautif. En d'autres termes, le fondement de la responsabilité civile du commettant et de la personne morale repose sur la théorie du risque-profit. Par contre, l'irresponsabilité mesurée de l'agent fautif s'explique bien mieux par la théorie des risques anormaux de l'entreprise. Son irresponsabilité ne sera ainsi acquise que lorsque la faute correspond à un risque normal de l'entreprise. Sa responsabilité civile sera, au contraire maintenue, lorsque sa faute relèvera davantage de la catégorie des risques anormaux de l'entreprise.

L'apport de ces deux fondements doit cependant être modulé en considération du demandeur à l'action en responsabilité civile. Si ces deux fondements sont parfaitement exploitables lorsque l'action est exercée par un tiers, en raison de la nature délictuelle de la responsabilité civile recherchée, ils le sont moins lorsque l'action est exercée contre le préposé-salarié par le commettant-employeur ou contre le mandataire dirigeant par son groupement ou les membres de celui-ci. Dans ces deux cas de figure, en effet, la responsabilité est de nature contractuelle de sorte que le fondement de celle-ci (la force obligatoire du contrat) vient concurrencer la théorie du risque anormal de l'entreprise. Cette concurrence n'opère cependant que pour la responsabilité contractuelle du dirigeant car la jurisprudence a intégré la théorie du risque-profit au contrat de travail, de telle sorte que le fondement de la responsabilité civile du préposé-salarié est assurément celui de la théorie du risque anormal de l'entreprise. Il a été suggéré de justifier cette différence par le fait que l'employeur dispose de moyens disciplinaires autres que la responsabilité civile pour obtenir de son salarié qu'il se comporte correctement. Au contraire, ce droit disciplinaire est inconnu des groupements de droit privé, ce qui est sans doute regrettable. Consécutivement, le maintien d'une responsabilité contractuelle rigoureuse est ainsi le moyen de moraliser l'exercice des fonctions du dirigeant.

Ensuite, et quant au domaine du régime de la faute de fonction, la première exclusion concerne l'essentiel du droit de la responsabilité contractuelle. Cette dernière, sauf exceptions susvisées, est fondée sur la force obligatoire du contrat. Dès lors, ce n'est pas le régime de la faute de fonction qui doit s'appliquer lorsque le contractant du commettant pâtit de la mauvaise exécution du contrat par un préposé de celui-ci. Les deux fondements découverts autorisent, en outre, d'exclure du champ d'application de la faute de fonction certains agents relevant

Conclusion

pourtant certainement du cadre conceptuel de la faute de fonction : ce sont les agents d'assurance et le commissionnaire. Par ailleurs, ces fondements confirment la nécessité de traiter différemment, et sans doute de manière analogue les préposés et dirigeants de fait (situations quasi-fonctionnelles) et les mandataires de droit commun et sous-traitants (situations parafonctionnelles). A l'égard des fautes de ces derniers, l'irresponsabilité fonctionnelle doit être exclue. En revanche, il est permis de suggérer une responsabilité-garantie à la charge de celui pour le compte de qui ils agissent. Par ailleurs, il serait certainement plus sage de rejeter l'irresponsabilité du mandataire dirigeant lorsque le groupement qu'il dirige se trouve soumis à une procédure collective.

Les fondements de la théorie du risque-profit et de la théorie du risque anormal de l'entreprise permettent également de confirmer la pertinence d'inclure à ce champ d'application de la faute de fonction, les préposés (même indépendants) et les mandataires dirigeants, et même de proposer son extension aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée.

Enfin, la technique juridique la mieux à même d'ordonner le régime de la faute de fonction autour des fondements découverts devait être déterminée. La technique de l'immunité n'a pu convaincre de sa pertinence à expliquer l'irresponsabilité des agents fautifs. L'étude de la faute de fonction fut, en effet, l'occasion de montrer que l'immunité est une catégorie juridique « fourre-tout » insusceptible de justifier autrement que politiquement la plupart des solutions qui en sont issues. En outre, les raisons qui ont parfois poussé la doctrine à se prononcer en faveur de l'immunité procédurale du préposé ou du mandataire dirigeant se sont révélées fallacieuses.

L'analyse de la faute de fonction conduit, en revanche, à mettre sous le feu des projecteurs une notion qui pourrait bien mériter de figurer parmi les conditions de la responsabilité civile : l'imputation personnelle. Distincte de la causalité et distincte de l'imputabilité, l'imputation personnelle est un instrument juridique par lequel le législateur désigne l'agent qui devra supporter les conséquences juridiques d'un acte ou d'un fait. Elle procède d'un jugement de valeur *ante* judiciaire et peut avoir une traduction positive (décision d'imputer un fait à une personne) ou négative (décision de ne pas imputer un fait à un agent). Classiquement, l'imputation naturelle est comportementale, qui désigne le répondant comme celui qui a adopté le comportement dommageable. Mais l'imputation peut déroger à cette règle, ce qui est particulièrement le cas dans le régime de la faute de fonction. Dans ce régime, deux figures d'imputation sont possibles. Le premier cas de figure est celui de l'imputation exclusive. Déclenchée par une faute de fonction au sens strict, elle se traduit par l'imputation positive de cette faute au commettant et à la personne morale et par l'imputation négative de cette faute au préposé et au mandataire dirigeant. Il en résulte que l'engagement du commettant ou de la personne morale correspond à une véritable responsabilité du fait d'autrui, justifiant également le rejet d'une responsabilité subsidiaire des agents fautifs. Le second cas de figure est celui de l'imputation cumulative. Déclenchée par une faute fonctionnelle (c'est-à-dire une faute de

Conclusion

fonction au sens large), elle maintient l'imputation positive du fait illicite à celui qui l'a commis, tout en reconduisant l'engagement du commettant et de la personne morale. De cette manière, la mise en cause du commettant et de la personne morale doit être perçue comme une responsabilité-garantie, justifiant d'un régime différent au stade des recours notamment.

De longs développements ont été consacrés à la définition de la faute fonctionnelle, c'est-à-dire au risque anormal de l'entreprise, pour permettre la conciliation des fonctions réparatrice et sanctionnatrice au sein du régime de la faute de fonction. Ils ont notamment conduit à maintenir la responsabilité civile du mandataire dirigeant, envers le tiers pour des fautes moins graves, envers son groupement pour des fautes simples, considérant qu'il était permis de demander davantage de prudence et de diligence à un agent titulaire de pouvoir de direction. A terme, ces solutions peuvent être suggérées :

- L'employeur est responsable du dommage causé par la faute de fonction de ses salariés. Les sommes versées, de ce chef, par l'employeur, à la victime n'ouvrent droit à aucune action récursoire.
Il répond également, à titre de garant, des fautes fonctionnelles de ses salariés lorsqu'elles sont seulement rattachables à l'activité de son entreprise. Les sommes versées par l'employeur à la victime ne donnent lieu à recours récursoire contre le salarié que dans les conditions de son action personnelle.
- La personne morale est responsable du dommage causé par la faute de fonction de ses mandataires dirigeants ou par un défaut d'organisation ou de fonctionnement. Les sommes versées, de ce chef, par la personne morale à la victime n'ouvrent droit à aucune action récursoire.
Elle répond également, à titre de garant, des fautes fonctionnelles de ses mandataires dirigeants lorsqu'elles sont seulement rattachables à son objet. Les sommes versées par la personne morale à la victime peuvent donner lieu à un recours récursoire.
- A l'égard des tiers, le salarié ne répond personnellement que du dommage qu'il a causé par une faute impliquant sa volonté de causer un dommage, sa faute inexcusable ou lors du dépassement ou du détournement de ses prérogatives fonctionnelles.
A l'égard de ses copréposés, le salarié répond de ses fautes aux conditions des articles L. 452-1 et L. 452-5 du Code de la sécurité sociale.
A l'égard de son employeur, le salarié ne répond que d'une faute impliquant sa volonté de causer un dommage.
- A l'égard des tiers, le mandataire dirigeant ne répond personnellement que du dommage qu'il a causé par une faute impliquant sa volonté de causer un dommage,

Conclusion

sa faute lourde ou lors du dépassement ou du détournement de ses prérogatives fonctionnelles.

A l'égard de son groupement ainsi que de chacun de ses membres, le mandataire dirigeant répond de toutes les fautes qu'il commet dans sa gestion.

- Lorsque la victime agit uniquement contre le préposé ou le commettant, le défendeur peut appeler en garantie celui qui n'a pas été assigné. En cas d'inaction du défendeur, et dans l'intérêt de la victime, le juge peut, d'office, mettre en cause celui qui n'a pas été assigné.
- Lorsque la victime agit uniquement contre le mandataire dirigeant ou la personne morale, le défendeur peut appeler en garantie celui qui n'a pas été assigné. En cas d'inaction du défendeur, et dans l'intérêt de la victime, le juge peut, d'office, mettre en cause celui qui n'a pas été assigné.
- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée répondra exclusivement de ses fautes de fonction sur son patrimoine affecté.

Procédant sans aucun doute d'une certaine subjectivité de celui qui les propose, ces solutions peuvent et doivent faire l'objet de discussions d'ordre plus politique que juridique. Ainsi serait-il possible, pour des raisons d'opportunité, de prévoir un autre régime de responsabilité en présence d'une association.

Il est cependant nécessaire que le législateur porte attention à ce régime, à ce jour majoritairement illégal. Sauf modifications à venir, les suggestions susvisées sont conformes aux normes constitutionnelle et européenne. Seuls deux états de droit seraient, en effet, inconstitutionnels. Premièrement serait probablement inconstitutionnelle la loi qui, en offrant une certaine protection à l'agent fautif, priverait la victime de tout répondant. Secondairement, serait assurément inconstitutionnelle la loi qui offrirait une protection inconditionnelle à un agent, sans tenir compte de la nature et de la gravité de la faute commise. La faute de fonction maintenant toujours l'existence d'un répondant, si ce n'est de fait au moins de droit, la loi qui consacrerait son régime n'aurait pas à craindre la censure. Par ailleurs, les fautes jugées les plus graves sont la cause du maintien de la responsabilité civile des agents fautifs. Quant au droit européen, il ne semble finalement exiger que la précision de la loi et sa non-rétroactivité. Allant dans le sens d'une meilleure protection des victimes, enfin, la plupart des fautes commises pourrait être couverte par l'assurance de l'agent fautif, du commettant ou de la personne morale.

En droit de la responsabilité pénale, cette consécration de la faute de fonction reste, au contraire, tout fait hors de propos. Ce droit reste très attaché à l'imputation naturelle c'est-à-

Conclusion

dire comportementale, corollaire du principe de la responsabilité pénale du fait personnel. C'est pourquoi le contexte fonctionnel de la faute se trouve largement inapte à l'imputation comportementale. De manière plus troublante encore, les exceptions au principe de l'imputation comportementale, apparemment proches de la responsabilité civile du commettant et de la personne morale adoptent en réalité un régime en grande partie différent. Ainsi, la responsabilité pénale du chef d'entreprise semble davantage résulter d'une obligation pénale de résultat alternative : l'obligation d'assurer, par une direction sans faille, qu'aucune infraction de réglementation ne sera commise sous ses ordres ou l'obligation de déléguer ses pouvoirs de direction à cette fin. L'imputation de l'infraction n'entretient donc de rapport ni avec l'imputation comportementale ni avec celle de la faute de fonction en droit civil. Ce régime très rigoureux, proche de celui d'une responsabilité contractuelle et parfaitement étranger à toute imputation comportementale, est fondé non sur la titularité du profit mais sur l'autorité du chef d'entreprise et doit certainement être confiné à un domaine d'application précis. Quant à la responsabilité pénale de la personne morale, elle découle bien souvent de la qualification d'une « infraction de fonction » de ses organes ou représentants, sans qu'il soit possible de constater, pourtant, que le régime civil de la faute de fonction soit adopté. L'imputation négative est en effet inconnue du régime pénal. Quant au fondement de cette responsabilité pénale, l'imputation fonctionnelle se montre impuissante à le déterminer. La théorie du risque-profit, apparemment pertinente, se heurte en réalité à certains éléments du régime de la responsabilité pénale de la personne morale. En particulier, la théorie du risque-profit prônerait que la responsabilité pénale de la personne morale puisse être engagée pour certaines infractions commises par des préposés non délégataires, ce qui n'est ni légalement ni jurisprudentiellement admis à ce jour. En définitive, la faute de fonction n'a qu'une très résiduelle influence sur l'imputation pénale.

La faute de fonction n'a pas davantage d'influence sur le fait générateur de la responsabilité pénale. Peu encline à justifier de l'existence ou de l'absence des infractions, elle ne participe guère, de surcroît, à l'établissement de leur définition. Ainsi, seul le préposé, à raison de son état de subordination, pourrait éventuellement arguer de cette situation de fait pour empêcher la caractérisation d'une infraction, plus probablement d'une infraction d'imprudence. Le dirigeant, au contraire, à raison des pouvoirs de direction dont il dispose, ne pourrait sans doute pas bénéficier de telles largesses de la part du juge pénal. En atteste d'ailleurs, le nombre important d'infractions de droit des sociétés qui peuvent lui être reprochées alors même que celles-ci correspondent en tout point à des « infractions de fonction », bref à des fautes de fonction. Seule compte en la matière la valeur protégée par l'infraction, laquelle peut justifier l'intervention pénale, très en amont de l'*iter criminis*, alors que le dirigeant n'aura commis ni dépassement, ni détournement de fonctions.

Le droit pénal a, cependant, ceci de commun avec le droit de la responsabilité civile qu'il consacre une responsabilité accrue des détenteurs d'autorité sur autrui.

Conclusion

Finalement, à l'instar des questions de responsabilité qu'elle suscite, les problématiques soulevées par la faute de fonction sont doublement passionnantes. Elles le sont, d'abord, pour le juriste car elles l'obligent à considérer le droit dans son ensemble, faisant volet en éclat les barrières disciplinaires. Elles le sont ensuite « pour les esprits curieux des choses humaines, car elles ouvrent l'espace d'un instant, la scène du théâtre social, avant que le droit ne recouvre de son manteau doré ces réalités entr'aperçues que sont l'habileté ou la semi-habileté, l'erreur ou la faute, le désir de lucre ou la compétence, l'escroquerie intellectuelle ou le génie prophétique »⁴⁰⁰¹. C'est en tous cas le sentiment que l'étude de la faute de fonction laissera à son auteur.

⁴⁰⁰¹ A propos de la responsabilité, M. GERMAIN, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rapport de synthèse*, Rev. sociétés 2003, p.284.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, manuels et traités

A. Histoire, généralités, théorie générale, sociologie, économie, gestion

- BALLET J., DE BRY F.**, *L'entreprise et l'éthique*, Seuil, coll. Economie humaine, 2011
- BOYER A.**, *L'impossible éthique des entreprises*, Organisation, 2002
- CLAUDE J.-F.**, *L'éthique au service du management*, Liaisons, coll. entreprise et carrières, 2002
- CORNU G.**, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005
- D'ALEMBERT J.**, *Discours préliminaire à l'Encyclopédie*, 1951
- DESLANDS G.**, *Le management éthique*, Dunod, 2012
- DUGUIT L.**, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, éd. La Mémoire du droit 1999 (rééd. 1920)
- EWALD F.**, *Histoire de l'Etat providence. Les origines de la solidarité*, Grasset, 1996
- FAGET J.**, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, éd. Erès, 2007
- FENET P.-A., EWALD F.**, *Naissance du code civil : la raison du législateur : travaux préparatoires du code civil*, Flammarion, 1989
- FOUILLEE A.**, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1886
- GOND J.-P.**, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2012
- IGALENS J. (sous la dir.)**, *La responsabilité sociale des entreprises : défis, risques et nouvelles pratiques*, Groupe Eyrolles, 2012
- KELSEN H.**
- *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962
 - *Théorie générale des normes*, PUF, coll. Léviathan, 1996, p.31
- MARCHAL A.**, *Cours d'économie politique*, T.I, Librairie de Médecis , éd. M-Th. Génin, 1957
- PERROUX F.**, *Cours d'économie politique*, T. II, Domat-Montchrestien, 4^{ème} éd., 1944
- PESQUEUX Y .**, *L'éthique des affaires : management par les valeurs et responsabilité sociale*, Organisation, 2002
- ROLAND H., BOYER L.**, *Introduction au droit*, Litec, coll. Traité, 2003
- TRUCHY H.**, *Précis d'économie politique*, T.I, Nouvelles éditions latines, 1952
- VON JHERING R.**
- *L'esprit du droit romain*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, Maresq, 2^{ème} éd., 1880
 - *L'esprit du droit romain*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, Maresq, 3^{ème} éd., 1888
- VON SAVIGNY R.**, *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guenous, t. II, Firmin-Didot, 2^{ème} éd., 1860

B. Droit privé

- ATIAS C.**, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11^{ème} éd., 2011

- AUBERT J.-L., SAVAUX E.**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14^{ème} éd., 2012
- AUBERT-MONPEYSSEN T.**, *Subordination juridique et relation de travail*, CNRS, 1988
- AUBRY C., RAU C. F.**
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t.9, Marchal et Godde, 5^{ème} éd., par E. BARTIN, 1917
 - *Droit civil français, 6. Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, Litec, 7^{ème} éd. 1975
- AYNES L. et CROCQ P.**, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^{ème} éd., 2011
- BACACHE-GIBEILI M.**, sous la direction de Christian LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Tome V, Economica, 2^{ème} éd., 2012
- BARBIERI J.-J.**, *Contrats civils. Contrats commerciaux*, Armand Colin, 1995
- BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L.**, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome I, Paris, 2^{ème} éd., 1900
- BENABENT A.**, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007
- BESSON A.**, *Les assurances terrestres. 1. Le contrat d'assurance*, LGDJ, 5^{ème} éd., 1982
- BIGOT J. et alii** *Traité de droit des assurances. 1. Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1996
- BIGOT J., LANGE D.**, *Traité de droit des assurances, t.2, L'intermédiation d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009
- BIGOT J.**, *Traité de droit des assurances, t.3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002
- BOURASSIN M., BREMOND V., JOBERD-BACHELLIER M.-N.**, *Droit des sûretés*, Sirey, coll. U, 2^{ème} éd., 2012
- BRICHET R.**, *Association et syndicat*, Litec, 6^{ème} éd., 1992
- BRUN P.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd. 2009
- CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S., PETEL P.**, *Droit des sûretés*, Litec, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2010
- CADIET L., JEULAND E.**, *Droit judiciaire privé*, Litec, 7^{ème} éd., 2011
- CAMERLYNCK G.-H. et LYON-CAEN G.**, *Droit du travail*, Dalloz, 11^{ème} éd., 1982
- CARBONNIER J.**
- *Droit civil, tome IV, Les obligations*, Thémis, 22^{ème} éd., 2000
 - *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, tome I, PUF *Quadrige Manuels*, 2004
 - *Droit civil, Les biens, Les obligations*, tome II, *Quadrige Manuels.*, PUF, 2004
- CATALA N.**, *Droit du travail, L'entreprise*, Dalloz, 1980
- CHAGNY M., PERDRIX L.**, *Droit des assurances*, LGDJ, coll. Manuel, 2009
- CHAUMET F., VINCENT F.**, *Les assurances des responsabilités de l'entreprise*, Lamy assurances, 2005
- COLIN A. et CAPITANT H.**, *Cours élémentaire de droit civil français, tome II*, L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 10^{ème} éd., 1948

- CONTE P., GERMAIN M., GUTTMAN D.**, *Le dirigeant de société : risques et responsabilités*, Jurisclasseur, 2002
- CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.**, *La responsabilité civile délictuelle*, PUG, 2000
- CORNU G.**, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007
- COUTURIER G.**, *Droit du travail, 1/ les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 1996
- COZIAN M., DEBOISSY F.**, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 36^{ème} éd., 2012-2013
- COZIAN M.**, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd., 1999
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.**
- *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 19^{ème} éd., 2006
 - *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 22^{ème} éd., 2009
 - *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 24^{ème} éd., 2011
 - *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 25^{ème} éd., 2012
- DELEBECQUE P., PANSIER F.-J.**, *Droit des obligations, Responsabilité civile, Délit et Quasi-délit*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2011
- DEMANTE A.-M.**, *Cours de droit civil français. Programme du cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, tome II, A. Gobelet, 2^{ème} éd., 1835
- DEMOGUE R.**
- *Traité des obligations*, t. V, 1^{ère} éd., 1922
 - *Traité des obligations*, vol. I : *Sources des obligations*, tome IV, Paris, A. ROUSSEAU, 1924
- DEMOLOMBE C.**, *Cours de code napoléon, XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome I, Paris, 1868
- FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 2^{ème} éd., 2010
- FERRIER D.**, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. Manuel, 6^{ème} éd., 2012
- FLOUR J., AUBERT J.-L. , SAVAUX E.**
- *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010
 - *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011
- FLOUR J., AUBERT J.-L. , FLOUR Y., SAVAUX E.**, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011
- FOSSIER T., BAUER M., VALLAS-LENERZ E.**, *Les tutelles. Accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF, coll. Actions sociales/Référence, 5^{ème} éd., 2011
- GAVALDA C., PARLEANI G.**, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^{ème} éd., 2010
- GERMAIN M., MAGNIER V.**, *Traité de droit des affaires. T. 2. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2011
- GHESTIN J., GOUBEUX G., FABRE-MAGNAN M.**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., 1990
- GROUTEL H. et alii**, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. Traités, 2008
- GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C.**, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Hypercours, 2^{ème} éd., 2011

Bibliographie

- GUYON Y.**, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002
- JACQUEMONT A.**, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2011
- JEANTIN M.**, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994
- JOSSERAND L.**, *Cours de droit civil positif français. 2. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Sirey, 1939
- LAMBERT-FAIVRE Y., LEVENEUR L.**, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2011
- LAPOYADE DESCHAMPS C., BLOCH L. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S.**, *Droit des obligations*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2008
- LARROUMET C.**
- *Droit civil. Les biens. Droits réels principaux*, Tome II, Economica, 5^{ème} éd., 2006
 - *Droit civil, tome III, Les obligations, le contrat*, Economica, 6^{ème} éd. 2007
- LE TOURNEAU P.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2012-2013
- LYON-CAEN G. et A.**, *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1963
- LYON-CAEN G.**, *Manuel de droit du travail*, LGDJ, 1954
- MALAURIE P.**, *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2010
- MALAURIE P., AYNES L.**
- *Les biens*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2010
 - *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^{ème} éd., 2010
- MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P.**, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011
- MALAURIE P., FULCHIRON H.**, *La famille*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^{ème} éd., 2011
- MALINVAUD P.**
- *Introduction à l'étude du droit*, Litec, coll. Manuel, 13^{ème} éd., 2011
 - *Droit des obligations*, Litec, 12^{ème} éd., 2012
- MALINVAUD P., FENOUILLET D.**, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuels, 11^{ème} éd., 2010
- MARTY G., RAYNAUD P.**, *Droit civil. Les obligations. T.1, Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988
- MAZEAUD A.**, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 7^{ème} éd., 2010
- MAZEAUD H. et L., CAPITANT H., TUNC A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T.1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965
- MAZEAUD H. et L., CHABAS F.**, *Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale*, tome II, 1^{er} volume, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998
- MERLE P.**, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2012
- MIGNOT M.**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, coll. Cours LMD, 2010
- MONSERIE-BON M.-H. et GROSCLAUDE L.**, *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Cours LMD, 2009
- PELISSIER J., AUZERO G., DOCKES E.**, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 26^{ème} éd., 2012
- PELISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A.**, *Droit du travail*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2000

Bibliographie

PICARD M., BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en droit français*, volume 2, *Assurances de dommages, Règles générales*, LGDJ, 1940

PLANIOL M.

- *Traité élémentaire de droit civil*, Pichon I, 1^{er} éd., 1900

- *Traité élémentaire de droit civil. t.1.Principes généraux, personnes, biens*, par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 5^{ème} éd., 1950

PORCHY-SIMON S., *Droit civil. 2^{ème} année. Les obligations*, 7^{ème} éd., Hypercours, 2012

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, LGDJ, 1957

RIPERT G., ROBLOT R., DELEBECQUE P., GERMAIN M., *Traité de droit commercial. T 2. Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17^{ème} éd., LGDJ, 2004

RIVERO J., SAVATIER J., *Droit du travail*, PUF, 1991

SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2011

SERIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 1^{ère} éd., 2006

SOLUS H., PERROT R., *Droit judiciaire privé, 3. Procédure de première instance*, Sirey, 1991

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2009

TERRE F., SIMLER P., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009

TEYSSIE B., *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, coll. Manuel, 13^{ème} éd., 2011

TUNC A.

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. Tome I*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965

- *La responsabilité civile*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 2^{ème} éd., 1990

VERDIER J.-M., COEURET A., SOURIAU M.-A., *Droit du travail. Vol. 2. Rapports individuels*, Dalloz, coll. Mémentos, 16^{ème} éd. 2011

VIDAL D., *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} éd., 2010

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008

VINEY G., JOURDAIN P.

- *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006

- *Traité de droit civil ; Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2011

WEILL A., TERRE F., *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 1993

C. Droit pénal et procédure pénale

BERNARDINI B., *Droit pénal général. Introduction au droit criminel. Théorie générale de la responsabilité pénale*, Gualino, coll. Manuels, 2003

BONFILS P., *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, coll. Cours Master 1, 2009

BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011

COEURET A., FORTIS E., *Droit pénal du travail*, Litec, coll. Manuel, 4^{ème} éd., 2008

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2007

CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.

- *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004

Bibliographie

- *Procédure pénale*, Armand Colin, coll. U Droit, 4^{ème} éd., 2002
- CONTE P., JEANDIDIER W.**, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004
- DESPORTES F., LE GUNEHEC F.**, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 16^{ème} éd., 2009
- DREYER E.**, *Droit pénal général*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2012
- DUCOULOUX-FAVARD C.**, *Lamy Droit pénal des affaires*, 2011
- GARCON E.**, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey 1901-1906
- GARÇON E., PELTIER V.**, *Droit de la peine*, Litec, coll. Manuel, 2010
- GARRAUD R.**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., T. I, Sirey, 1913
- LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P., SALOMON R.**, *Droit pénal des affaires*, Litec, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2010
- MALABAT V.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2011
- MAYAUD Y.**, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010
- MERLE R., VITU A.**, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997
- OLLARD R., ROUSSEAU F.**, *Droit pénal spécial*, Bréal, coll. Grand Amphi Droit, 2011
- PIN X.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012
- PRADEL J.**, *Droit pénal général*, Cujas, coll. Référence, 18^{ème} éd., 2010
- PRADEL J., DANTI-JUAN M.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, coll. Référence, 5^{ème} éd., 2010
- RASSAT M.-L.**, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2006
- ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005
- STASIAK F.**, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. Manuels, 2^{ème} éd., 2009
- VITU A.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982

D. Droit public

- AUBY J.-M., AUBY J.-B., JEAN-PIERRE D., TAILLEFAIT A.**, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009
- BENOIT J.-P.**, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968
- CHAPUS R.**, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001
- DUGUIT L.**
- *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913
 - *Traité de droit constitutionnel*, Tome 3, *La théorie générale de l'Etat*, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, 2^{ème} éd. 1923
- HAURIOU M.**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, réimpr. Dalloz 2002
- LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S., DEFFIGIER C.**, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. Thémis droit, 15^{ème} éd., 2010
- LAFERRIERE E.**, *Traité de la juridiction administrative*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, 1887 réimpr. LGDJ 1989
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT, DEVOLVE P., GENEVOIS B.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011

- MELLERAY F.**, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2010
- MORAND-DEVILLER J.**, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, coll. Cours, 12^{ème} éd. 2011
- ODENT R.**, *Cours de contentieux administratif*, éd. Les cours de Droit, 1981
- ROUYERE A., BRISSON J.-F.**, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004
- WALINE J.**, *Traité de droit administratif*, Sirey, 9^{ème} éd., 1963
- WALINE M.**, *Précis de droit administratif*, t.2, Montchrestien, 1970

II. Ouvrages spécialisés, thèses, essais et monographies

- ADAMOU R.**, *L'imputation des infractions d'affaires*, thèse Bordeaux, 2009
- ALTABERT V.**, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoirs en droit public*, thèse Dijon, 1951
- AMOUREUX V.**, *La responsabilité civile du commettant et l'abus de fonction*, thèse Bordeaux, 1975
- AUBERT J.-L.**, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 109, 1970
- BAILBY H.**, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, thèse Bordeaux, 1901
- BALLOT-LENA A.**, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 493, 2008
- BENEJAT M.**, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012
- BENHAM R.**, *La responsabilité sans faute en droit privé et public*, éd. Arti grafiche, 1953
- BENOIT-RENAUDIN C.**, *La responsabilité du préposé*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 520, 2010
- BERDAH J.-P.**, *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Bib. de droit commercial, t. 27, 1974
- BERLE A. et MEANS G.**, *The Modern corporation and Private Property*, 1932
- BERTRAND E.**, *Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 du Code civil*, thèse Aix-Marseille, 1935
- BESSON A.**, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, thèse Dijon, 1927
- BLOCH C.**
- *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002
 - *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008
- BLOCH L.**, *L'exonération en droit de la responsabilité*, thèse Bordeaux, 2003
- BLUNTSCHLI M.**, *Théorie générale de l'Etat*, trad. A. DE RIEMATTEN, Guillaumin, 2^{ème} éd., 1881
- BON P.-A.**, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales, 2006
- BONFILS P.**, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000
- BOUT R.**, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 124, 1972
- BRUN P.**, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, th. Grenoble, 1993

Bibliographie

- CABRILLAC R.**, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 213, 1990
- CARVAL S.**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 250, 1995
- CHABAS F.**, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 78, 1967
- CHAMPAUD C.**, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011
- CHAPUS R.**, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1953
- CHASSAGNARD S.**, *La normalité en droit privé français*, thèse Toulouse, 2000
- CHERCHOULY-SICARD F.**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour fautes de gestion*, thèse Paris, 1982
- COASE J.**, *Le coût du droit*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 2000
- COEURET V.**, *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail*, thèse Paris X, 1981
- CORNU G.**, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, éd. La Mémoire du droit, coll. de la Faculté Jean Monnet, 2010
- COUPERET J.**, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967
- COUTANT-LAPALUS C.**, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002
- CUIF J.-P.**, *Le contrat de gestion*, Economica, 2004
- DABIN J.**
- *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
 - *Droit subjectif et prérogatives juridiques. Examen des thèses de M. Paul ROUBIER*, Bruxelles, Palais des académies, 1960
- DALCQ R. O.**, *Traité de la responsabilité civile. Les nouvelles. Corpus Juris Belgici. Droit civil*, t. V, vol. II. *Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*, Larcier, 1962
- DALLOZ B.**, *L'intention : essai sur la notion en droit civil*, thèse Lyon, 2009
- DARRACQ S.**, *La responsabilité civile professionnelle : étude du rapport professionnel-non professionnel*, thèse Bordeaux, 2004
- DE VAREILLES-SOMMIERES M.**, *Les personnes morales*, LGDJ, 1919
- DEBET A.**, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 15, 2002
- DEFRESNOIS J.**, *La faute du service public*, thèse Bordeaux, 1937
- DEGOFFE M.**, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000
- DEGUERGUE M.**, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 171, 1994
- DEJEAN DE LA BÂTIE N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 57, 1965
- DEL CONT C.**, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997
- DELIYANNIS J.**, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, éd. R. Pichon, 1952
- DELMAS-SAINTE HILAIRE P.**, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 333, 2000

Bibliographie

- DEMOGUE R.**, *Les notions fondamentales du droit privé*, éd. Rousseau, 1911
- DEPINCE M.**, *Le principe de précaution*, thèse Montpellier, 2004
- DERRUPPE J.**, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, Dalloz, 1952
- DESCAMPS O.**, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 436, 2005
- DESPAX M.**, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 1, 1957
- DIDIER P.**, *La représentation en droit privé*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 179, 2000
- DISSAUX N.**, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 485, 2007
- DOUCHY M.**, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, coll. Droit civil, 1997
- DOUCHY-OUDOT M.**, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, coll. Droit civil, 1997
- DUBOIS-DE LUZY A.**, *L'interposition de personne*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 519, 2010
- DUCLOS J.**, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 179, 1984
- DUEZ P.**, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938
- DUGUIT L.**, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 2005
- DUMERY A.**, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, L'Harmattan, coll. Droit, Société et Risque, 2011
- DUMONT M.-P.**, *L'opération de commission*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, 2000
- DUPEYROUX H.**, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse Paris, 1922
- DURKHEIM E.**, *De la division du travail social*, PUF, coll. Quadrige, 5^{ème} éd. 1998
- EWALD F.**, *Le principe de précaution*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010
- FAURE ABBAD M.**, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2003
- FERRIER N.**, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, coll. Bib. droit de l'entreprise, t. 68, 2005
- FLATTET G.**, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, Sirey, 1950
- FLOUR J.**, *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du code civil*, thèse Caen, 1933
- FONT N.**, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 85, 2009
- FOREST G.**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 116, 2012
- GAILLARD E.**, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985
- GASSIN R.**, *Problèmes actuels de science criminelle*, PUAM, 1991
- GAUDEMET Y.**, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ 1972
- GENY F.**, *Science et technique en droit privé positif, T. I*, Sirey, 1927
- GOGORZA A.**, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Bordeaux, 2006

Bibliographie

- GOLDMAN B.**, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, thèse Lyon, 1946
- GOUBEAUX G.**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 93, 1969
- GRAFTIEUX P.**, *L'abus de fonction et la responsabilité des commettants*, thèse Paris, 1959
- GRARE C.**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005
- GRAYOT S.**, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 504, 2009
- GROSSI I.**, *Le devoir des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, thèse Aix-Marseille, 1998
- GUERARD S.**, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, thèse Paris II, 1997
- GUINCHARD S.**, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 145, 1976
- HADJI-ARTINIAN S.**, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001
- HARICHAUX M.**, *La rémunération du médecin*, Economica, 1979
- HASCHKE-DOURNAUX M.**, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 439, 2005
- HUET J.**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris, 1978
- HUGUENEY L.**, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Paris, 1904
- HUSSON L.**, *Les transformations de la responsabilité*, PUF, 1947
- JARROSSON C.**, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 198, 1987
- JAULT A.**, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll., Bib. de droit privé, t. 442, 2005
- JELLINEK G.**, *L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, 1911-1913
- JESTAZ P., JAMIN C.**, *La doctrine*, Dalloz, 2004
- JOSSERAND L.**
- *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz 1939, rééd. Dalloz, 2006
 - L. JOSSERAND, *De La responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897
- JOURDAIN P.**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris II, 1982
- JULIEN J.**, *La responsabilité civile du fait d'autrui. Ruptures et continuités*, PUAM, 2001
- KAFTANI C.**, *La formation du concept de fonction publique en France*, LGDJ, 1998
- L'HÔTE D.**, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy 2, 2002
- LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2010
- LAJUS-THIZON E.**, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 105, 2011
- LAPOYADE-DESCHAMPS C.**, *La responsabilité de la victime*, thèse Bordeaux, 1977

Bibliographie

- LE TOURNEAU P.**, *L'éthique des affaires et du management au XXI^{ème} siècle. Essai*, Dalloz, 2000
- LE TOURNEAU P.**, *La règle Nemo auditor...*, coll. LGDJ, Bib. de droit privé, t. 108, 1970
- LEDOUX P.**, *Le droit de vote des actionnaires*, coll. LGDJ, Bib. de droit privé, t. 379, 2002
- LEGRAND G.**, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, Litec, 2003
- LEQUETTE S.**, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 27, 2012
- LEVENEUR L.**, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 212, 1990
- LOCHOUARN D.**, *La profession, approche juridique de la notion*, thèse Lyon III, 1998
- LOKIEC P.**, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. Bib. de Droit privé, t. 408, 2004
- LORNE M.**, *De la responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants*, thèse Paris, 1910
- LUCAS-PUGET A.-S.**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 441, 2005
- MACQUERON P., GATUMEL D., DE GUIBERT D., CLEMENT C.**, *Mémento pratique. Associations*, éd. Francis Lefebvre, 2012
- MALABAT V.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux, 1999
- MARECHAL J.-Y.**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003
- MARIA I.**, *Les incapacités de jouissance. Etude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2010
- MARMOZ F.**, *La délégation de pouvoir*, Litec, coll. Bib. du droit de l'entreprise, t. 43, 2000
- MARTIN A.-C.**, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 508, 2009
- MARTIN G.**, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977
- MASSENET C.**, *La rémunération des dirigeants sociaux*, thèse Bordeaux, 1980
- MAZEAUD D.**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 223, 1992
- MERCADAL B., CHARVERIAT A., COURET A., ZABALA B.**, *Mémento Pratique. Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012
- MESSAÏ-BAHRI S.**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS éd., coll. Bib. de l'IRJS – André TUNC, t.18, 2009
- MESTRE A.**, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899
- MESTRE J. et CHARTIER Y.**, *Les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés*, PUF, 1988
- MICHOUD L.**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd. par L. TROTABAS, 1924
- MILET L.**, *La protection juridique des victimes d'accidents de trajet*, LGDJ, coll. Bib. de droit social, t. 35, 2002

Bibliographie

- MILLET F.**, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, coll. Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne - Fondation Varenne, 2001
- OLLARD R.**, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 98, 2010
- OPPETIT B.**, *Les rapports des personnes morales de leurs membres*, thèse Paris, 1963
- OVERSTAKE J.-F.**, *Essai sur la classification des contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 91, 1969
- PAGNUCCO J.-C.**, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, LGDJ, coll. Varenne, 2006
- PAILLET M.**, *Recherches sur la faute du service public dans le droit administratif français contemporain*, LGDJ, coll. Bib. de droit public, t. 136, 1980
- PAILLUSSEAU J.**, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bibl. de droit commercial, t. 18, Sirey, 1967
- PERDRIX L.**, *La garde d'autrui*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 521, 2010
- PETEL P.**, *Les obligations du mandataire*, Litec, coll. Bib. de droit de l'entreprise, 1988
- PICOD Y.**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 208, 1989
- PIEDELIEVRE B.**, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Dunod, 1967
- PILON E.**, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897
- PLANQUE J.-C.**, *La détermination de la personne morale responsable*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003
- POUYANNE J.**, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, coll. ISPEC, 2003
- PUECH M.**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 129, 1973
- QUEZEL-AMBRUNAZ C.**, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 99, 2010
- QUIEVY J.-F.**, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 510, 2009
- RADE C.**, *Droit du travail et responsabilité civile. La contribution de la responsabilité civile à l'élaboration du statut du travailleur salarié*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 282, 1997
- RANOUIL V.**, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 187, 1985
- RASY D.**, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bib. de droit public, t. 43, 1963
- RAYMOND M.-A.**, *Les infractions de résultat*, thèse Bordeaux, 2010
- REBUT D.**, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse Lyon III, 1993
- REDENIUS-HOEVERMANN J.**, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 517, 2010

Bibliographie

- REGLADE M.**, *Valeur sociale et concepts juridiques. Norme et technique. Etude de philosophie du droit et de théorie générale du droit*, Sirey, 1950
- REJET T.**, *La force de travail (Etude juridique)*, Litec, 1992
- RIPERT G.**
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949
 - *Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949
 - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1951
- ROBINEAU M.**, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, t. 19, 2006
- ROUBIER P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005
- ROUJOU DE BOUBÉE G.**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 27, 1961
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 135, 1974
- ROUSSEAU F.**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 89, 2009
- SABARD O.**, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LGDJ, coll. Varenne, 2008
- SAILLANT E.**, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 109, 2011
- SAINCTELETTE C.**, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1884
- SAINTOURENS B.**, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986
- SAINT-PAU J.-C.**, *L'anonymat et le droit*, thèse Bordeaux, 1998
- SALEILLES R.**
- *De la personnalité juridique*, éd. La Mémoire du droit, 2003 (réimpression de l'éd. 1910)
 - *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897
- SAVATIER R.**, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945, 2^{ème} éd., 1950
- SCHMIDT D.**, *Les droits de la minorité de la société anonyme*, Sirey, coll. Bib. droit de l'entreprise, t. 21, 1970
- SCHOLASTIQUE E.**, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés : droit français et anglais*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 302, 1998
- SEGONDS M.**, *La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail*, thèse Toulouse, 1998
- SORTAIS J.-P.**, *Le titre et l'émolument*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 29, 1961
- SOUSI G.**, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon III, 1974
- STARCK B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947
- STOFFEL-MUNCK P.**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 337, 2000

Bibliographie

- STORCK M.**, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, t. 172, 1982
- TRAULLE J.**, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. Bib. De Droit privé, t. 477, 2007
- TREBULLE G., UZAN O.**, *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés. Droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011
- TRIGEAUD J.-M.**, *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, 1999
- VERNESCO R.**, *La notion de préposé et l'idée de fonction*, Domat-Montchrestien, 1933
- VIGNON-BARRAULT A.**, *Intention et responsabilité civile*, PUAM, 2003
- VINEY G.**, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. Bib. de droit privé, t. 53, 1965
- VOIDEY N.**, *Le risque en droit civil*, PUAM, 2005
- WICKER G.**, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bib. De droit privé, t. 253, 1997
- WORMS R.**, *Organisme et société*, thèse Paris, 1896

III. Articles, notes, études et chroniques

- AGOSTINI A.**, *L'argument a contrario*, D. 1978, chron., p.151
- ALFANDARI E.**, *L'entreprise non capitaliste existe-t-elle encore en France ?* in *Prospective du droit économique : dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.17
- ANCEL P.**, *La responsabilité contractuelle* in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes européens du droit des contrats*, Dalloz, 2003, p.243
- ANCELIN-MENAIS O.**, *L'imputabilité des pratiques anti-concurrentielles*, JCP E 2008, 1428
- ARSEQUEL A.**, *Des limites à la dérive de la notion de service organisé*, Dr. Soc. 1992 p.295
- ASENCIO S.**, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. sociétés 2000 p.683
- ASSELAIN M.**, *Responsabilité des professionnels de santé salariés : changement de solutions*, RCA 2005, étude n°6
- AUBY J.-B.**, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français* in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004, p.19
- AUCKENTHALER F.**, *Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant*, D. 1998, p.53
- AUZERO G.**, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998 p.502
- AYISSI MANGA E.**, *Préposé et responsabilité*, RRJ 2002-2, p.715
- BACACHE M.**, *L'immunité du préposé* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.15

Bibliographie

- BACH L.**, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, RTD civ. 1977, p.17 et p.221
- BAILLOD R.**, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com. 1983, p.395
- BAKOUCHE D.**, *La loi de la course*, JCP 2012, 397
- BARBIERI J.-F.**
- *L'incidence de la réforme du code pénal sur la gestion des personnes morales*, LPA 1993, n°130, p.22
 - *Morale et droit des sociétés* in *La morale et le droit des affaires*, Colloque de l'Université de droit de Toulouse du 12 mai 1995, Montchrestien 1996
 - *Responsabilité de l'entreprise et responsabilité de ses salariés*, *A la recherche de l'équilibre perdu* in *Mélanges Michel DESPAX*, PU Toulouse I, 2002, p.141
 - *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants*, *La responsabilité personnelle à la dérive* in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.41
- BARRIERE L.-A.**, *Propos introductifs* in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, p.7
- BARTHELEMY J.**
- *Le professionnel parasubordonné*, JCP E 1996, I, 606
 - *Essai sur la parasubordination*, Semaine soc. Lamy 2003, n°1134, p.6
- BARUFFOLO R.**, *La notion de fondement en responsabilité délictuelle*, RRJ 2010-1, p.131
- BEAUD O.**, *La distinction droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques* in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004, p.29
- BECET J.-M.**, *L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'Administration* in *Mélanges en l'honneur du professeur M. STASSINOPOULOS : problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, 1974, p.165
- BECQUE E.**, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, *Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, RTD civ. 1914 p.251
- BENOIT-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 ?*, RSC 2009, p.331
- BERAUD R.**, *Les mythes de la responsabilité civile*, JCP 1964, I, 1837
- BERGEL J.-L.**, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984 p.255
- BERTREL J.-P.**, *Liberté contractuelle et sociétés*, *Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996 p.595
- BIOY X.**, *Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction...* in *Les notions juridiques*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2009, p.21
- BISSARA P.**
- *L'intérêt social*, Rev. sociétés 1999 p.5
 - *Corporate governance, loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants : le point de vue du dirigeant d'entreprise*, Rev. sociétés 2003, p.210
- BLAISE H.**, *La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur*, RJS 1996, p.68

Bibliographie

- BLANC-JOUVAN G.**, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Dr. Soc. 2005 p.68
- BOBBIO N.**, *Les sanctions positives* in *Essai de théorie du droit*, LGDJ Bruylant, 1998, p.175
- BOLLE J., BOISGROLLIER A.**, *Le législateur au secours du sport*, JCP 2012, 507
- BON P.-A.**, *Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal*, Rev. pénit., 2006, p. 291
- BONFILS P.**, *La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée* in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p.179
- BORGHETTI J.-S.**, *L'immunité et les droits européens de la responsabilité civile* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.141
- BORIES A.**, *La responsabilité civile des personnes morales*, RRJ 2006-3, p.1329
- BOSSU B.**, *La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire*, Dr. social 1995, p.26
- BOULOC B.**
- *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, Rev. jur. com. 1995, p.301
 - *Faut-il réformer le droit pénal des sociétés*, Rev. sociétés 2000, p.129
 - *La dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, D. 2003, p.2492
- BOURRIE-QUENILLET M.**, *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif*, JCP E 1998, p.455
- BRIERE DE L'ISLE G.**, *La faute inexcusable (Bilan et perspectives)*, D. 1970, p.73
- BROUILLAUD J.-P.**, *Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ?*, D. 2008, p. 375
- BRUN A.**, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719
- BRUN P.**
- *L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, RCA 2000, HS n°11 bis, p.10
 - *La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, Dr. et Patr. 2001, p.52
 - *La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute* in *La responsabilité pour faute*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la responsabilité de l'Université du Maine et le Centre de recherches en droit privé de Tours le 17 janvier 2003, RCA juin 2003, p.37
 - *Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits ?)* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.105
 - *Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états* in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.145
 - *La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés* in *Lamy Droit de la responsabilité civile*, mai 2006, n°246-37
 - *Causalité juridique et causalité scientifique* in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, RLDC 2007/40, suppl., n°2631

Bibliographie

- *Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire* in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de P. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.117
- CADIET L.**, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation* in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.495
- CAILLOSSE J.**, *Droit public – droit privé. Sens et portée d'un partage académique*, AJDA 1996, p.955
- CALAIS-AULOIS M.-T.**, *Du discours et des notions juridiques (Notions fonctionnelles et conceptuelles)*, LPA 9 août 1999, n°157, p.4
- CAMENSULI-FEUILLEARD L.**, *L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté*, Bull. Joly 2008, § 18
- CANIVET G.**, *Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY. Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 213
- CANSELIER G.**, *Brèves réflexions sur l'immunité en droit français de la responsabilité civile* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques, CEPRISCA, 2009, p.175
- CARBONNIER J.**, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit* in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 136
- CARDASCIA G.**, *Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain* in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, p.1
- CARTIER M.-E.**
- *La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution*, JCP E, 1994, CDE n°5, p.29
 - *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français*, LPA 1996, n°149, p.21
 - *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz 2007, p.97
- CASTAGNE A.**, *Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration en cas de cumul des responsabilités*, RDP 1958, p.676
- CATALA N.**, *De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail*, JCP CI 1976, II, 12010
- CATALA N., SOYER J.-C.**, *La loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JCP 1977, I, 2868
- CAUSSAIN J.-J.**, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés* in *Etudes offertes à B. MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.303
- CHABANOL D.**, *Et si la solution de l'arrêt Blanco avait été inversée ?* in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 285
- CHABAS F.**, *L'article 1382 du code civil. Peau de vair ou peau de chagrin ?* in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p.79
- CHABOT G.**, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Defrénois 1999, 37015

Bibliographie

- CHARTIER Y.**, *L'association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003 p.195
- CHAVANNE A.**, *Les délits d'imprudence*, RSC 1975, p.5
- CHEVALIER J.-Y.**, *Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?* in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p.109
- CHEVALLIER J.**, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, JCP 1970, I, 2323.
- CHOLET D.**, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, D. 2004, p.1141
- CHOUCKROUN C.**, *L'immunité*, RSC 1959, p. 29
- COCQUILLON F.**, *Vers une immunité civile du salarié ? A propos des arrêts de la Cour de cassation du 25 février 2000 et du 14 décembre 2001*, Droit ouvrier Août 2002, p.375
- COEURET A.**
- *Pouvoir et responsabilité en droit pénal social*, Dr. social 1975, p.396
 - *La responsabilité en droit pénal du travail : Continuité et rupture*, RSC 1992, p.475
 - *Le nouveau code pénal*, RTD civ. 1992, p.825
 - *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.207
 - *La responsabilité pénale en droit du travail : vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales ?* in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, PUF, coll. CEPRISCA, 2009, p.101
- COHEN D.**
- *Le chef d'entreprise est-il délinquant ordinaire ?* in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997, p.71
 - *Le droit à...* in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François TERRE*, PUF, 1999, p.393
- CONSTANTIN A.**, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RJDA 7/03, p.595
- CONTE P.**
- *Du particularisme des sanctions en droit pénal de l'entreprise* in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989
 - *Le lampiste et la mort*, Dr. pénal 2001, chr. n°2
 - *"Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 125
 - *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal* in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, LGDJ, 2003
 - *Bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernant la faute d'imprudence* in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Jurisclasseur, Carré droit, 2003, p.19
- CONTIN R.**, *L'arrêt FRUEHAUF-France et le droit des sociétés*, D. 1968, chron. p. 45
- COQUELET M.-L.**, *La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements* in *Mélanges JEANTIN*, Dalloz 1999, p.195

Bibliographie

- COSTES M.**, *De quelques considérations sur la responsabilité pénale dite « du fait d'autrui »*, RSC 1939, p.628
- COURET A., DONDERO B.**, *La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives – aspects de droit des sociétés*, Bull. Joly sociétés 2012, n°193 (1^{ère} partie), Bull. Joly sociétés 2012, n°253 (2^{ème} partie)
- COURET A.**, *Le gouvernement d'entreprise, La « corporate governance »*, D. 1995, p.163
- COURTOIS G.**, *Innocence et responsabilité selon SPINOZA* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1977, t. 22, p.97
- COUTURIER G.**, *L'intérêt de l'entreprise* in *Les orientations sociales du droit contemporain, Mélanges Jean SAVATIER*, PUF, 1992 p.144
- CREMIEUX M.**, *Réflexions sur la peine privée moderne* in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, t.I, 1979, p.261
- CUCHE P.**, *Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, Rev. critique de lég. et de jur., 1913, p.412
- DAILLE-DUCLOS B.**, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p.1486
- DE BERTIER-LESTRADE B.**, *Des fautes sans responsabilité*, LPA 25 janvier 2005, p.5
- DE GAUDEMARIS M.**, *Théorie de l'apparence et sociétés*, Rev. sociétés 1991, p.465
- DE LA MASSUË H.**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus de droit*, RTDC 1948
- DE SALVE DE BRUNETON J.**, *Les principes constitutionnels et la responsabilité civile in La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques BORE*, Dalloz, 2007, p.407
- DEBOISSY F.**
- *Les amendes sont-elles déductibles des résultats ?*, RTD com. 1999, p.529
 - *Le contrat de société*, Association Henri Capitant, Journées brésiliennes 2005
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER N.**, *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. Sociétés 1997 p.499
- DEKEUWER A.**, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, I, 310
- DELAGE P.-J.**, *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, Dr. pénal 2005, étude 2
- DELMAS-MARTY M.**
- *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur » ?*, JCP 1985, I, 3218
 - *Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p.89
 - *Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité des personnes morales*, Rev. sociétés 1993, p.301
- DELVOLVE P.**, *La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif* in *Mélanges à Gabriel MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.407
- DEPREZ J.**
- *La responsabilité civile du salarié envers l'employeur*, BS Lefebvre 1981, p.425
 - *Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ?*, RJS 1992, p.319

Bibliographie

- DEROUIN P.**, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ. 1978, p.1
- DESCORPS DECLERE F.**, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003 p.25
- DESPAX M.**, *L'évolution du rapport de subordination*, Dr. soc. 1982, p.11
- DESPLAN M.**, *Le juge pénal et l'abus de biens sociaux* in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.157
- DESPORTES F.**
- *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, JCP E 1992, 219
 - *Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale*, CJEG 2000, p.426
 - *Faute pénale et responsabilité civile du préposé*, RJS 2002, p.711
- DESWARTE M.-P.**, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC 1993, p.23
- DEZEUZE E.**, *Un éclairage nouveau sur le statut pénal du Président de la République sur la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 – du Conseil constitutionnel*, RSC 1999, p.497
- DIDIER P.**
- *Esquisse de la notion d'entreprise* in *Mélanges offerts à M. le professeur P. VOIRIN*, LGDJ, 1966 p.209
 - *Brèves notes sur le contrat-organisation* in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François TERRE*, PUF, 1999, p.635
 - *Une définition de l'entreprise* in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p.849
 - *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p.238
- DION N.**, *Corporate governance et sociétés françaises*, Dr. sociétés 1995, p.8
- DOM J.-P.**, *L'attribution gratuite d'actions*, Bull. Joly 2005, § 35, p.188
- DOMENACH J.**, *L'administration et le droit administratif face à la mise en jeu de la responsabilité pénale des agents publics* in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER*, PUG, 1995, p.187
- DONDERO B.**
- *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004 p.405
 - *L'immunité des dirigeants d'entreprise* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, coll. Colloques CEPRISCA, 2009, p.37
- DONNEDIEU DE VABRES H.**, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RID pén. 1950, p.339
- DOUCHEZ F., DE LAMY B., SEGONDS M.**, *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, Dr. pénal 2010, dossier 6
- DREYER E.**
- *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p.813
 - *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, D. 2004, p.937
- DUBUISSON E.**, *La non-adoption de la personnalité*, Dr. et patrimoine 2010, p.191
- DUCOULOUX-FAVARD C.**, *La règle de la faute séparable des fonctions de gestion des sociétés de capitaux est dans la loi*, Dr. sociétés 2007, étude 11

Bibliographie

- DUPAYS A., GIRODROUX C. (dir.)**, *Licenciement pour cause personnelle – Motifs*, Lamy social, 2012
- DURAND-PASQUIER G.**, *Préposé de fait et responsabilité in Autorité par lien de subordination et responsabilité*, Revue Lamy droit civil, supplément au n°51, juillet/août 2008 p.49
- EGEA V.**, *L'immunité en droit privé*, RRJ 2008-4, p.1977
- EISENMANN C.**, *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle)*, RDP 1952, p.903
- EISENMANN C.**, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, JCP 1949, I, 742 et 751
- EL AHDAD J.**, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants*, Rev. sociétés 2004, p.18
- ELOI M., DE JACOBET DE NOMBEL C., RAYSSAC M., SOURD J.**, *La faute de la victime dans la responsabilité civile extra-contractuelle in Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.47
- ENDREO G.**, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTD com. 1984, p.223
- ESMEIN P.**, *Peine ou réparation in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, t. II, Droit privé. Propriété industrielle, littéraire et artistique*, 1961, p.37
- EUZEN S.**, *La distinction des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle à l'épreuve de l'abus de fonction*, LPA 30 mai 1997, p.4
- EWALD F.**
- *La faute civile, droit et philosophie in Fin de la faute ? Droits*, 1987, n°5, p.45
 - *La société assurantielle, risques*, n°1, juin 1990
- FABRE-MAGNAN M.**, *Le contrat de travail défini par son objet in Le travail en perspectives*, sous la direction d'A. SUPIOT, LGDJ, 1998, p.101
- FAIVRE P.**, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC 1958, p.547
- FASQUELLE D.**, *L'existence de fautes lucratives en droit français en droit français in Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?*, LPA 2002, p.27
- FAVERO M.**, *Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité des dirigeants, responsabilité alternative ou cumulative ?* LPA 8 décembre 1995, p.15
- FLOUR J.**, *L'influence du droit public sur le droit privé*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, 1946
- FLOUR Y.**, *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? in Fin de la faute ? Droits* n°5, 1987, p.29
- FORTIER C.**, *La consolidation juridique du lien fonction publique-service public. Eléments pour une définition matérielle de l'agent public*, AJDA 1999 p.291
- FORTIS E.**, *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal*, RSC 2001, p.737
- FOURNIER S.**
- *La faute personnelle du préposé*, LPA 23 juillet 1997, p.15
 - *De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses*, Dr. pénal 2008, étude 4
 - *La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, Lexis Nexis, 2012, p.285

FREYRIA C.

- *L'assurance de responsabilité civile de « management »*, D. 1995, p.120
- *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise* in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.179

FRISON-ROCHE M.-A., *La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier* in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p.17

FROSSARD S., *Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines*, RSC 1998, p.703

FROTTE A., DE VENDEUIL S., *Loi Warsmann II de simplification du droit - Dispositions relatives au droit des sociétés*, JCP E 2012, n°1308

GARCIN C., *Les infractions du droit des sociétés* in *Lamy Droit pénal des affaires*, 2011

GASSIN R., *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, p.92

GAUDEMET E., *Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile*, RTD civ. 1927, p.893

GAUDU F.

- *La responsabilité civile du prêteur de main d'œuvre*, D. 1988, p.235
- *Entreprise et établissement* in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999 p.47
- *L'ordre public en droit du travail* in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p.363

GAZZANIGA J.-L., *Les métamorphoses historiques de la responsabilité* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées René SAVATIER, 1997, PUF, p.3

GENY F., *Risques et responsabilité*, RTD civ. 1902, p.812

GERMAIN M.

- *La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rapport de synthèse*, Rev. des sociétés 2003, p.284
- *L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial* in *Le Code du commerce : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p.243
- *Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ?* JCP E 2009, 1576

GERMAIN M., VATINER R., *Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé* in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p.397

GERVAIS A., *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »* in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Tome I. Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961

GIACOPELLI M., *Libres propos sur la sanction-réparation*, D. 2007, p.1551

GIACOPELLI-MORI M., *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p.525

GIUDICELLI-DELAGE G., *Justice pénale et décisions politiques : réflexion à partir des immunités et privilèges de juridiction*, RSC 2003, p.247

GODON L., *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés*, Rev. sociétés 2005, p.140

Bibliographie

- GOUBEAUX G.**, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens* in *Etudes Roblot*, LGDJ, 1984, p.199
- GREVAIN-LEMERCIER K.**, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour*, *Gaz. Pal.* 10-11 février 2012, p.7
- GROSSI I.**, *La responsabilité des dirigeants* in *Colloque Entreprise et responsabilité civile*, *Dr. et Patrimoine* 2003, p.50
- GROUTEL H.**
- *Le critère du contrat de travail* in *Tendances du droit français contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p.49
 - *La boucle est bouclée (A propos de l'immunité contre un recours subrogatoire)*, *RCA* 1994, chron. 3
 - *La responsabilité des cliniques*, *RCA hors-série juillet-août 1999*, p.27
 - *Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés*, *RCA* 2000, chron.11
 - *Assurance et responsabilité du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, *RCA* 2000, H-S n°11 bis, p.27
 - *La nouvelle jurisprudence relative à la responsabilité des préposés peut-elle influencer sur celle de l'agent général d'assurance ?*, *RCA* 2000, chron.18
 - *Le mineur ravalé au rang de simple chose*, *RCA* 2001, chron. n°18
 - *L'exclusivité de la loi du 5 juillet 1985, entre hauts et bas*, *RCA* 2009, études 11
 - *Lutte armée contre l'article L. 453-2 du Code de la sécurité sociale*, *RCA* 2010, étude 8
 - *Il faut sauver les « 24 heures du Mans » !*, *RCA* 2012, repère 3
- GUERDER P.**, *La faute pénale non intentionnelle du fonctionnaire*, *Rapport de la Cour de cassation* 1998, p.89
- GUERIN M.-C.**, *La faute intentionnelle de celui qui agit pour le compte d'autrui*, *Petites affiches*, 11 janvier 2006 n°8 p.6
- GUESTIN J.**, *La notion de contrat*, *D.* 1990, p.147
- GUETTIER C.**
- *Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui ?* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, *RCA HS* n°11 bis, p.41
 - *Responsabilité administrative et Responsabilité civile : destins croisés* in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, *RCA* 2001, HS n°6 bis, p.30
- GUILLAUME-HOFNUNG M.**, *La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire*, *Droits* 1987, p.97
- GUYON Y.**, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, *Pouvoirs* 1990, p.41
- HASSLER T.**, *La responsabilité des commettants*, *La jurisprudence de la Chambre criminelle depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 juin 1977*, *D.* 1980 p.125
- HAURIOU M.**
- *L'institution et le droit statutaire* in *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, Paris, p.134
 - *L'institution* in *Les principes de droit public*, Sirey, 1910 p.123

Bibliographie

- *La théorie de l'institution et de la fondation* in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n°4, Bloud et Gay, 1925
- HOCQUET-BERG S.**, *Remarque sur la prétendue convention d'assistance*, Gaz. Pal. 1996.1. Doctr. p.32
- HONTEBEYRIE A.**, *La responsabilité des cliniques du fait des médecins : à propos de deux solutions singulières*, D. 2004, p.81
- HOUIN R.**
 - *Les incapacités*, RTD civ. 1947 p.396
 - *Rapport général sur les situations de fait*. Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XI, 1957, p.322
- HURSTER D.**, *Est-il urgent de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ?* Rev. sociétés 1995, p.634
- IDOT L.**, *La notion d'entreprise*, Rev. soc. 2001 p.191
- IVAINER T.**, *Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices*, D. 1972, p.7
- IZORCHE M.-L.**, *A propos du « mandat sans représentation »*, D. 1999 p.369
- JAVILLIER J.-C.**, *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. social 1975, p.375
- JEANDIDIER W.**
 - *L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose* in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p.369
 - *L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés* in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p.449
 - *L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ?*, Cahier de droit de l'entreprise 2006, dossier *Le risque pénal dans l'entreprise*, n°2
 - *La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales*, Cahier de droit de l'entreprise 2006, Dossier *Le risque pénal dans l'entreprise*, n°1
 - *L'élément matériel des infractions d'affaires ou la prédilection pour l'inconsistance* in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN. Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p.245
- JESTAZ P.**, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, p.197
- JOSSERAND L.**
 - *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, DH 1939, p.29
 - *Le contrat dirigé*, DH 1933 p.89
- JOURDAIN P.**
 - *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, coll. Publications de la Faculté de droit de Poitiers, t.32, PUF, 1998 p.65
 - *Garde de la structure et lien de préposition*, RTD civ. 2002 p.519
 - *La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements*, in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.67
 - *Retour sur l'imputabilité* in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p.511

Bibliographie

- *Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé* in *Etudes offertes au professeur Philippe MALINVAUD*, Litec, 2007, p.303
- KAYSER P.**
- *La justice selon Aristote*, RRJ 1996-2, p.313
 - *Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France*, RRJ 2000-2, p.445
- KELSEN H.**, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, RDP 1926 p. 598
- KENDERIAN F.**, *La contribution aux pertes sociales*, Rev. sociétés 2002, p.617
- KÖHLER M.**, *Le droit pénal entre public et privé* in *Le privé et le public*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1997, t.41, p.199
- KULLMANN J.**, *L'assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes*, Risques, Les cahiers de l'assurance, 2006, n°68
- LABORDE J.-P.**, *La considération de fait par le droit* in *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, Economica, 1995, p.277
- LACAZE M.**, *La réprobation objective en droit pénal. Apports de la notion à la théorie de l'infraction et perspectives civilistes*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Cujas, 2011, n°1, p.258
- LAGARDE G.**, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale, Réalité ou réalisme ?* in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974 p.429
- LAMARCHE T.**, *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006 p.709
- LAMBERT G.**, *Introduction à l'examen de la notion juridique de l'entreprise* in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, t.II, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1979, p.77
- LAMBERT-FAIVRE Y.**
- *L'entreprise et ses formes juridiques*, RTD com. 1968 p.907
 - *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation*, RTD civ. 1987, p.1
 - *Domage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation* in *Mélanges DALCQ*, Larcier, 1994, p.349
 - *L'éthique de la responsabilité*, RTD civ. 1998, p.1
- LAMBERT-FAIVRE Y., LAMOUR M.-P.**, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p.51
- LASSALAS C.**, *L'actionnariat des salariés* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001, p.165
- LASSALLE J.-Y.**
- *La responsabilité civile du fait pénale d'autrui*, RSC 1993, p.19
 - *Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale*, JCP 1993, I, 3695
- LAUGIER M.**, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ?* Bull. Joly 2003, § 261 p.1231
- LAYDU J.-B.**
- *La responsabilité civile du salarié : contractuelle ou délictuelle ? (A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 2 février 1994)*, Dr. social 1995, p.146
 - *Responsabilité civile du salarié : la voie étroite ?*, RRJ 2005-4 (1), p.1936

Bibliographie

- *Retour sur l'immunité personnelle restreinte du préposé*, D. 2008, p.2125
- LE CANNU P.**
- *Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale*, LPA 6 octobre 1993, p.16
 - *La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Rev. Sociétés 2006, p.743
- LE NABASQUE H.**, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p.273
- LE TOURNEAU P.**
- *La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental* », JCP 1971, I, 2401
 - *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, RTD civ. 1987, p.505
 - *Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective* in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées René SAVATIER, 1997, PUF, p.19
- LE TOURNEAU P., JULIEN J.**, *La responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, Liber amicorum, LGDJ 2008, p.579
- LE TOURNEAU P.**, *La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal ?* in *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, PU Toulouse, 2005, p.67
- LEDUC F.**
- *Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite*, RTD civ. 1999, p.283
 - *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil*, LPA 6 juillet 2005, p.3
 - *Causalité civile et imputation* in *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile*, RLDC 2007/40, suppl. n° 2631
 - *Deux contrats en quête d'identité, Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise* in *Etudes offertes à Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008
- LEGAL A.**, *La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise* in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p.477
- LEGROS R.**, *Considérations sur les délits d'imprudence*, Rev. dr. pénal et crim., 1958, p.118
- LEMOULAND J.-J.**, *Brèves réflexions sur quelques siècles de philosophie pénale*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1987, p.159
- LETURMY L.**, *La responsabilité délictuelle du contractant*, RTD Civ. 1998 p.839
- LEVASSEUR G.**, *Droit social et droit pénal* in *Etudes de droit du travail, offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p.317
- LIBCHABER R.**, *Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage* in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p.421
- LIENHARD A.**, *Attributions d'actions gratuites*, D. 2005, p.138
- LIET-VEAUX G.**, *La caste des intouchables ou la théorie du délit de service*, D. 1952, chron. p.133.
- LUCAS F.-X.**, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associés ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, RD banc. fin. 2002, p. 216

Bibliographie

- LUCAS O.**, *La Convention européenne des droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP 2002, I, 111
- LYON-CAEN G. et A.**, *La « doctrine » de l'entreprise in Dix ans de droit de l'entreprise*, T.7, Lib. Tech.1978, p.599
- MAESTRE J.-C.**, *La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée ? in Mélanges offerts à Marcel WALINE : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p.575
- MALABAT V.**
- *De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat in Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.439
 - *La responsabilité pénale du subordonné in Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.681
- MALAURIE P.**, *Nature juridique de la personnalité morale*, Defrénois, 1990 p.1068
- MARCHADIER F.**, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme*, RTD civ. 2009, p.245
- MARECHAL J.-Y.**, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP 2009, 249
- MARGUENAUD J.-P.**, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, Association Henri CAPITANT, journées nationales, tome 1, Lille-1996, p.45
- MARKESINIS B. S.**, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC 1983, p. 301
- MARLY P.-G.**, *La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants*, JCP E 2006, n°1490
- MARTEAU-PETIT M.**, *La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui*, RRJ 2002-1, p.255
- MARTIN D. R.**, *La propriété de haut en bas*, D. 2007 p.1977
- MARTIN G. J.**, *Le risque, concept méconnu du droit économique*, Rev. Intern. Droit économique 1990, 2, p.174
- MARTIN R.**, *Personne et sujet de droit*, RTD civ. 1981, p.785
- MARTIN-SERF A.**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil in Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p.385
- MARTY G.**, « La théorie de l'institution », in *La pensée du doyen Maurice HAURIOU et son influence*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, 1968, p. 29
- MASCALA C.**, *Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires*, D. 2004, p.3050
- MATSOPOULOU H.**
- *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. sociétés 2004, 283
 - *Extension de l'imputabilité des personnes morales in Dix ans après la réforme de 1994*, CUJAS, coll. « ISC de Poitiers », 2005/24, p.67
 - *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, D. 2005, p.2075

Bibliographie

- MATTHIEU G.**, *L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux*, Gaz. Pal. 30 juin-2 juillet 2002, p.1045
- MAUBLANC J.-P. et FERNANDEZ-MAUBLANC L.-V.**, *La faute personnelle de l'agent public : une notion juridique indéfinissable ?* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.631
- MAURO C.**, *Responsabilité sociale des entreprises en droit pénal* in *Mélanges en l'honneur du professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p.495
- MAYAUD Y.**
- *Responsables et responsabilité*, Dr. social 2000, p.941
 - *Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ?* in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p.475
 - *Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ?* in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen George WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p.541
- MAZEAUD D.**
- *Famille et responsabilité : réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation* in *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p.569
 - *Responsabilité civile et précaution* in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e s. Bilan prospectif*, RCA 2001, juin 2001, HS n°6 bis
- MAZEAUD D., BORGHETTI J.-S.**, *Imputation du dommage causé à autrui* in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.149
- MAZEAUD H.**, *La « faute objective » et la responsabilité sans faute*, D. 1985, chron. 3
- MEILLON D.**, *Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui*, RDP 2006, p.1221
- MELENNEC L.**, *Le médecin salarié, Les critères du salariat médical*, Gaz. Pal. 1998, 1, doct., 440.2
- MERCADAL B.**
- *La notion d'entreprise* in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean DERRUPPE*, Litec, 1991, p.9
 - *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994, n°4, p.375
- MESSAÏ-BAHRI S., ROUSSILLE M.**, *La responsabilité pour faute des personnes morales* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.119
- MESTRE V.**, *L'activité contractuelle des préposés*, RTD civ. 1989 p.307
- METIVET J.-P.**, *Les articles 52 alinéa 1^{er} et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers* in *Rapp. C.cass. pour l'année 1998* p.111
- MICHA-GOUDET V.**, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement données par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP E 1998, p.840
- MILLARD E.**, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et société 30/31-1995 p.381
- MISTRETTA P.**, *Les paradoxes de la responsabilité pénale des personnes morales en matière médicale*, RPDP 2009, p.809
- MOLFESSIS N.**

Bibliographie

- *Les sources constitutionnelles du droit des obligations* in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, t.1. Lille 1996. Journées nationales, p.65
- *Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés*, Dr. social 2004, p.31
- *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlèvement de la Cour de cassation* in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004 p.495
- MONNET J.**, *Assurance et faute séparable des fonctions du dirigeant de société*, Dr. société 2007, n°10
- MORAND C.-A.**, *La sanction* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Droit, 1990, Sirey, t.35, p.293
- MORVAN P.**
 - *En droit, la jurisprudence est une source du droit*, RRJ 2001-1, p.77
 - *Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000*, RJS 2001, p.283
- MOTULSKY H.**, *Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale*, JCP 1957, I, 1383
- MOULY J.**
 - *Droit civil et droit du travail. Une coexistence pacifique* in *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude LOMBOIS*, Pulim, 2004, p.359
 - *Quelle faute pour la responsabilité civile du salarié ?*, D. 2006, p.2756
 - *Le nouvel article L. 321-3-1 du Code du sport : une rupture inutile avec le droit commun*, D. 2012, p.1070
- MOUSSERON P.**, *Les immunités familiales*, RSC 1998 p.291
- NAVARRO J.-L.**, *Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux* in *Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir ?*, LPA 2 août 2007, p.39
- NIBOYET M.-L.**, *La distinction de la procédure et de la substance devant la Cour européenne des droit de l'homme (à la lumière de la loi dite anti-Perruche)* in *Liber Amicorum Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2006, p.341
- OHL D.**, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique)* in *Mélanges Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.373
- OLLARD R.**
 - *L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ?* Dr. pén. 2009, étude 19
 - *La distinction du dommage et du préjudice*, RSC 2010, p.561
- OPHELE C.**, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la chambre criminelle* in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, LGDJ, 2001 p.263
- OTTENHOF R., CARIO R.**, *Droit pénal et relations de travail dans l'entreprise* in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica, 1989, p.123
- OUTIN-ADAM A.**, *Responsabilité des employeurs et salariés* in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.157

Bibliographie

- PAGES J.**, *De l'irréductible et incontournable entreprise in Prospectives du droit économique : dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999 p.79
- PAULIN A.**, *L'embellie de l'infraction pénale « désimmunisante »*, RRJ 2006-1, p.97
- PAYET M.-S.**, *Vers la reconnaissance d'un principe d'irresponsabilité du mineur en matière délictuelle et quasi-délictuelle*, LPA , 20 et 21 août 2002, n°166, p.4 et 167, p.3
- PEANO M.-A.**, *L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé*, D. 1991 p.51
- PECHILLON E.**, *L'exception sportive en question : l'intervention ciblée du législateur en matière de responsabilité*, JCP 2012, 228
- PELISSIER J.**, *La définition des sanctions disciplinaires*, Dr. social 1983, p.545
- PELTIER F.**, *La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance*, RDBB 1997, p.49
- PETIT B., REINHARD Y.**, *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com. 1997, p.282
- PFLUG L.**, *Le juge pénal et la décision de gestion in Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.167
- PICARD J.**, *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs. Nullité/Inopposabilité*, Dr. soc. 1998, chr. 6
- PIEDELIEVRE S.**, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? in La responsabilité civile à l'aube du XXIe s. Bilan prospectif*, RCA 2001, juin 2001, HS n°6 bis, n°13
- PIERI G.**, *Obligation in Vocabulaire fondamental du Droit*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1990, t.35, p.221
- PILLET F.**, *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés*, JCP 1989, I, 3401
- PINIOT M.-C.**, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, RJDA, 1995, p.639
- PLANIOL M.**, *Etudes sur la responsabilité*, Rev. crit. lég. et juris. 1909 p.282
- PLANTIN S.**, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stock-options*, JCP E 2005, 524
- POLLAUD-DULIAN F.**, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com.1997 p. 349
- PONSEILLE A.**, *La faute caractérisée en droit pénal*, RSC 2003, p.79
- PORCHY-SIMON S.**, *Regard critique sur la responsabilité de l'établissement de santé privé du fait du médecin in Mélanges Lambert*, Dalloz, 2002, p.361
- POUMAREDE M.**, *L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui in Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p.839
- PUECH M.**
- *Commentaire de l'article L .263-2 du Code du travail relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail*, in *Dix ans du droit de l'entreprise*, Paris, 1978, p.576
 - *Scolies sur la faute pénale in Fin de la faute ? Droits*, 1987, n°5, p.77
- PULL B.**, *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions de droit administratif ?*, JCP 1996, I, 3939
- QUEZEL-AMBRUNAZ C.**, *Faute inexcusable de l'employeur et droit des victimes d'actes fautifs*, RDLF 2012, p.2136
- RADE C.**
- *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, D. 1998, p.301

Bibliographie

- *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, I. L'impasse*, D. 1999, p. 313
 - *Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat)*, RCA 2000, chron. 22
 - *Il faut sauver la jurisprudence Costedoat*, RCA 2002, chron. 13
 - *La résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui*, RCA 2004, étude 15
 - *Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ?* in *Responsabilité civile et assurances, Mélanges en l'honneur d'Hubert GROUTEL*, Litec, 2006, p.375
 - *Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement*, Dr. social 2006, p.826
 - « *Liberté, égalité, responsabilité* » dans *la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Cah. Cons. constit, 2004, n°16, p.111
 - *Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique*, D. 2012, p.112.
- RANDOUX D.**, *Vers un droit commun des groupements*, JCP 1996, I, 3982
- RAY J.-E.**, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p.376
- REBOUL N.**, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. sociétés 2000, p.425
- REBUT D.**
- *De la prétendue autorité de chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle*, RCA 1997, chron. 12
 - *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, RRJ 1996-2 p.409
 - *Le droit pénal de la sécurité au travail*, Dr. social 2000, p.981
 - *Les sanctions pénales et la gestion des sociétés*, RJC 2001, p.119
 - *L'abus de biens sociaux par abstention*, D. 2005, p.1290
- REINHARD Y.**, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, RSC 1978, p.257
- REMY P.**
- *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997 p.323
 - *Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat* in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVRAT*, PUF, 2001 p.121
- REMY-CORLAY P.**, *De la réparation* in *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.191
- RETIF S.**, *Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ?* RCA 2004, chr.24
- REVEL T.**, *L'objet du contrat de travail*, Dr. soc. 1992, p.859
- REYGROBELLET A.**, *La gouvernance des sociétés anonymes en Europe – l'exemple du régime de la responsabilité des dirigeants*, in *La gouvernance dans les sociétés anonymes : un bouclier pour les dirigeants ?*, RLDA 2009, suppl. au n°41, p.10
- RIEHM T.**, *Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés*, RLDC 2010, 4066

Bibliographie

- RIPERT G.**, *L'exercice des droits et de la responsabilité civile*, Rev. crit. lég. et jur. 1906, p.352
- RIVERO J.**, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* in *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p.676
- RIVES-LANGE J.-L.**, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art.99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975 p.41
- RIVES-LANGE M.-T.**, *Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants*, JCP 1970, I, 2309
- ROBERT J.-H.**
- *Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises*, JCP CI 1975, II, 11716
 - *L'élément moral des infractions contre l'environnement*, RSC 1995, p.356
 - *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, Arch. phil. Droit 2000, t.44, p.153
 - *Les préposés sont-ils les représentants de la personne morale ?* in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUVRAT*, PUF, 2001, p.383
 - *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales in Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p.975
- ROQUES F.**, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA 1991, p.75
- ROUAST A.**, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p.1
- ROUBIER P.**, *Les prérogatives juridiques* in *La théologie chrétienne et le droit*, Arch. Phil. Droit, 1960, t.5, p.65
- ROUJOU DE BOUBEE G.**, *La responsabilité pénale des personnes morales* in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 539
- ROUSSEL J.**, *Les intermédiaires d'assurance au regard de l'immunité des préposés, Faut-il transposer la jurisprudence Costedoat aux mandataires de l'assureur ?*, RGDA 2002, p.659
- ROUTIER R.**, *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p.1478
- ROUVIERE F.**, *L'obligation comme garantie*, RTD civ. 2011, p.1.
- SAENKO L.**, *De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales*, Dr. pénal 2009, étude 14
- SAINT-JOURS Y.**
- *Prévention et responsabilité en matière d'accidents du travail (commentaire de la loi du 6 décembre 1976)*, D. 1977, p.185
 - *La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau*, D. 1990, p.113
- SAINTOURENS B. et EMY P.**, *Nouvelle étape de « simplification » du droit des sociétés par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012*, Rev. sociétés 2012, p.335
- SAINT-PAU J.-C.**
- *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ?* RCA 1998, chron. 22
 - *Responsabilité civile et anormalité* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p. 249

Bibliographie

- *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, coll. Carré Droit, 2003, p. 71
 - *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 10 février 2005, p.137
 - *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise*, Gaz. Pal. 2005, p.134
 - *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale* in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.1011
 - *Les causalités dans la théorie de l'infraction* in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012
- SALEILLES R.**, *La responsabilité civile du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, RTD civ. 1911, p.23
- SALOMON R.**, *Dispositions pénales de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012*, Dr. sociétés 2012, comm.110
- SALVAGE P.**
- *Le lien de causalité en matière de complicité*, RSC 1981, p.25
 - *Les infractions commises au sein d'un groupe informel, l'établissement des responsabilités et la méthode du Droit*, Dr. pénal 2005, n°8
- SALVAIRE J.**, *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, RSC 1964, p.307
- SANA-CHAILLE DE NERE S.**, *La faute d'autrui*, RLDC 2004, étude 432
- SAUZET M.**, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1883
- SAVATIER J.**
- *Contribution à une étude juridique de la profession* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961
 - *La nullité de la reconnaissance par un salarié de sa responsabilité civile envers l'employeur en l'absence de faute lourde*, Dr. social 1995, p.651
 - *Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ?* in *Mélanges dédiés au Président Despax*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002 p.61
- SAVATIER R.**
- *Règles générales de la responsabilité civile*, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1934, n°29, p.442
 - *L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté*, D. 1959 chron. p.9
 - *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile* in *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel LABORDE-LACOSTE*, éd. Bière, 1963, p. 321
 - *Le risque pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences*, D. 1968. Chron. 19
- SAVAUX E.**, *La fin de la responsabilité contractuelle ?* RTD civ. 1999 p.1
- SCHMIDT D.**, *Les conditions d'imputation des manquements aux règles de l'Autorité des marchés financiers*, RJEP 2009, étude 5
- SEGONDS M.**
- *A propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel*, D. 2003, p.505

Bibliographie

- *(Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption*, AJ pénal 2006, p.193
- *Un an de droit pénal du travail*, Dr. pénal 2008, étude 9
- *Frauder l'article 121-2 du Code pénal*, Dr. pénal 2009, étude 18
- SERIAUX A.**, *L'œuvre prétorienne in vivo, l'exemple de la convention d'assistance*, in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999 p.299
- SERLOOTEN P.**, *L'affectio societatis, une notion à revisiter* in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges Yves GUYON*, 2003, p.1007
- SERVERIN E.**, *L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal*, Dr. social 1994, p.654
- SOURIOUX J.-L.**, *La croyance légitime*, JCP 1982, I, 3058
- STOFFEL-MUNCK P.**, *Le préjudice moral des personnes morales* in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, 2007, Dalloz, p. 959
- SUPIOT A.**, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. Soc. 2000, p.131
- TALLON D.**, *Pourquoi parler de faute contractuelle* in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p.429
- TARDIEU-NAUDET D.**, *L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé (Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui)*, RRJ 1979-1980 p.99 (1^{ère} partie) et RRJ 1981 p.80 (2^{ème} partie)
- TARDY-JOUBERT I.**, *L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ?*, Dr. fam. 2007, étude 22
- TERRE F.**
 - *Propos sur la responsabilité civile* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t.22, 1977, p.37
 - *La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers*, JCP 2010, 1328
- TEYSSIE B.**, *L'entreprise et le droit du travail* in *Le privé et le public*, Sirey, Archives de philosophie du droit, t.41, 1997, p.355
- THELLIER DE PONCHEVILLE B.**, *Analyse de la responsabilité contractuelle en termes d'obligation*, RRJ 2011-2, p. 655
- THIBIERGE C.**, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)*, RTD civ. 1999, p.561
- THOMAT-RAYNAUD A.-L.**, *Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine*, RLDC 2010, n°3864
- TOMASIN D.**, *A la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail* in *Mélanges dédiés à Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2001, p.203
- TRICOT D.**, *Les critères de la gestion de fait*, RD patr. 1996 p.24
- TUNC A.**
 - *Ebauche du droit des contrats professionnels* in *Etudes offertes à G. RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950
 - *La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées*, JCP 1960, I, 1592
 - *Le droit en miettes* in *Jalons : dits et écrits*, Société de législation comparée, 1991, p.205
- TUSSEAU G.**, *Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle »*, RFDA 2009, p.641

VATINET R., *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p.247

VEDEL G.

- *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P. 1950, I, 851
- *L'obligation de l'Administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service*, Mélanges offerts à R.SAVATIER, Dalloz, 1965, p.921

VIANDIER A.

- *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987
- *Le droit des sociétés, demain*, JCP E 2000 *Aperçus rapides* p.3, n°12

VIDAL D., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, CDE, 2001, p.16

VILLEY M., *Esquisse historique sur le mot responsable* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t.22, 1977, Sirey, p.45

VINEY G.

- *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, p.263
- *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques* in *La responsabilité*, Arch. Phil. Droit, t.22, 1977, Sirey, p.5
- *La responsabilité* in *Vocabulaire fondamental du droit*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1990, t.35, p.275
- *Groupes de contrats et responsabilité du fait d'autrui* in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, LGDJ, Bib. de droit privé n°227, 1992, p.335
- *Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui* in *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions, Colloque organisé par l'Université du Maine, 2000*, RCA 2000, HS n°11 bis, p.31
- *La responsabilité contractuelle en question ?* in *Le contrat à la fin du XXe siècle, Etudes en l'honneur de Jacques GUESTIN*, LGDJ, 2001 p.921
- *La responsabilité personnelle du préposé* in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p.83
- *L'évolution du droit de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles*, Dr. soc. 2011, p.964

VITU A.

- *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction* in *VII^e Congrès international de droit pénal*, Cujas 1957, p.42
- *Regards sur le droit pénal des sociétés* in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René ROBLOT*, LGDJ 1984, p.247

VOINOT D., *Le sort des créances dans la procédure collective*, RTD com. 2001, p.581

WALINE M., *De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier*, RDP 1948, p.5

WALTHER J., *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements de la peine*, RSC 2007, p.23

WECKEL P., *L'évolution de la notion de faute personnelle*, RDP 1990, p.1525

WESTER-OUISSE V., *Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*, D. aff. 1999, p.782

WICKER G.

- *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p.691

- *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, p.263

- *La légitimité de l'intérêt à agir* in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Dalloz. 2006, p.455

- *La limitation de responsabilité de l'entrepreneur, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, à paraître

WIEDERKHER G., *La droit et le sens des mots* in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p.571

ZEIDENBERG S., *Le renouveau des injonctions de faire*, Dr. et patrimoine 2001, p.74

IV. Rapports, colloques, journées d'étude

AUBY J.-B., FREEDLAND M. (sous la dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2004

CATALA P., *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, La Documentation française, Septembre 2005

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapport-s-publics/054000622/0000.pdf

COULON J.-M. (sous la dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Documentation Française, coll. des Rapports Officiels, 2008,

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>

DONDERO B., *L'immunité des dirigeants d'entreprise* in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, CEPRISCA collection colloques, 2009

DURAND P., *Rapport in les Travaux de l'Association Henri Capitant*, T.III « La notion juridique de l'entreprise », 1947, p.45

HUREL F. (Proposition faite par), délégué général de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, dans un rapport intitulé « En faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant », http://www.economie.gouv.fr/fonds_documentaire/archives/dossiersdepresse/rap_hurel/rap_hurel080110.pdf

KESSOUS R., DESPORTES F., *Les responsabilités civile et pénale du préposé* in *Rapp. C. cass. 2000*

MARINI P. (sous la dir.), *La modernisation du droit des sociétés*, La Doc. fr., coll. des Rapports Officiels, 1996

VEAUX D., *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977

VIENOT M., Rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP sur le Conseil d'administration des sociétés cotées, éd. ETP, juillet 1995

V. Droit comparé – Droit étranger

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, American Law Institute Publishers, 1994

CONSTANTINESCO V., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Stuttgart-Bruxelles, 1960

DALCQ R. O., *L'abus de fonctions. Rapport belge* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.36

DELL'AQUILA E., GRISOLI A., *Rapport italien* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.117

DUBUISSON B., *Les immunités civiles ou le déclin de la responsabilité individuelle : coupables mais pas responsables* in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Larcier, Bruxelles, 2004, p.69

FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 1997

FLAUSS-DIEM J., *La responsabilité civile du commettant en droit anglais vue par un juriste français* in *Le droit social-Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHIEDT*, PUS, n°6, 2003, p.117

FLEMING J., *The law of torts : The law book company limited*, éd. 1992

FRISON-ROCHE M.-A. (sous la dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz, 1997

FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, coll. Mémento Dalloz, 6^{ème} éd., 2009

LEGEAIS R., *L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand. Observations comparatives, juridiques et économiques* in *Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER. Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF, 1992, p.303

LEGEAIS R., PEDAMON M., *Code civil allemand*, Dalloz, coll. Juriscope, 2010

MASSE C., *L'abus des fonctions dans la relation préposé-commettant en droit civil québécois. Rapports canadien* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.59

MICHAELIDES-NOUAROS G., *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général* in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XXVIII, Economica, 1977, p.5

MITCHELL L. E., *La Firme irresponsable...*, Economica, coll. Gestion, 2003

MORETEAU O., *La responsabilité du fait d'autrui* in *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2011, p.160

PEREZ J.-M., *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, Rev. sociétés 2003, p.205

- SLIM H.**, *Recherche sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé*, RCA hors-série novembre 2000, p.52
- STELKENS U.**, *Le développement de la responsabilité administrative en droit allemand*, http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2009/Contribution_Ulrich_Stelkens_nov_09.pdf
- TREITEL G. H.**, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, 13^{ème} éd., 2011
- VARALLO G., DEISBACH D.**, *Fundamentals of Corporate Governance : A guide for Directors and Corporate Counsels*, Section of Business Law, American Bar Association, 1996
- VON BRINZ A.**, *Der Begriff Obligatio*, Grünhuts zeitschrift, 1874
- WINIGER B.** (éd. par), *La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révisions nationales et principes européens*, Schulthess, 2008

VI. Dictionnaires et encyclopédies

Le Robert, Dictionnaire de la langue française
Lexique des termes juridiques, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012

- ARNAUD A.-J.**, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011
- COSNARD M.**, *Immunité*, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, coll. Quadrige, 2003
- ROLAND H. et BOYER L.**, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999

A. Juris-Classeur

- ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, *Régime général : Accidents du travail et maladies professionnelles. Historique. Domaine d'application*, J.-Cl. Protection sociale Traité, fasc. 304, 2012
- BENABENT A.**, *Sous-traitance. Sous-traitance des marchés des personnes privées*, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc.1450, 2001
- GUYON Y., LE BARS B.**, *Administration. Responsabilité civile des administrateurs*, J.-Cl. Société Traité, fasc. 132-10, 2010
- JEANDIDIER W.**
- *Administration. Abus de biens, de crédit, de pouvoirs ou de voix*, J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 132-20, 2011
 - *Vol*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, 2005
- JOURDAIN P.**, *Droit à réparation. Responsabilité fondée sur la faute. Faits justificatifs*, Fasc. 121-20, J.-Cl. Civil code, 2012
- LE TOURNEAU P.**, *Contrats et obligations. Classification des obligations. Principe de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, J.-Cl. Civil code, fasc.20, 2007

Bibliographie

- LUCAS F.-X.**, *Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes*, J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 15-10, 2008
- MARECHAL J.-Y.**, *Responsabilité pénale des personnes morales*, J.-Cl. Pénal, fasc. 10, 2009
- NORMAND J.**, *Principes directeurs du procès. Office du juge. Détermination des éléments de l'instance. Les parties. L'objet du litige*, J.-Cl. Proc. civ., fasc. 151, 2010
- SAINT-PAU J.-C.**, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, J.-Cl. Responsabilité civile, fasc.171-10, 2003
- SALVAGE P.**, *Principe de la responsabilité personnelle*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, 2008
- SEGONDS M.**, *Corruption active et passive de personnes n'exerçant pas une fonction publique*, J.-Cl. Pénal, fasc. 20, 2006
- VINCENT F.**, *Responsabilité sans faute*, J.-Cl. Administratif, fasc. 824, 2008

B. Répertoire Dalloz

- AMIEL-COSME L.**, *Rémunération des dirigeants sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, 2012
- AUBREE Y.**, *Contrat de travail (Existence-Formation)*, Rép. Trav. Dalloz, 2011
- BOULOC B.**, *Abus de biens sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, 2012
- CADIET L., LE TOURNEAU P.**, *Abus de droit*, Rép. civ. Dalloz, 2012
- CERF-HOLLENDER A.**, *Droit pénal du travail*, Rép. Trav. Dalloz, 2012
- CHAUVEL P.**, *Commissionnaire*, Rép. Com. Dalloz, 2012
- GAUDEMET P. M.**, *Immunités*, Rép. pén. Dalloz, 1968
- JULIEN J.**, *Responsabilité du fait d'autrui*, Rép. civ. Dalloz, 2012
- LE TOURNEAU P.**
- *Gestion d'affaires*, Rép. civ. Dalloz, 2012
 - *Mandat*, Rép. civ. Dalloz, 2012
- MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Recel de malfaiteur*, Rép. pén. Dalloz, 2009
- REBUT D.**, *Abus de biens sociaux*, Rép. pén. Dalloz, 2011
- SAVATIER J.**, *Droit disciplinaire*, Rép. trav. Dalloz, 2012
- WICKER G.**, *Personne morale*, Rép. civ. Dalloz, 2012

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Conseil constitutionnel

CC 18 juin 2010, RCA 2010, comm. 176, H. GROUDEL ; JCP 2010, 1015, obs. C. BLOCH

Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, *Blanco*, R. 61, concl. R. DAVID
TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, GAJA n°2 ; D. 1874, p.5, concl. R. DAVID
TC, 26 mai 1954, *Moritz*, R. 708 ; S. 1954, p.85, concl. LETOURNEUR ; JCP A 1954, n°8334, note G. VEDEL ; D. 1955, p.385, note R. CHAPUS

Cour de cassation – Assemblée plénière / Chambres réunies

Ch. Réunies, 9 mars 1960, D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE
AP, 10 juin 1977, D. 1977, p.465, note C. LARROUMET ; JCP 1977, II, 18730, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1977, p.774, obs. G. DURRY
AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS. RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS
AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et chron. p.143, Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET
AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN
AP, 25 février 2000, arrêt *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 26 janvier 1948, D. 1948, p.485, note G. RIPERT
Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261, RTD civ. 1968, p.149, obs. G. DURRY
Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108
Civ. 1, 31 mai 1978, B. n°213
Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53
Civ. 3, 17 mars 1999, RTD com. 1999, p.690, obs. M.-H. MONSIERE-BON
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439
Civ. 2, 13 octobre 2011, n° 10-15649
Civ. 2, 4 avril 2012, n° 11-10308

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 28 novembre 1961, JCP 1962, II, 12504, note J.R. ; RTD com. 1962, p.425, obs. P. RODIERE
Com. 8 mars 1982, Rev. sociétés 1983, p.573, note Y. GUYON
Com. 4 octobre 1988, arrêt *Lepoivre*, Rev. sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN
Com. 22 janvier 1991, RFC mai 1991, p.62 note P.REIGNE
Com. 12 octobre 1993, arrêt *Rochas*, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT
Com. 27 janvier 1998 arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.392, note J.-C. HALLOUIN ; D. 1998, p.605, note D. GIBIRILA ; Bull. Joly 1998, § 173, note P. LE CANNU
Com. 13 mars 2001, JCP E 2001, p.953 note A. Viandier
Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, p.1502, obs. A. LIENHARD et p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

Com. 22 novembre 2005 (2 espèces) n°03-18.651, JurisData n°2005-030933 et n°03-19.860, JurisData n°2005-030920 ; Rev. sociétés 2006, p.526, note L. Godon

Com. 6 novembre 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 27, obs. R. MORTIER

Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 27 novembre 1958 D. 1959, p.20, note R. LINDON ; JCP 1959, II, 11143, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE ; RTD civ. 1959, p.753, note J. CARBONNIER ; RTD civ. 1959, p.731, note H. et L. MAZEAUD

Soc. 6 janvier 1972, RTD civ. 1972, p.600, obs. G. DURRY

Soc. 9 avril 1975, B. n°174 ; RTD civ. 1976, p.137, obs. G. DURRY

Juridictions du fond

CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, note P. MERLE

CA Paris 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, note P. MERLE ; JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER

Conseil d'Etat

CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, R. 707

CE 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, R. 45 ; AJDA 2005, p. 663, note ROUAULT ; RTD civ. 2005, p.585, note J. HAUSER

PARTIE 1. L'ANALYSE CONCEPTUELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

Titre 1. Le cadre de la faute de fonction

Chapitre 1. Le cadre induit de la faute de fonction

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53

Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 13 mars 2001, JCP E 2001, p.953 note VIANDIER

Com. 22 novembre 2005 (2 espèces) n°03-18.651, F-D : JurisData n°2005-030933 et n°03-19.860, F-D : JurisData n°2005-030920 ; Rev. Sociétés 2006, p.526 note L. GODON

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 6 janvier 1972, RTD civ. 1972, p.600, obs. G. DURRY

Soc. 9 avril 1975, B. n°174 ; RTD civ. 1976, p.137, obs. G. DURRY

Juridictions du fond

CA Paris, 14 mai 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, § 263, note P. MERLE ; JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER

CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly Sociétés 2005, § 293, note P. MERLE

Section 1. La nature des liens personnels

§ 1. La nature du lien personnel envisagé dans la sphère interne

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 19 janvier 1927, DP 1928, p.17, note R. SAVATIER

Civ. 4 mai 1937, DH 1937, p.363

Civ. 2, 9 février 1967, RTD civ. 1967, p.634, obs. G. DURRY

Civ. 1, 26 janvier 1971, B. n°29

Civ. 2, 24 février 1971, B. n°62

Civ. 1, 4 janvier 1974, D 1974, p.461

Civ. 2, 11 octobre 1989, B. n°175

Civ. 1, 10 mai 1995, B. n°194

Civ. 1, 26 mai 1999, D. 1999, p.719, note E. SAVATIER ; JCP 1999, II, 10112, rapport

P. SARGOS ; RTD civ. 1999, p.634, obs. P. JOURDAIN
Civ. 2, 26 octobre 2000, JCP 2000, IV, n°2834

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 novembre 1953, JCP 1954, II, 8134
Com., 26 avril 1969, B. n°146
Com. 24 janvier 2006, RTD civ. 2006, p. 327, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2006, IV, 1334

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 5 mai 1983, JCP 1983 IV p.214
Soc. 15 décembre 1983, B. n°626
Soc. 30 janvier 1985, RTD civ. 1986, p.132, obs. J. HUET

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 15 février 1972, D. 1972, p.368 ; JCP 1972, II, 17159, note D. MAYER
Crim. 16 avril 1975, B. n°96
Crim. 28 février 1983, LPA, 8 juin 1984, p.37
Crim. 13 décembre 1983, B. n°342
Crim. 30 juin 1987, B. n°278
Crim. 14 juin 1990, D. 1990, IR, p.208
Crim. 5 mars 1992, B. n°101 ; RTD civ. 1993, p.137, obs. P. JOURDAIN

Juridictions du fond

CA Paris, 7 mai 1987, D.1987, IR, p.143
CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly, 1999, § 123, note J-F BARBIERI

§ 2. La nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe

A. La nature controversée du lien organique envisagé dans la sphère externe

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 5 février 1991, B. n°45 ; Rev. sociétés 1991, p.773 note D. RANDOUX

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 21 janvier 1997, B. n°26

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 6 janvier 1972, RTD civ. 1972, p.600, obs. G. DURRY
Soc. 23 janvier 1990, Rev. sociétés 1990, p.444, note R. VATINET ; Dr. Soc. 1990, p.322, note J. SAVATIER
Soc. 17 avril 1991, JCP 1992, II, 21856, note H. BLAISE

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 1^{er} février 1972, JCP 1973, II, 17304
Crim. 9 novembre 1999, B. n°252 ; RSC 2000, p.600, obs. B. BOULOC

Crim. 14 décembre 1999, B. n°306 ; RSC 2000, p.600, obs. B. BOULOC
Crim. 30 mai 2000, B. n°206 ; RSC 2000, p.816, obs. B. BOULOC
Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC

Juridictions du fond

Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT
CA Paris, 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, note P. MERLE – JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER
CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, note P. MERLE

B. La nature ignorée du lien de préposition envisagé dans la sphère externe

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 27 mai 1986, B. n°134

Civ. 1, 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET
Civ. 1, 7 octobre 1992, JCP 1993, II, 22071, note F. CHABAS
Civ. 1, 14 mars 1995, RJDA 1995, n°934
Civ. 1, 2 avril 1997, RTD civ. 1997, p.665, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 17 novembre 1981, JCP 1982, II, 19811, note
D. TARDIEU-NAUDET

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 5 mars 1981, B. n°196

Juridictions du fond

CA Amiens, 24 mai 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. 642,
note D. TARDIEU-NAUDET

Section 2. Les sources des liens personnels

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 28 avril 1955, B. n°219
Civ. 2, 21 février 1979, D.1979, IR, p.350
Civ. 1, 17 juillet 1979, D. 1980, IR, p.114
Civ. 2, 26 février 1986 B. n°26
Civ. 1, 27 mai 1986, B. n°134
Civ. 1, 17 décembre 1996, B. n°463 ; D. 1997, p.
288, obs. P. DELEBECQUE
Civ. 1, 16 décembre 1997, D. 1998, p.580, obs. M.
VIALA
Civ. 1, 10 décembre 2002, D. 2003, p.510, concl. J.
SAINTE-ROSE
Civ. 2, 12 mai 2010, n°08-20463

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 6 octobre 1981, JCP 1982, II, 1989, note G.
NOTTE
Com. 21 mars 1995, B. n°98

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 21 juillet 1986, B. n°421

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 11 janvier 1972, B. n°14
Crim. 22 mars 1988, B. n°142, RTD civ. 1988,
p.774, obs. P. JOURDAIN
Crim. 14 juin 1990, D. 1990, IR, 208
Crim. 7 avril 1999, Dr. pén. 1999, comm. 131, obs.
J.-H. ROBERT
Crim. 12 septembre 2000, TPS 2001, n°5

Section 3. L'objet du lien personnel

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 8 mai 1964, B. n°356
Civ. 1, 24 février 1969, B. n°80
Civ. 2, 26 octobre 2000, JCP 2000, IV, 2834

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 9 novembre 1993, Rev. sociétés 1994, p.321,
note P. LE TOURNEAU

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 11 avril 1983, Rev. sociétés 1983, p.817, note
W. JEANDIDIER

Conseil d'Etat

CE, 29 septembre 1989, RJF 11/89, n°1216
CE, 10 janvier 1990, req. n°61-989

Chapitre 2. Le cadre déduit de la faute de fonction

Tribunal des conflits

TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ Centre régional des
œuvres universitaires et scolaires de Lyon*,
D. 1996, p.598, note Y. SAINT-JOURS

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C.
LARROUMET

AP, 25 février 2000, arrêt *Costedoat*, D. 2000,
p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P.
BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R.
KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I,
241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron.
11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C.
RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P.
JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, note T. MASSART ; RTD civ. 2003, p.832, note B. BOULOC ; Dr. pén. 2003, comm. 103, J.-H. ROBERT

Conseil d'Etat

CE, Sec., 4 juin 1954, R. 342 et R. 344, concl. CHARDEAU

Section 1. Un cadre fonctionnel

§ 1. Une situation fonctionnelle

Cour de cassation – Chambres réunies / Assemblée plénière

Ch. Réunies, 5 avril 1913, D. 1914, p.65, rapp. FALCINIAIGRE, concl. SARRUT
Ch. Réunies, 15 juillet 1941, JCP 1941, II, 1705, note J. MIHURA
AP, 29 juin 2001, D. 2001, p.2907, note J. PRADEL ; JCP 2000, II, 10569, note M.-L. RASSAT
AP, 24 juin 2005, D. 2005, p.2375, note Y. SAINT-JOURS

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Req. 15 décembre 1825, S. 1826, p.298.

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 14 décembre 1836, S. 1837, p.88
Civ. 2, 28 avril 1955, B. n°219
Civ. 1, 16 novembre 1955, JCP 1956, II, 9087, note P. ESMEIN
Civ. 1, 1^{er} décembre 1969, D. 1970, p.422, note PUECH, JCP 1970, II, 16445, note AUBERT
Civ. 3, 1^{er} juillet 1971, D. 1972, p.436, note C. LARROUMET
Civ. 3, 16 octobre 1973, B. n°529
Civ. 2, 31 mai 1976, D. 1976, IR, p.255
Civ. 3, 15 décembre 1976, B. n°465
Civ. 1, 17 juillet 1979, D. 1980, IR, 114
Civ. 1, 27 octobre 1981, B. n°315 ; RTD civ. 1982, p.616, note P. REMY
Civ. 2, 26 février 1986, B. n°26
Civ. 1, 31 janvier 1995, B. n°59 ; Dr. et pat. 1995, n°980, obs. BENABENT
Civ. 1, 17 janvier 2006, B. n°17
Civ. 2, 2 mai 2007, JCP S, 1529

CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956, p.759, concl. P. LAURENT

CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, RFDA 1996, p.850

CE, 26 juin 1996, *Commune de Cereste c/ M. Moreshi et autres*, R. 246

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 28 février 2002, RTD civ. 2002, p.310, note P. JOURDAIN ; D. 2002, p.2696, note X. PRETOT.
Soc. 11 avril 2002, D. 2002, p.2215, note Y. SAINT-JOURS
Soc. 2 juillet 2002, n°00-13111, Dr. soc. 2002, p.998
Soc. 24 juin 2005, D. 2005, p.2565, note A. BUGADA
Soc. 28 février 2006, JCP S 2006, 1278, note P. SARGOS
Soc. 21 juin 2006, B. n°223 ; D. 2006, p.2831, note M. MINE
Soc. 3 février 2010, B. n°30 ; JCP S 2010, act.83
Soc. 6 octobre 2010, JCP S 2011, 1043, note P.-Y. VERKINDT

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 12 octobre 1976, B. n°287
Crim. 23 mai 1995, B. n°193
Crim. 30 juin 1999, D. 2000, p.181, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE
Crim. 25 juin 2002, D. 2002, p.3099, note J. PRADEL ; RSC 2003, p.95, obs. Y. MAYAUD
Crim. 4 mai 2004, D. 2004, p.3097, note J. PRADEL

Juridictions du fond

CA Toulouse, 10 juillet 1810, Journal du Palais 1810, p.450
CA Rennes, 10 juin 1993, JurisData n°047088
CA Aix-en-Provence, 10 mai 2001, D. 2002, p.2299

§ 2. Des prérogatives fonctionnelles

A. Les obstacles à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles

- L'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien

Cour de cassation – Chambres réunies

Ch. réunies, 2 décembre 1941, arrêt *Cons. Connot c/ Franck*, D. 1942, p.25, rapp. LAGARDE, note G. RIPERT ; S. 1941, p.217, note H. MAZEAUD

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 16 juin 1896, *Teffaine*; S. 1897, p.17, ESMEIN ; DP 1897, p.433, concl. SARRUT et note SALEILLES

Civ. 2 mai 1911, DP 1911, p.367, note R. SAVATIER

Civ. 21 janvier 1919, D. 1922, p.25, 1^{ère} et 3^{ème} espèces, note G. RIPERT

Civ. 16 novembre 1920, D. 1920, p.169, note R. SAVATIER

Civ. 15 mars 1921, D. 1922, p.25, 1^{ère} et 3^{ème} espèces, note G. RIPERT

Civ. 12 janvier 1927, D. 1927, p.145, note R. SAVATIER

Civ. 27 février 1929, DP 1929, p.129, note G. RIPERT

Civ. 3 mars 1936, *Franck*, D. 1936, p.81, note R. CAPITANT

Civ. 30 décembre 1936, D. 1937, p.5, note R. SAVATIER

Civ. 29 décembre 1947, D. 1948, p.127

Civ. 26 janvier 1948, DP 1948, p.485, note G. RIPERT

Civ. 2, 10 mars 1971, D. 1971, p.540

Civ. 2, 23 novembre 1972, B. n°296

Civ. 2, 28 mars 1974, B. n°115

Civ. 2, 8 novembre 1976, B. n°298

Civ. 2, 20 décembre 1977, D.1978, IR, p.203, obs. C. LARROUMET

Civ. 2, 15 mars 2001, inédit, pourvoi n°99-1726

Civ. 2, 3 mars 2011, RCA 2011, comm. 205

Section 2. Un cadre fonctionnel déterminé

§ 1. Les classifications opérantes

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 4 mars 1983, D. 1983, p.381, concl. J. CABANNES

AP, 13 décembre 2002, D. 2003, p.231, note P. JOURDAIN ; JCP 2003, II, 10010, note HERVIO-LELONG

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 19 février 1997, arrêt *Bertrand*, D. 1997, p.265, note P. JOURDAIN ; JCP 1997, II, 22848, concl. KESSOUS, note G. VINEY

Civ. 2, 25 février 1998, D. 1998, p.315, concl. R. KESSOUS ; RTD civ. 98, p.345, J. HAUSER ; JCP G 98, II, 10149, note G. VINEY

Civ. 2, 10 mai 2001, arrêt *Levert*, D. 2001 p.2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND ; JCP 2001, II, 10613, note J. MOULY

Civ. 2, 7 octobre 2004, D. 2005 p.819, note M. HUYETTE ; RTD civ. 2005, p.102, note J. HAUSER

Civ. 2, 29 mars 2006, B. n°96

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001, p.228, note A. JEAMMAUD

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 mars 2000, RTD civ. 2000, p.545, note J. HAUSER, RJPF, 2000, n°7-8, p.19, note F. CHABAS

§ 2. Le cadre fonctionnel de l'entreprise

Cour de cassation – Chambres civiles

Index de jurisprudence

Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD.

civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

- L'approche institutionnelle de l'entreprise

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 9 mai 1990, B. n°210

Soc. 15 mai 1991, Dr. soc. 1991 p.619, rapp. P. WACQUET, concl. P. FRANCK, spé. p.624, 1^{er} arrêt

Juridictions du fond

CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 *bis*, concl. P. NEPVEU ; D. 1968, p. 45, R. CONTIN

- L'approche matérielle de l'entreprise

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 12 mars 2002, D. 2002, p.1199, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2002, p.498, obs. M.-H. MONSERIE-BON

- La réalité économique de l'entreprise

Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 23 avril 1991, aff. C. 41/90, Rec. p.I-1979
CJCE, 17 février 1993, *Poucet*, aff. C. 159 et 160-91, Rec. p.I-664
CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C. 364/92, Rec. p. I-43
CJCE, 16 novembre 1995, *Féd. des sociétés d'assurance*, aff. C. 244/94, Rec. p. I-4013
CJCE, 24 octobre 1996, *Viho c/ commission*, aff. C.73/95, Rec. p. I-5482
CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, aff. C-13/95, Rec. I, p.1259

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 9 avril 1975, B. n°174 ; RTD civ. 1976 p.137, obs. G. DURRY

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 15 octobre 1979, JCP 1979, IV, 378

Juridictions du fond

CA Aix-en-Provence, 28 octobre 1969, RTD com. 1970, p.444

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53
Civ. 1, 12 mars 2002, D. 2002, p.1199, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2002, p.498, obs. M.-H. MONSERIE-BON
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX

Conseil d'Etat

CE, 14 mars 1979, R. 117
CE, 29 janvier 1982, R. 41
CE, 15 mai 1992, *Sté Basalt réfractaire*, req. n°70906
CE, 20 juin 2003, *Sté Interhome AG*, req. n°224407

- La réalité sociale de l'entreprise

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 16 mars 1990, D. 1990, p.305, note A. LYON-CAEN

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 19 décembre 1972, D. 1973, p.381, note M. DESPAX
Soc. 8 avril 1992, RJS 92, n°757
Soc. 23 octobre 2007, JCP S 2007, 1232, note P. MORVAN

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 23 avril 1970, B. n°144
Crim. 16 mars 1971, B. n°88 ; RSC 1971, p.943, obs. G. LEVASSEUR

Titre 2. La définition de la faute de fonction

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 24 janvier 1996, B. n°6
Civ. 2, 28 mai 2009; D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ;

JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. 11, H. GROUDEL

Chapitre 1. La définition induite de la faute de fonction

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730
AP, 25 février 2000, arrêt *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN
AP, 14 décembre 2001, arrêt *Cousin*, concl. M. DE GOUTTES, LPA, 24 février 2002, p.125 ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84 ; JCP 2000, I, 280, n°3, obs. G.VINEY
Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004 comm. 250, H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX
Civ. 2, 16 juin 2005, B. n°158 ; JCP 2006, I, 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA 16 avril 2007, p.15, note R. CHAABAN

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Req. 8 mai 1940, Gaz. Pal. 1940, 2, 85 ; JCP 1941, II, 1610

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 23 avril 1985, B. n°124
Com. 12 octobre 1993, arrêt *Rochas*, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 ; RTD civ. 1968, p.149, obs. G. DURRY
Civ. 1, 23 février 1972, JCP 1972, II, 17135
Civ. 1, 16 novembre 1976, B. n°351
Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108
Civ. 2, 24 mars 1980, B. n°71
Civ. 2, 2 octobre 1980, B. n°199
Civ. 1, 16 novembre 1982, B. n°331
Civ. 1, 27 mai 1986, B. n°134
Civ. 1, 18 janvier 1989, B. n°19
Civ. 1, 7 juillet 1998, B. n°239

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 16 décembre 1976, B. n°690

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 16 décembre 1948, B. n°291
Crim. 5 novembre 1953, arrêt *Nigro*, D. 1953, p.698 ; RTD civ. 1954, p.92, obs. H. et L. MAZEAUD ; JCP 1953, II, 7818 bis, note R. MEURISSE
Crim. 26 février 1956, JCP 1956, II, 9304, note G. DE LESTANG
Crim. 21 décembre 1971, B. n°366

Index de jurisprudence

Crim. 3 février 1972, B. n°144
Crim. 24 janvier 1983, B. n°27
Crim. 14 octobre 1991, Rev. sociétés 1992, p.782,
note B. BOULOC
Crim. 23 janvier 2001, B. n°21

Juridictions du fond

CA Paris, 30 janvier 1970, JCP 1971, II, 16592
TGI Roanne, 29 avril 1986, JCP 1987, II, 20787,
note G. BONNET
CA Paris, 13 novembre 1996, Dr. sociétés 1997,
comm. 39, note T. BONNEAU

CA Reims, 28 octobre 1998, RTD com. 1999,
p.886 ; RTD com. 2001, p.454
CA Aix-en-Provence, 20 septembre 2000, JCP E
2001, p.1364 ; D. 2002, p.1821, note R.
BESNARD GOUDET
CA Paris, 22 mars 2002, Dr. sociétés 2002, comm.
178, note J. MONNET
CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006, II,
10168, note C.-A. MAETZ

Section 1. Les critères de rattachement de la faute à la fonction

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 10 juin 1977, JCP 1977, II, 18730, concl.
GULPHE
AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F.
CHABAS ; RTD civ. 1983, p.749, note G.
DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 14 juin 1957, D. 1958, p.53, note R.
SAVATIER

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 novembre 1953, arrêt *Nigro*, D. 1953,
p.698 ; RTD civ. 1954, p.92, obs. H. et L.
MAZEAUD ; JCP 1953, II, 7818 bis, note R.
MEURISSE

§ 1. Les critères objectifs de rattachement de la faute

A. Le critère actuellement commun

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 15 janvier 1872, D. 1872, p.166
Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 ; RTD civ. 1968,
p.149, obs. G. DURRY
Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108
Civ. 2, 12 juillet 1989, B. n°150
Civ. 2, 28 février 1996, B. n°53

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 13 mai 1980, B. n°144
Crim. 4 août 1984, B. n°270
Crim. 4 janvier 1996, B. n°6
Crim. 23 janvier 2001, B. n°21 ; RCA 2001, comm.
212, obs. H. GROUDEL

B. Les critères possiblement communs

1. Un contexte fonctionnel

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2 mars 1903, DP 1903, p.273
Civ. 2, 14 juin 1957, D. 1958, p.53, note R.
SAVATIER
Civ. 2, 19 janvier 1994, B. n°34

Civ. 2, 22 mai 1995, B. n°154 ; JCP 1995, I, 3893,
n°12, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1996, p.181,
obs. P. JOURDAIN
Civ. 2, 22 janvier 1997, B. n°21 ; RCA 1997,
comm. 123

Civ. 2, 3 juin 2004, RTD civ. 2004, p.742, note P. JOURDAIN

Civ. 2, 16 juin 2005, RCA 2005, comm. 243

Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2001, comm. 202

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 12 janvier 1993, Bull. Joly 1993, § 93, note J.-F. BARBIERI

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 4 novembre 1970, D. 1970, p.621, note J.-J. DUPEYROUX

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 2 novembre 1971, D. 1973, p.21, C. LARROUMET

Crim. 30 juin 1987, B. n°277

Crim. 8 février 1990, RCA 1990, comm. 143

Crim. 25 mars 1998, B. n°113

Crim. 16 février 1999, B. n°23 ; RTD civ. 1999, p.409, obs. P. JOURDAIN ; Dr. pén. 2000, chron. 9

Crim. 19 février 2003, B. n°43 ; Dr. pén. 2003, comm. 87, J.-H. ROBERT

Crim. 12 janvier 2011, n°09-88508 ; RCA 2011, comm. 134

Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL

2. Le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku* : série A n°141A

Conseil constitutionnel

CC, 16 juin 1999, n°99-411 DC, JO 19 juin 1999, p.9019

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 2 décembre 1997, JCP 1998, II, 10023, rapp. F. DESPORTES ; JCP E 1998, p.948, obs. P. SALAVAGE ; RSC 1998, p.536, obs. B. BOULOC ; Bull. Joly 1998, § 512, note J.-F. BARBIERI ; D. 1999, p.152, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE

Crim. 1^{er} décembre 1998, D. 2000, p.34, note M.-A. HOUTMANN ; RSC 1999, p.336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ;

Crim. 18 janvier 2000, D. 2000, p.636, note J.-C. SAINT-PAU ; Bull. Joly 2000, § 194, obs. P. DELEBECQUE ; Dr. pén. 2000, comm. 72, obs. M.VERON ; JCP 2000, II, 10395, note F. DEBOVE

Crim. 21 mars 2000, Dr. pén. 2000, comm. 131, obs. M. VERON

Crim. 30 mai 2000, B. n°206

Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC

Crim. 6 avril 2004, Dr. pén. 2004, comm. 108, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 24 mai 2005, Dr. pén. 2005, comm. 151, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 13 septembre 2005, n°04-87653

Crim. 23 mai 2006, Dr. pén. 2006, comm. 128, obs. M. VERON

Crim. 20 juin 2006, JCP 2006, II, 10199, note E. DREYER ; D. 2007, p.617, note J.-C. SAINT-PAU ; Dr. pén. 2006, comm. 128, obs. M.VERON ; RSC 2006, p.825, obs. Y. MAYAUD

Crim. 26 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 135, obs. M. VERON

Crim. 29 janvier 2008, n°07-80264

Crim. 25 juin 2008, Dr. pén. 2008, comm. 140, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2009, p.89, obs. E. FORTIS ; RPDP 2008, p.859, obs. P. BONFILS, Rev. sociétés 2008, p.873, note H. MATSOPOULOU

Crim. 28 janvier 2009, Dr. pén. 2009, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 24 mars 2009, Dr. pén. 2009, comm. 84, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 1^{er} décembre 2009, Dr. pén. 2010, comm. 74, obs. M. VERON

Crim. 16 décembre 2009, Gaz. Pal. 24 mars 2010, p.20, obs. S. DETRAZ

Crim. 23 février 2010, Dr. pén. 2010, comm. 73, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 15 février 2011, Dr. pén. 2011, comm. 62, obs. M. VERON

Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p.8, note J.-C. SAINT-PAU

Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP 2012, 740, note J.-H.

ROBERT

§ 2. Les critères subjectifs de rattachement de la faute

A. L'état d'esprit de l'auteur

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 mai 1999, Bull. Joly 1999, § 284, note L. GODON sous § 285
Com. 13 décembre 2005, n°04-11020

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 14 juin 1990, B. n°245
Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002, comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B. BOULOC

Crim. 16 février 2010, 1^{ère} espèce, Dr. pén. 2010, comm. 74, note M. VERON
Crim. 7 septembre 2010, n°09-86247

Juridictions du fond

Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 71, obs. J.-H. ROBERT ; JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT
TGI Bastia, 3 juin 1997, RSC 1998, p.99, obs. Y.MAYAUD
CA Caen, 17 décembre 1997, Dr. pén. 1998, comm. 82, obs. M. VERON

B. L'état d'esprit de la victime

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 13 décembre 1962, JCP 1963, II, 13105, note P.ESMEIN ; D. 1963, p.277, note J. CALAIS-AULOY ; RTD civ. 1963, p.572, obs. G. CORNU ; RTD com. 1963, p.333, note R. HOUIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 8 février 1967, B. n°56
Civ. 2, 17 juillet 1968, B. n°216 ; RTD civ. 1969, p.332, G. DURRY
Civ. 2, 11 juillet 1979, B. n°212
Civ. 2, 7 novembre 1990, B. n°226
Civ. 2, 10 mai 1991, n°90-12858, inédit
Civ. 2, 11 juin 1992, RTD civ. 1993, p.371, note P. JOURDAIN

Civ. 2, 23 juin 1993, B. n°232
Civ. 2, 7 juillet 1993, B. n°249 et 250
Civ. 2, 19 janvier 1994, B. n°34
Civ. 2, 29 mai 1996, B. n°118
Civ. 2, 21 mai 1997, B. n°154
Civ. 2, 19 novembre 1997, B. n°279
Civ. 2, 14 janvier 1998, B. n°15
Civ. 2, 29 avril 1998, B. n°143
Civ. 2, 24 juin 1998, B. n°225
Civ. 2, 22 mai 2003, B. n°156
Civ. 2, 1^{er} juin 2011, n°10-10846, inédit

Section 2. Les critères de détachement de la faute

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS ; RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS
AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L.

AUBERT et p.143, chron. Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 10 juin 1999, RCA 1999, comm. 288, obs. H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P.

JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 24 mars 1939, DH 1939, p.310
Crim. 4 août 1984, B. n°270

§ 1. Les critères de détachement absolu

**Cour de cassation – Chambres réunies /
Assemblée plénière**

Ch. Réunies, 9 mars 1960, D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE
AP, 10 juin 1977, D. 1977, p.465, note C. LARROUMET ; JCP 1977, II, 18730, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1977, p.774, obs. G. DURRY
AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS . RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS

AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, chron. Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET
AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN

A. Le détournement de la fonction

**Cour de cassation – Chambres réunies /
Assemblée plénière**

Ch. Réunies, 9 mars 1960, D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE
AP, 10 juin 1977, D. 1977, p.465, note C. LARROUMET ; JCP 1977, II, 18730, concl. P. GULPHE ; RTD civ. 1977, p.774, obs. G. DURRY
AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS . RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS
AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, chron. Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET
AP, 19 mai 1988, D. 1988, p.513, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1989, p.88, obs. P. JOURDAIN

Req., 3 avril 1933, DP 1934, p.5, note L. JOSSERAND

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 14 juin 1957, D. 1958, p.53, note R. SAVATIER
Civ. 1, 16 mai 1979, RTD civ. 1979, p.610, obs. G. DURRY
Civ. 2, 7 décembre 1983, D. 1984, p.170, 2^{ème} espèce, note C. LARROUMET
Civ. 1, 8 décembre 1987, D. 1988, p.389 et s., note J.-L. AUBERT
Civ. 1, 11 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET
Civ. 1, 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET
Civ.2, 17 mars 1993, B. n°117 ; RCA 1993, comm. 187, obs. S. BERTOLASO
Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Req., 3 mars 1884, S. 1885, p.21
Req., 5 décembre 1923, DH 1924, p.49

Cour de cassation – Chambre commerciale

Index de jurisprudence

Com. 1^{er} février 1994, Rev. sociétés 1995, p.281,
note CHARTIER ; JCP 1995, II, 22432, note D.
GIBIRILA
Com. 13 mars 2001, JCP E 2001, p.954, note A.
VIANDIER
Com. 22 novembre 2005, Rev. Sociétés 2006,
p.526, note L. GODON

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 février 1915, D.1919, p.8
Crim. 23 novembre 1928, D.1930, p.80

Crim. 8 décembre 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, p.125
Crim. 27 octobre 1983, D. 1984, p.170, 1^{ère} espèce,
note C. LARROUMET
Crim. 23 juin 1988, B. n°289, arrêts n°7, 8, 9
Crim. 16 février 1999, B. n°23 ; RTD civ. 1999,
p.409, obs. P. JOURDAIN ; Dr. pén. 2000,
chron. 9, D. KERSSENT

B. Le dépassement de la fonction

Cour de cassation – Chambre mixte

Ch. mixte, 10 juillet 1981, Rev. sociétés 1982, p.84,
note C. MOULY

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 15 janvier 1872, D. 1872, p.166
Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004, comm. 250, H.
GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P.
JOURDAIN
Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 24 février 1987, Rev. sociétés 1987, p.407,
note Y. GUYON
Com. 15 octobre 1991, B. n°298 ; Dr. sociétés
1992, comm. 14, note H. LE NABASQUE ;
Rev. sociétés 1992, p.57, note Y. GUYON
Com. 7 juin 1994, RTD civ.1995, p.127
Com. 8 décembre 1998, Bull. Joly 1999, § 113,
note P. LE CANNU ; JCP E 1999, p.668, n°6,
obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; RTD
com. 1999, p.445, obs. B. PETIT et Y.
REINHARD

Com. 4 mai 1999, Bull. Joly 1999, § 284, note
L.GODON sous § 285
Com. 5 novembre 2002, B. n°157

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 30 janvier 2007, n°06-83405

Juridictions du fond

CA Paris, 9 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p.475,
note Y. GUYON ; JCP E 1991, I, n°22, spé.
n°5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
CA Paris, 1^{er} avril 1992, Rev. sociétés 1992, p.558,
obs. Y. GUYON
CA Paris, 25 juin 1996, D. 1997, p.261, obs. M.
CABRILLAC
CA Lyon, 13 novembre 1996, D. 1998, p.250, note
R. MICHA-GOUDET et Y. REINHARD
CA Paris, 3 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 356, note
P. LECANNU
CA Lyon, 25 septembre 1998, Bull. Joly 1999,
§ 255, note P. SCHOLER

§ 2. Les critères de détachement relatif

A. L'identification des critères de détachement relatif

1. La détachabilité de la faute de fonction

a. La possibilité d'une détachabilité commune

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN
AP, 14 décembre 2001, *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 22 novembre 1978, B. n°246
Civ. 1, 30 octobre 1995, JCP 1996, I, 3944, n°13, obs. G. VINEY
Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84 ; JCP 2000, I, 280, n°3, obs. G.VINEY

Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p.2125, note J.-B. LAYDU

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 12 octobre 1993, arrêt *Rochas*, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; RCA 2006, comm. 289, obs. H. GROUDEL ; JCP S 2006, 1448, note J.-F. CESARO ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY
Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007, ét. 13, A. VIALARD
Crim. 12 novembre 2008, RSC 2009, comm. 5, obs. H. GROUDEL

b. La réalité d'une détachabilité commune

a. La détachabilité à raison de la gravité de la faute du dirigeant

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53
Civ. 1, 6 octobre 1998, n°95-12519, RJDA 1998, n°1362
Civ. 3, 17 mars 1999, B. n°78 ; D. 1999, p.264, obs. P. DELEBECQUE
Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, note A. COURET ; RTD civ. 2000, p.342, note P. JOURDAIN ; JCP 2000, II, 10241, concl. C. PETIT
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX
Civ. 1, 16 novembre 2004, n°02-21615, Bull. Joly 2005, § 72, note B. DONDERO
Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, AJ p.231, obs. A. LIENHARD

Civ. 3, 11 janvier 2012, Bull. Joly 2012, § 255, note B. DONDERO

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 octobre 1988, arrêt *Lepoivre*, Rev. sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN
Com. 27 janvier 1998, arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.392, note J.-C. HALLOUIN ; D. 1998, p.605, note D. GIBIRILA ; Bull. Joly 1998, § 173, note P. LE CANNU
Com. 28 avril 1998, *Vergnet*, Bull. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP E 1998, p.1258, note Y. GUYON, JCP G 1998, II, 10177, note D. OHL, D. aff. 1998, p.1008, obs. A.L. ; RTD civ. 1999, p.99, obs. J. MESTRE, Rev. Sociétés 1998, p.767, note B. SAINTOURENS
Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999,

I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI
Com. 12 janvier 1999, Bull. Joly 1999, § 183, note B. SAINTOURENS
Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ, p.1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY
Com. 9 juin 2004, n°00-19773
Com. 7 juillet 2004, Bull. Joly 2004, § 303, note H. LE NABASQUE
Com. 25 janvier 2005, n°01-11377
Com. 25 janvier 2005, n°01-10740 ; Bull. Joly 2005 § 135, note B. LE BARS
Com. 27 septembre 2005, n°04-11183
Com. 13 décembre 2005, Bull. Joly 2006, § 636, note J.-F. BARBIERI
Com. 29 juin 2006, Bull. Joly 2007, § 84, note DONDERO
Com. 4 juillet 2006, D. 2006, AJ, p.1958, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly 2007, § 10, note B. DONDERO
Com. 12 juin 2007, n°06-16247
Com. 26 juin 2007, RTD com.2008, p.128, obs. P. LECANNU, B. DONDERO
Com. 6 novembre 2007, n°05-13402, JCP E 2007, 2520
Com. 26 février 2008, n°05-18569
Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO
Com. 18 mai 2010, n°09-66.172 ; Rev. sociétés 2010, p.303, obs. A. LIENHARD ; Dr. sociétés 2010, comm. 161, M. ROUSSILLE
Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R.

SALOMON ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES
Com. 31 janvier 2012, n°11-14154, Rev. sociétés 2012, p.418, note B. DONDERO

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 14 octobre 1991, Rev. sociétés 1992, p.782, note B. BOULOC
Crim. 26 février 2002, n°01-81951
Crim. 19 février 2003, Dr. pén. 2003, comm. 87, J.-H. ROBERT
Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, note T. MASSART ; RTD civ. 2003, p.832, note B. BOULOC ; Dr. pén. 2003, comm. 103, J.-H. ROBERT
Crim. 7 septembre 2004, n°03-86292
Crim. 29 juin 2005, n°04-82734
Crim. 26 janvier 2010, n°09-81864

Juridictions du fond

CA Paris, 9 mai 1990, Rev. sociétés 1990, p.475, note Y. GUYON ; JCP E 1991, I, n°22, spé. n°5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN
CA Paris, 1^{er} avril 1992, Rev. sociétés 1992, p.558, obs. Y. GUYON
CA Paris, 3 avril 1998, Bull. Joly 1998, § 356, note P. LECANNU
CA Paris, 10 novembre 2000, JurisData n°2000-130050
CA Montpellier, 18 juin 2002, Dr. sociétés, comm. 132, obs. J. MONNET
CA Rennes, 27 octobre 2010, BAF 1/11 inf. 10
CA Agen, 7 septembre 2011, n°10/01189
CA Paris, 20 septembre 2011, Bull. Joly 2012, § 222, note B. DONDERO

β. La détachabilité à raison de la faute du préposé

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, note H.GROUTEL ; D. 2008 p.1248 et s. J. MOULY
Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, note H. GROUTEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 21 juin 2006, B. n°223 ; D. 2006, p.2831, note M. MINE

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 14 décembre 1994, B. n° 415 ; Dr. pén. 1995, comm. 98, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 1995, p.

570, obs. B. BOULOC et p. 597, obs. J.-C. FOURGOUX
Crim. 12 novembre 1997, Dr. pén. 1998, comm. 24, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 26 octobre 1999, B. n° 233 ; Dr. pén. 2000, comm. 21, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2000, p. 384, obs. B. BOULOC
Crim. 23 janvier 2001, B. n°212 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL
Crim. 18 novembre 2003, n° 02-87.048
Crim. 7 avril 2004, B. n°94
Crim. 19 octobre 2004, B. n° 245 ; JCP 2004, IV, 3422

Crim. 28 mars 2006, RCA 2006, comm. 289, note H. GROUDEL ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY
Crim. 13 mars 2007, RCA 2007, étude n°13, A. VIALARD
Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUDEL
Crim. 17 novembre 2009, n°09-82678
Crim. 10 mai 2011, n°10-87653

2. La distension du lien fonctionnel

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84 ; JCP 2000, I, 280 obs. G. VINEY
Civ. 3, 18 juin 2003, n°98-22718
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX
Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006 § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, AJ, p.231, obs. A. LIENHARD
Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY
Com. 8 février 2005, n°02-18017 ; Bull. Joly 2005, § 193, concl. M.-A. LAFORTUNE
Com. 13 décembre 2005, n°04-11020
Com. 18 mai 2010, n°09-66.172 ; Rev. sociétés 2010, p.303, obs. A. LIENHARD, Dr. sociétés 2010, comm. 161, M. ROUSSILLE

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 23 janvier 2001, B. n°21, RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL
Crim. 19 octobre 2010, n°09-87983 ; RCA 2011, comm. 46, H. GROUDEL
Crim. 10 mai 2011, n°10-87653

Juridictions du fond

CA Lyon, 19 janvier 2006, D. 2006, p.1516, note A. PAULIN

B. Les effets des critères de détachement relatif

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz.

Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 14 juin 1957, JCP 1957, II, 10188, note R. RODIERE
Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, obs. A. COURET
Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX
Civ. 2, 16 juin 2005, JCP 2006, I, 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA 16 avril 2007, p.15, note R. CHAABAN
Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202
Civ. 2, 12 mai 2011, D. 2012, p.51, obs. P. B., D. 2011, 1412, obs. I. GALLMEISTER et 1938, note O. GOUT
Civ. 2, 24 mai 2012, RCA 2012, comm. 220, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 27 janvier 1998, arrêt *Vanhove*, D. 1998, p.392, note J.-C. HALLOUIN ; D. 1998, p.605, note D. GIBIRILA ; Bull. Joly 1998, § 173, note P. LE CANNU
Com. 6 novembre 2007, n°05-13402, JCP E 2007 p.2520
Com. 10 février 2009, D. 2009, p.559, obs. A. LIENHARD ; D. 2009, p.1240, n°5, obs. M.-L. BELAVAL et R. SALOMON ; Dr. sociétés 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; JCP E 2009, p. 1602, note B. DONDERO

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 20 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 242, note T. MASSART ; RTD civ. 2003, p.832, note B. BOULOC ; Dr. pén. 2003, comm. 103, J.-H. ROBERT
Crim. 19 juin 2012, n°11-82437

Juridictions du fond

CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, § 123, note J.-F. BARBIERI
CA Aix-en-Provence, 27 septembre 2005, JCP 2006 IV 2369
CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006, II, 10168, note C.-A. MAETZ

Chapitre 2. La définition déduite de la faute de fonction

Section 1. Les résultats de l'analyse déductive du cadre de la faute de fonction

§1. La faute commise dans une situation fonctionnelle

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 3 juin 2004, RCA 2004 comm. 250, obs. H. GROUDEL ; RTD civ. 2004, p.742, P. JOURDAIN
Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 juillet 2006, D. 2006, AJ p.1958, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly 2007, § 10, note B. DONDERO
Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785,

note P. JOURDAIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 25 mars 1998, B. n°113

§2. La faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles

**Cour de cassation – Chambres réunies /
Assemblée plénière**

Ch. réunies, 9 mars 1960, D. 1960, p.329, note R. SAVATIER ; JCP 1960, II, 11559, note R. RODIERE

AP, 13 décembre 1962, JCP 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; D. 1963, p.277, note CALAIS-AULOY ; RTD civ. 1963, p.572, obs. G. CORNU ; RTD com. 1963, p.333, note R. HOUIN

AP 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Req. 14 avril 1863, DP, 1863, p.402

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, D. 1954 p. 2147, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. LEMOINE

Civ. 3, 2 juillet 1974, B. n°277 ; D. 1974, inf. rap., p.224

Civ. 1, 18 janvier 1989, D.1989, p.302, note C. LARROUMET

Civ. 2, 19 février 1997, B. n°53

Civ. 2, 18 mai 2000, B. n°84, JCP 2000, I, 280, n°19, obs. G. VINEY

Civ. 3, 24 janvier 2001, Bull. Joly 2001, § 137, note F.-X. LUCAS

Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, AJ p.231, obs. A. LIENHARD

Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD

civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 10 mars 1976, JCP 1977, II, 18566, note Y. CHARTIER

Com. 24 février 1987, Rev. sociétés 1987, p.407, note Y. GUYON

Com. 15 octobre 1991, B. n°298 ;

Com. 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, § 307, note LE CANNU, JCP N 1992, II, 98

Com. 12 janvier 1993, Bull. Joly 1993, § 93, note J.-F. BARBIERI

Com. 12 octobre 1993, *Rochas*, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT

Com. 1^{er} février 1994, JCP 1995, II, 22432

Com. 26 novembre 1996, Bull. Joly 1997, p.113, note J.-F. BARBIERI

Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI

Com. 8 décembre 1998, RTD com. 1999, p.445 ; JCP E 1999, p.668, n°6

Com. 7 juillet 2004, Bull. Joly 2004, § 303, note H. LE NABASQUE

Com. 3 juin 2008, n°07-11785 ; Bull. Joly 2008, § 189, note J.-F. BARBIERI ; Dr. sociétés 2008, comm. 202, obs. R. MORTIER ; JCP E 2008, 2545, n°4, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER

Com. 8 novembre 2011, Dr. Sociétés 2012, comm. 26, obs. H. HOVASSE ; Rev. sociétés 2012, p.238, note A. VIANDIER

Com. 12 septembre 2012, D. 2012, p.2166, obs. A. LIENHARD

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 8 décembre 1971, B. n°346 ; RSC 1972, p.514, note B. BOULOC

Crim. 27 octobre 1997, Bull. Joly 1998 p.11, note J.-F. BARBIERI

Crim. 23 janvier 2001, B. n°212 ; RCA 2001, comm. 212, obs. H. GROUDEL

Crim. 31 janvier 2007, Rev. sociétés 2007 ? p.379, note B. BOULOC

Crim. 19 septembre 2007, Dr. pén. 2007, comm. 156, obs. J.-H. ROBERT

Juridictions du fond

CA Bordeaux, 8 mars 1886, Journ. Sociétés 1887, p.823
CA Lyon, 1^{ère} ch., 5 juillet 1984, Juris-Data n°1984-041205

Conseil d'Etat

CE, 24 novembre 1875, *Pariset*, GAJA n°4
CE, 5 décembre 1983, Dr. fisc. 1984, n°14, com. 695
CE, 7 janvier 2000, RTD com. 2000, p.757, note F. DEBOISSY

Section 2. Les enseignements de l'analyse comparatiste

§ 1. Les enseignements du droit étranger

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 8 décembre 1987, D. 1988, p.389 et s., note J.-L. AUBERT
Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202

Juridictions anglaises

Barwick v. English Joint Stock Bank [1867], LR 2 Ex 259
Lloyd v. Grace, Smith and Co Ltd [1912] AC 716
Morris v. W Martin and Sons Ltd [1966] 1 QB 716

Lister v. Hesley Hall Ltd, [2002], UKHL 22 ; [2002] 1 AC 215 at [20]

Juridictions belges

Pas. 1944, I, 275

Juridictions québécoises

Curley c. Latreille, [1919] 28 B.R. 388
Jacobi c. Griffiths, [1999] 2 R.C.S. 457
Bazley c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 457

§ 2. Les enseignements du droit administratif

A. Les enseignements relatifs aux définitions techniques

Tribunal des conflits

TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, GAJA n°2 ; D. 1874, p.5, concl. DAVID

1. Evolution de la faute de service

Tribunal des conflits

TC, 25 janvier 1873, *Chemin de fer de Lyon*, R. 40
TC, 7 juin 1873 *Godart*, R. 109, note D.
TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, GAJA n°2 ; D. 1874, p.5
TC, 23 novembre 1878, *De Parcevaux*, R. 937
TC, 29 novembre 1879, *Boislinard*, R. 766
TC, 13 décembre 1879, *Bernard de la Fregeollière*, R. 808
TC, 5 novembre 1880, *Marquigny*, D. 1880, p.57
TC, 19 novembre 1881, R. 918
TC, 5 juin 1886, *Augé*, R. 503
TC, 29 novembre 1890, *Boyer*, R. 894
TC, 26 juin 1897, *Métivier*, S.1898, p.49, note HAURIOU
TC, 4 décembre 1897, *Préfet de la Gironde*, R. 758

TC, 9 décembre 1899, *Deyres c/ Gros*, R. 729, S.1900. 3. 89, note HAURIOU
TC, 14 janvier 1935, *Thépaz*, R. 224 ; GAJA n°46 ; S. 1935, p.17, note ALIBERT
TC, 9 décembre 1948, *Delle Urban c. Mouche et Etat*, R. 521.
TC, 30 juin 1949, *Vernet et Arnoux*, R. 605 et R. 606
TC, 6 juillet 1957, *Préfet de Tarn-et-Garonne c. Gineste*, R. 820.
TC, 19 octobre 1998, *Préfet du Tarn*, D. 1999, p.127, note O. GOHIN ; JCP 1999, II, 10225, concl. J. SAINTE-ROSE, note A. DU CHEYRON
TC, 12 février 2001, *Préfet de la Corse du Sud c/ Albert*, R. 737

TC, 15 novembre 2004, *Lalti c/ Topin*, R. 519
TC, 13 décembre 2004, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n°C3428

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 21 octobre 1997, B. n°290

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 mars 1930, D. 1930, p.161, note J. APPLETON ; S.1930, p.313, note BONNARD
Crim. 3 avril 1942, D. 1942, p.137, note M. WALINE
Crim. 22 juillet 1948, B. n°209
Crim. 14 décembre 1996, B. n°447

Crim. 30 septembre 1998, *Antunes*, AJDA 1999, 259, note PETIT

Crim. 20 juin 2006, RCA 2006, comm. 346

Juridictions du fond

CA Dijon, 21 janvier 1914, D. 1914, p.129, note LALOU

Conseil d'Etat

CE, 8 août 1884, *Anaclet, Déchanet et autres*, R.700
CE, 10 février 1905, *Tomaso Greco*, D.1906, p.81
CE, 8 juin 1966, *Fondation des orphelins apprentis d'Auteuil*, R. 374

2. Evolution des fautes personnelles

a. Les fautes personnelles détachables du service

α. La faute personnelle intellectuellement détachable du service

Tribunal des conflits

TC, 14 janvier 1980, R. 504
TC, 26 octobre 1981, *Préfet des Bouches du Rhône*, R. 657
TC, 21 décembre 1987, *Kessler*, R. 364; AJDA 1988, p.364
TC, 19 octobre 1998, *Préfet du Tarn*, D. 1999, p.127, note O. GOHIN
TC, 12 février 2001, *Préfet de la Corse du Sud c/ Albert*, R. 737

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006 § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, AJ, p.231, obs. A. LIENHARD

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 22 mai 1959, *Randon*, JCP 1959, II, 11162
Crim. 16 novembre 2004, B. n°289

Crim. 14 juin 2005, AJDA 2006, p.1058, note C. DEFFIGIER

Crim. 10 février 2009, AJDA 847 ; RSC 2009, p.373, note Y. MAYAUD

Conseil d'Etat

CE, 8 juin 1966, R. 374
CE, 9 octobre 1974, *Commune de Lusignan*, R. 477
CE, 17 décembre 1999, *Moine*, JCP G 2001 II 10508, note R. PLASTRA
CE, 28 décembre 2001, *Valette*, AJDA 2002, p.359, concl. SCHWARTZ
CE, 12 avril 2002, *Papon*, R. 139, concl. BOISSARD ; AJDA 2002, p.423, obs. M. GUYOMAR, P. COLLIN
CE, 10 mars 2010, *Mme Lejeune c/ Commune de Coudekerque-Branche*, n°321125

β. La faute personnelle psychologiquement détachable du service

Tribunal des conflits

TC, 12 juin 1961 *Picot c/ Lachèze*, R. 1170
TC, 26 octobre 1981, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, R. 657

Conseil d'Etat

CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, R. 641
CE, 21 avril 1937, *Delle Quesnel*, R. 423
CE, 26 janvier 2007, *Molinier*, R. 912

b. Les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 13 mai 1980, B. n°144

Conseil d'Etat

CE, 1^{er} octobre 1954, *Bernard*, R. 505, concl. P. LAURENT.

CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur*, R. 492 ; D. 1950, p.667, note J.G. ; JCP A 1950, n°5286, concl. F. GAZIER ; RDP 1950, p.183, note M. WALINE

CE, 26 octobre 1973, *Sadoudi*, R. 603 ; D.1974, p.155, note J.-M. AUBY ; RDP 1974, p.554, note M. WALINE et p.936, concl. BERNARD

CE, 12 mars 1975, *Pothier*, R. 190

CE, 27 février 1981, *Commune de Chonville-Malaumont*, R. 116

CE, 23 décembre 1987, *Epoux Bachelier*, R. 431 ; RDP 1988, p.915

CE, 18 novembre 1988, *Epoux Raszewski*, R. 416 ; JCP 1989, II, 21211, note B. PACTEAU

CE, 6 août 2008, *Mazière*, JCP A 2008, n°52, note J. MOREAU

c. Les fautes purement personnelles

Tribunal des conflits

TC, 14 décembre 1925, *Navarro*, R. 1007

TC, 30 juin 1949, *Lambotin*, R. 606

TC, 28 mars 1955, *Confédération générale des PME*, R. 616 ; JCP 1955 II 8971 note RIVERO

TC, 6 juillet 2009, *Gény c/ Blaise*, C 3709

CE, 27 février 1969, *Ministre des Armées c/ Périco*, R. 126

CE, 13 mai 1991, *Soc. d'assurances Les Mutuelles unies c/ Ville d'Echirolles*, RDP 1991, p.162, obs. Y. GAUDEMET ; LPA 1992, n°64, p.15 note B. PACTEAU

Conseil d'Etat

CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, R. 196, concl. KAHN ; JCP 1957, II, 10303 bis, note P. LOUIS-LUCAS ; D.1957, p.748, concl. KAHN, note P. WEIL

CE, 13 juillet 1961, *Gourillon*, R. 479

Juridictions du fond

TA Versailles, 15 octobre 2004, *Balenguer*, CTI 2005, comm. 111 ; AJFP 2/2005, p.99, concl. P. LEGLISE

B. L'existence de fondements ontologiques

Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, *Blanco*, R. 61, concl. R. DAVID

TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, R. 117, concl. R. DAVID ; GAJA n°2 ; D. 1874, p.5

TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, R. 437, concl. LAFERRIERE

TC, 9 juillet 1953, *Nardon, Dame Barnadas et Delaître*, JCP 1953, II, 7797, point VII, note J. RIVERO

TC, 26 mai 1954, *Moritz*, R. 708 ; S. 1954, p.85, concl. LETOURNEUR ; JCP A 1954, n°8334, note G. VEDEL ; D. 1955, p.385, note R. CHAPUS

Conseil d'Etat

CE, 10 février 1905, *Tomaso Greco*, D. 1906, p.81

CE, 3 février 1911, *Anguet*, R. 146 ; S. 1911, p.137, note M. HAURIOU

CE, 26 juillet 1918, D. 1918, p.9, concl. L. BLUM ; S. 1919, p.41, note M. HAURIOU

CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, S. 1918-1919, p.25, note M. HAURIOU

CE, 28 mars 1924, *Poursines*, R. 357 ; D. 1924, p.49, note J. APPLETON ; RDP 1924, p.601, note G. JEZE ; S. 1926, p.17, note M. HAURIOU

CE, 7 janvier 1948, *Manchon*, R. 10

CE, 18 novembre 1949, *Delle Mimeur, Defaux, Bethelsemer*, R. 492 ; D. 1950, p.667, note J.G. ; JCP A 1950, n°5286, concl. F. GAZIER ; RDP 1950, p.183, note M. WALINE

CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, R. 464 ; JCP 1951, II, 6532, note J. J. R.

CE, 28 juillet 1951, R. 465 ; D.1951, p.620, note NGUYEN DO ; RDP 1951, p.1087, note M. WALINE ; JCP 1952, II, 6734, note EISENMANN
CE, 12 mars 1975, *Pothier*, R. 190
CE, 18 novembre 1988, *Epoux Raszewski*, JCP 1989, II, 21211
CE, 27 juillet 1990, *Bourgeois*, R. 242
CE, 10 avril 1992, *époux V.*, R. 171
CE, 9 avril 1993, *Mme G.*, AJDA 1993, p.381, note MONGUE

CE, 21 juin 1997, *Theux*, R. 253
CE, 13 mars 1998, *Améon*, R. 82
CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, R. 185
CE, 14 avril 1999, *Commune d'Anctonville*, n°194462
CE, 17 décembre 1999, *Moine*, D. 2000, IR, n°24 ; RFDA 2000, p.232 ; JCP 2001, II, 10508, note R. PIASTRA
CE, 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale de l'océan indien*, n°283257

PARTIE 2. L'ANALYSE FONCTIONNELLE DE LA FAUTE DE FONCTION

Titre 1. La faute de fonction réparatrice

Chapitre 1. Le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice

Section 1. L'émergence d'un fondement politique propre au régime de la faute de fonction réparatrice

§ 1. L'abandon du fondement fautif

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, arrêt *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres réunies

Ch. Réunies 13 février 1930, arrêt *Jand'heur*, D. 1930, p.57, concl. MATTER et note G. RIPERT ; S. 1930, p.121, note ESMEIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 28 novembre 1876, D. 1977, p.65
Civ. 16 juin 1896, *Teffaine*; S. 1897, p.17, ESMEIN ; DP 1897, p.433, concl. SARRUT et note SALEILLES
Civ. 17 juillet 1967, B. n°261
Civ. 2, 11 février 1971, B. n°53
Civ. 1, 31 mai 1978, B. n°213
Civ. 2, 22 nov. 1978 : D. 1979, p. 347
Civ. 2, 2 mai 1990, B. n°131
Civ. 2, 19 février 1997, *Bertrand*, D. 1997, p.265, note P. JOURDAIN ; JCP 1997, II, 22848, concl. KESSOUS, note G. VINEY

Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, D. 2001, p.2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND, JCP 2001, II, 10613, note J. MOULY
Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131, note M. IMBERT ; D. 2004, p.2601, note Y.-M. SERINET
Civ. 1, 12 juillet 2007, RCA 2007, comm. 334, obs. H. GROUDEL
Civ. 2, 15 mai 2008, B. n°108 ; RTD civ. 2008, p.680, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 8 mars 1982, *Rev. sociétés* 1983, p.573, note Y. GUYON
Com. 4 octobre 1988, arrêt *Lepoivre*, *Rev. sociétés* 1989, p.213, note A. VIANDIER ; RTD civ. 1989, p.86, obs. P. JOURDAIN
Com. 22 janvier 1991, RFC mai 1991 p.62 note P. REIGNE
Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 27 janvier 1859, S. 1859, p.364
Crim. 28 avril 1866, DP 1866, p.356

Crim. 20 septembre 1894, DP 1899, p.350
Crim., 31 mars 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, p. 973
Crim. 28 février 1962, B. n°111
Crim., 12 janv. 1977 : B. n°18
Crim. 14 janvier 1980, B. n°21
Crim., 4 oct. 1989 : B. n°328
Crim. 13 mars 1997, B. n°107
Crim. 26 juin 2002, B. n°148 ; Dr. pén. 2002, comm. 133, obs. M. VERON ; D. 2003, p.172, obs. M. SEGONDS ; RSC 2003, p.93, obs. B.

BOULOC ; RTD com. 2003, p.177, obs. B. BOULOC
Crim. 19 octobre 2010, n°09-87983 ; RCA 2011, comm. 46, H. GROUDEL
Crim. 10 mai 2011, n°10-87653

Juridictions du fond

CA Paris, 14 mars 1930, DH 1930, p.115, note A. BESSON

§ 2. L'admission du fondement issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 16 juin 1896, *Teffaine*; S. 1897, p.17, ESMEIN ; DP 1897, p.433, concl. SARRUT et note SALEILLES
Civ. 2, 12 juillet 1989, B. n°150
Civ. 1, 19 mars 2002, B. n°190

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 31 mars 2004, Bull. Joly 2004, §197, note G. AUZERO

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 31 mai 1990, B. n°260

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim., 2 novembre 1971, D. 1973, p.21, note C. LARROUMET
Crim. 25 mars 1992, n°91-804507
Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RCA 2006, comm. 289, obs. H.GROUDEL ; RTD civ. 2007, p.135 et s., note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY ; JCP S 2006, n°1448, note J.-F. CESARO

Juridictions du fond

CA Paris, 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, § 263, note P. MERLE ; JCP E 2004, n°601, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER
CA Rennes, 16 septembre 2005, Bull. Joly 2005, § 293, note P. MERLE

Section 2. L'émergence d'un fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice

§ 1. La nécessité d'un fondement légal propre au régime de la faute de fonction réparatrice

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 ; RTD civ. 1968, p.149, obs. G. DURRY
Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108
Civ. 1, 31 mai 1978, B.n°213
Civ. 2, 2 mai 1987, B. n°87
Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA, 15 mars 2000, p.11 et s., note F. RINALDI
Civ. 3, 17 mars 1999, RTD com. 1999, p.690, obs. M.-H. MONSIERE-BON

Index de jurisprudence

Civ. 2, 11 avril 2002, RCA 2002, chron. 9, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.519, note P. JOURDAIN
Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, obs. H. GROUDEL
Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 28 avril 1998, arrêt *Vergnet*, Bull. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP E 1998, p.1258, note Y. GUYON, JCP 1998, II, 10177, note D. OHL, D. aff. 1998, p.1008, obs. A.L. ; RTD civ. 1999, p.99, obs. J. MESTRE, Rev. Sociétés 1998, p.767, note B. SAINTOURENS
Com. 27 septembre 2005, n°04-11183
Com. 6 novembre 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 27, obs. R. MORTIER

Com. 10 février 2009, D. 2009, p.559, obs. A. LIENHARD ; D. 2009, p.1240, n°5, obs. M.-L. BELAVAL et R. SALOMON ; Dr. sociétés 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; JCP E 2009, p. 1602, note B. DONDERO
Com. 23 juin 2009, Bull. Joly 2009, § 221, note B. DONDERO
Com. 28 septembre 2010, JCP 2010, note 1177, C. BENOIT-RENAUDIN ; RTD civ. 2010, p. 785, note P. JOURDAIN ; D. 2010, p.2290, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p.2617, note R. SALOMON ; D. 2011, p.2760, obs. E. LAMAZEROLLES ; Bull. Joly 2010, § 212, note A. COURET
Com. 31 janvier 2012, n°11-14154, Rev. sociétés 2012, p.418, note B. DONDERO

§ 2. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec les normes supérieures

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 10 janvier 1984, B. n°8

A. La conformité du régime propre à la faute de fonction réparatrice avec la norme constitutionnelle

Conseil constitutionnel

CC, 22 octobre 1982, n°82-144 DC
CC, 19 et 20 juillet 1983, n°83-162 DC
CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC
CC, 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC
CC, 9 novembre 1999, n°99-419 DC ; JCP 2000, I, 280, n°1, obs. G. VINEY ; D. 2000, somm. p.424, note S. GARNERI
CC, 27 juillet 2000, n°2000-433 DC
CC, 10 juin 2004, n°2004-496
CC, 22 juillet 2005, n°2005-522 DC

CC, 18 juin 2010, RCA 2010, comm. 176 et étude 8, H. GROUDEL ; JCP 2010, 1015, obs. C. BLOCH

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 14 septembre 2011, RCA 2012, comm. 12, H. GROUDEL

B. La conformité du régime propre de la faute de fonction réparatrice avec la norme européenne

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*

CEDH, 21 septembre 1994, *Fayed c/ Royaume-Uni*

CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera c. Belgique*
CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*
CEDH, 10 mai 2001, *Z et autres c/ Royaume-Uni*
CEDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c/ Royaume-Uni*

CEDH, 9 novembre 2006, *Leempoel et SA ed. Ciné Revue c/ Belgique*
CEDH, 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie*

Chapitre 2. La mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice
Section 1. Le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice
§ 1. La circonscription du domaine à raison de la nature de la responsabilité

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 15 novembre 1985, JCP 1986, II, 10568, note G. VINEY ; D. 1986, p.81, note J.-L. AUBERT et p.143, chron. Y. LAMBERT-FAIVRE ; RTD civ. 1986, p.128, obs. J. HUET

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 3 octobre 1967, JCP 1968, II, 15365, note P. DURAND
Civ. 1, 18 janvier 1989, JCP 1989, II, 21326, note C. LARROUMET
Civ. 2, 5 juillet 1989, n°88-10838

Civ. 2, 11 avril 2002, RCA , chron. n°9, H. GROUDEL
Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

Juridictions du fond

CA Aix-en-Provence, 5 décembre 2007, n°05/18641

§ 2. La circonscription du domaine à raison du défendeur à l'action en responsabilité

A. La justification de l'application du régime aux situations fonctionnelles d'expansion classiques

1. Domaine d'application et relation mandataire dirigeant-personne morale

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 13 mai 1970, D. 1970, p.644
Com. 3 juin 1986, Rev. proc. coll. 1986-3, p.48, n°3, obs. M.-J. CAMPANA
Com. 20 décembre 1988, Rev. proc. coll. 1990, p.222, note C. SAINT-ALARY-HOUIN
Com. 14 novembre 1989, Rev. proc. coll. 1990, p.222, note C. SAINT-ALARY-HOUIN
Com. 19 décembre 1989, Rev. proc. coll. 1990, p.222, note C. SAINT-ALARY-HOUIN
Com. 21 juin 1994, RJDA 1994, n°1208
Com. 28 février 1995, D. 1995, p.390, note F. DERRIDA
Com. 9 décembre 1997, Rev. Sociétés 1998, p.316, note J.-J. DAIGRE
Com. 29 février 2000, Bull. Joly 2000, § 131, note B. SAINTOURENS

Com. 14 mars 2000, RTD com. 2000, p.655, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; D. 2000, p.187, note A. LIENHARD
Com. 28 mars 2000, Act. Proc. Coll. 2000, n°113
Com. 7 mars 2006, Bull. Joly 2006, § 186, note F.-X. LUCAS ; JCP E 2006 2035, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER
Com. 27 juin 2006, JCP E 2006, 2241
Com. 6 mai 2008, JCP E 2008, 1789

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 29 octobre 1996, Rev. Sociétés 1997, p.377, note B. BOULOC
Crim. 5 août 1998, Rev. Sociétés 1999, p.175, note B. BOULOC
Crim. 20 février 2002, Rev. sociétés 2002, p.546, note B. BOULOC

Juridictions du fond

CA Paris, 28 septembre 1990, D. 1990, IR, p.269

2. Domaine d'application et relation préposé-commettant

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 30 octobre 1995, B. n°383, JCP , I, 3944, obs. G. VINEY; RTD civ.1996, p.636, note P. JOURDAIN

Civ. 1, 9 avril 2002, B. n°234 ; RTD civ.2002 p.516, note P.JOURDAIN ; JCP 2002, I, 186, obs. G. VINEY

Civ. 1, 13 novembre 2002, RGDA 2003, n°5, note P. REMY ; D. 2003, p.580, note S. DEIS-BEAUQUESNE

Civ. 1, 10 décembre 2002, D. 2003, p.510, concl. J. SAINTE-ROSE

Civ. 1, 9 novembre 2004, n°01-17908 et 01-17168 ; D.2005, p.253, note F. CHABAS ; RCA 2005, étude 6, M. ASSELAIN

Civ. 2, 7 juillet 2011, n°10-21719

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 8 juin 2005, n°04-84281

Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RCA 2006, comm. 289, obs. H.GROUTEL ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY ; JCP S 2006, n°1448, note J.-F. CESARO

Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007, étude 13, A. VIALARD

Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUTEL

Juridictions du fond

CA Pau, 16 décembre 2003, RCA 2004, comm. 251, obs. C. RADE

B. L'application problématique du régime en dehors des situations fonctionnelles d'expansion classiques

1. L'application à des situations fonctionnelles d'expansion nouvelles

- L'application au commissionnaire

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 28 juin 1994, B. n°245

2. L'application aux situations fonctionnelles de fait

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUTEL

Civ. 2, 12 mai 2010, n°08-20463

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 6 octobre 1981, JCP 1982, II, 19891, note G. NOTTE, D.1983, p.133, note B. SOINNE

Com. 21 mars 1995, JCP 1996, II 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN, Rev. soc. 1995, p.504, note B. SAINTOURENS

3. L'application aux situations parafonctionnelles

a. L'application au sous-traitant

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 3, 8 septembre 2009, D. 2010, p.239, note N. DISSAUX
Civ. 3, 22 septembre 2010, D. 2010, p.2227, obs. X. DELPECH

b. L'application au mandataire de droit commun

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 13 octobre 1992, B. n°250
Civ. 1, 2 février 1999, RCA 1999, p.142

Civ. 1, 18 mai 2004, B. n°141

§ 3. La circonscription du domaine à raison du demandeur à l'action en responsabilité

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN
AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 15 mai 2007, n°06-12.317

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 28 avril 1998, *Vergnet*, Bull. Joly 1998, § 263, note P. LE CANNU ; JCP E 1998, p.1258,

note Y. GUYON, JCP 1998, II, 10177, note D. OHL, D. aff. 1998, p.1008, obs. A.L. ; RTD civ. 1999, p.99, obs. J. MESTRE, Rev. Sociétés 1998, p.767, note B. SAINTOURENS

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H. LE NABASQUE

Juridictions du fond

CA Versailles, 17 janvier 2002 Bull. Joly 2002, § 111, note J.-F. BARBIERI ; RJDA 2002, n°398

CA Bordeaux, 4 février 2009, Dr. sociétés 2009, comm. 159, note D. GALLOIS-COCHET ; Cahier de Jurisprudence d'Aquitaine et de Midi-Pyrénées, 2009-2, n°AB.1426, obs. R. RAFFRAY

Section 2. Le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice

§ 1. L'insuffisance du mécanisme de l'immunité

**Cour de cassation – Chambres réunies /
Assemblée plénière**

Ch. réunies 25 mars 1845, DP 1845, p.178
AP, 2000, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000,
p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P.
BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R.
KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241
n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H.
GROUTEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ;
RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 3, 7 décembre 2005, Dr. sociétés 2006, comm.
54, obs. X. LUCAS

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 14 juin 1926, DP 1927, I, p. 57, note L.
JOSSERAND et rapp. A. COLIN ; S. 1927, I,
p.25, note ESMEIN
Civ. 28 octobre 1947, D. 1948, p.13, note P. L.-P
Civ. 1, 6 juin 1990 : RGAT 1990, p.572, note H.
MARGEAT et J. LANDEL
Civ. 1, 26 mai 1993, RCA 1993, comm. 317 et
chron. 30, H. GROUTEL
Civ. 1, 8 décembre 1993, B. n°357 ; RCA 1994,
comm. 29 et chron. 3, H. GROUTEL ; D. 1994,
p.235, note B. BEIGNER
Civ. 1, 13 novembre 2002, D.2003, p.580, spé.
p.581, note S. DEIS-BEAUQUESNE
Civ. 2, 13 mai 2004, RCA 2004, comm. 270
Civ. 1, 18 mai 2004, RGDA 2004, p.633, note P.
REMY
Civ. 1, 12 juillet 2007, JCP 2007, II, 10162, note S.
HOCQUET-BERG ; RCA 2007, comm. 334, H.
GROUTEL ; LPA, 12 décembre 2007, p.17 et
s., J.-F. BARBIERI
Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50,
H. GROUTEL ; D. 2008, p.1248, note J.
MOULY
Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, H.
GROUTEL ; D. 2008, p.2125, note J.-B.
LAYDU
Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I.
GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ;
JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD
civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA
2009, chron. n°11, H. GROUTEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ
1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note
B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. J.-
C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479,
note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509,
obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167,
note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101,
n°7, note G. VINEY

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 19 novembre 1959, D. 1960, p.74, note R.
LINDON
Soc. 31 mai 1990, B. n°260
Soc. 29 novembre 1990, B. n°559 ; Dr. soc.1991,
p.105
Soc. 23 janvier 1992, JCP 1993, II, 2200, note P.
DELEBECQUE
Soc. 10 novembre 1993, RJS 7/1994, n°847 (1^{ère}
espèce)
Soc. 25 mai 1994, RJS 7/1994, n°847 (2^{ème} espèce)
Soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p.651
Soc. 6 mai 1997, JCP 1997, IV, 1362
Soc. 2 décembre 1998, B. n°530
Soc. 9 novembre 2005, pourvoi n°04-14419

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 6 février 1920, DP 1921, p.67
Crim. 6 novembre 1936, RSC 1936, p.298, obs. H.
DONNEDIEU DE VABRES
Crim. 13 mars 1951, B. n°90
Crim. 4 décembre 1958, D. 1959, p.1974
Crim. 3 mai 1967, D. 1967, somm., p.98
Crim. 14 novembre 2007, Dr. pén. 2008 comm. 16,
obs. M. VERON
Crim. 10 mai 2011, n°10-87653

Juridictions du fond

Trib. corr. Seine, 8 avril 1921, DP 1922, p. 4
Trib. corr. Seine, 27 décembre 1946, D. 1947,
p.158
CA Aix-en-Provence, 15 décembre 1999, JD
n°1999-116821

§ 2. Le recours pertinent à la notion d'imputation

A. Distinction imputation et imputabilité

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 9 mai 1984, D. 1984, p.525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984 II 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE, 20256, note P. JOURDAIN, 20291, rapport FEDOU, obs. J. HUET

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 20 juillet 1976, JCP 1978, II, 18793, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; RTD civ. 1976, p.783, obs. DURRY

§ 3. La spécificité de l'imputation fonctionnelle

A. L'imputation fonctionnelle exclusive

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 17 juillet 1967, B. n°261 ; RTD civ. 1968, p.149 et s., obs. G. DURRY
Civ. 2, 27 avril 1977, B. n°108
Civ. 2, 24 mars 1980, B. n°71
Civ. 2, 2 octobre 1980, B. n°199
Civ. 1, 16 novembre 1982, B. n°331
Civ. 2, 22 mai 1995, JCP 1995, II, 22550
Civ. 2, 21 avril 1966, B. n°454
Civ. 2, 10 mai 2001, JCP 2001, II, 10613, note J. MOULY

Civ. 2, 7 octobre 2004, B. n°439 ; D. 2004, p.2792 ; JCP 2005, I, 132, n°10 ; Bull. Joly 2005, § 14, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Sociétés 2005, p.225, note D. RANDOUX
Civ. 3, 5 novembre 2005, n°07-17054

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 2 mai 1990, B. n°131

- Les contours du fait générateur d'une responsabilité dépendante du fait d'autrui

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F. CHABAS . RTD civ. 1983, p.749, note G. DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS
AP, 25 février 2000 *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I 241, n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN
AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN
AP, 29 juin 2007, RTD civ. 2007, p.782, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2007, II, 10150, note MARMAYOU.

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 15 mars 1956, JCP 1956, II, 9297, note P. ESMEIN
Civ. 11 mai 1956, D. 1957, p.121, note R. RODIERE
Civ. 2, 21 avril 1966, B. n°454
Civ. 2, 8 octobre 1969, B. n°269
Civ. 2, 11 mars 1971, D.1971, somm., p.211
Civ. 2, 24 octobre 1973, D. 1974, somm., p.6
Civ. 2, 3 mars 1977, B. n°61
Civ. 2, 13 mai 1981, Gaz. Pal. 1982, I, Pan. 9, obs. F. CHABAS
Civ. 2, 5 mars 1997, B. n°67
Civ. 2, 2 octobre 1997, Gaz. Pal. 1997, II, Pan. 333
Civ. 1, 10 mai 2001, *Levert*, RCA 2001, chron. 18, H. GROUDEL ; JCP G 2001, II, 10163, note J. MOULY
Civ. 2, 20 novembre 2003, D. 2004, p.300, note G. BOUCHÉ ; RTD civ. 2004, p.106, note P. JOURDAIN
Civ. 2, 8 avril 2004, JCP 2004, II, 10131, note M. IMBERT ; D. 2004, p.2601, note Y.-M. SERINET
Civ. 2, 13 mai 2004, RCA 2004, chron. 15, C. RADE

Civ. 2, 21 octobre 2004, D. 2005, p.40, note LAYDU

Civ. 2, 29 mars 2006, n°05-12470

Civ. 2, 4 novembre 2010, LPA 2 mars 2011, p.11, note J.-P. VIAL ; LPA 9 novembre 2011, p.10, note A. DUMERY ; LPA 12 avril 2011, p.19, note B. BRIGNON ; Gaz. Pal. 4 et 5 mai 2011, note ; D. 2011, p.690, note J. MOULY ; Jurisport 2011, n°106, p.34, note F. MARCHADIER ; RCA 2011, étude 3, S. HOCQUET-BERG ; JCP 2011, 12, note D. BAKOUCHE ; RTD civ. 2001, p.137, note P. JOURDAIN

Civ. 2, 17 février 2011, D. 2011, p. 1117, note BOUTEILLE

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs.

- Les règles de recours entre bénéficiaire de la fonction et chargé de fonction

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000 *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I 241, n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 novembre 1953, arrêt *Nigro*, D. 1953, p.698 ; RTD civ. 1954, p.92, obs. H. et L. MAZEAUD ; JCP 1953, II, 7818 bis, note R. MEURISSE

Juridictions du fond

CA Aix-en-Provence, 27 février 2002, JCP 2003, II, 10097, spé. n°8, note C. BLOCH

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 12 juillet 2007, JCP 2007, II, 10162, note S. HOCQUET-BERG ; RCA 2007, comm. 334, H. GROUDEL ; LPA, 12 décembre 2007, n°248, p.17, J.-F. BARBIERI

Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, note H. GROUDEL ; D. 2008, p.1248, note J. MOULY

B. L'imputation fonctionnelle cumulative

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 21 avril 1966, B. n°454 ;
Civ. 2, 11 mars 1971, somm., p.211
Civ. 2, 11 mars 1972, B. n°113
Civ. 2, 6 février 1974, D. 1974, p.409, note P. LE TOURNEAU
Civ. 1, 11 décembre 1974, D.1975, IR, p.67
Civ. 1, 20 mars 1979, D. 1980, p.29 et s., note C. LARROUMET
Civ. 1, 25 novembre 1992, B. n°293
Civ. 1, 14 décembre 1999, Bull. Joly 2000, § 175, obs. A. COURET
Civ. 1, 16 novembre 2004, Bull. Joly 2005, § 72, note B. DONDERO
Civ. 2, 16 juin 2005, JCP 2006, I, 111, n°10, obs. G. VINEY ; LPA 16 avril 2007, p.15, note R. CHAABAN

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 28 avril 1998, Dr. sociétés 1998, comm. 115, note D. VIDAL
Com. 23 mai 2006, pourvoi n°03-18.425

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 17 décembre 1970, JCP 1971, IV, p.23
Crim. 17 mai 1976 ; D. 1977, p.650, rapport LECOURTIER ; RTD civ. 1977, p.135, obs. G. DURRY
Crim. 26 octobre 1982, B. n°233

Juridictions du fond

CA Paris, 25 février 1999, Bull. Joly 1999, § 123, note J.-F. BARBIERI
CA Versailles, 17 janvier 2002, Bull. Joly 2002, § 111, note J.-F. BARBIERI ; RJDA 2002, n°398

CA Aix-en-Provence, 27 septembre 2005, JCP
2006, IV, 2369
CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, JCP 2006, II,
10168, note C.-A. MAETZ

Titre 2. La faute de fonction sanctionnatrice

Chapitre 1. La sanction civile de la faute de fonction

Section 1. Le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

§ 1. L'assimilation de la responsabilité civile à une sanction punitive

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 17 juin 1983, JCP 1983, II, 20120, note F.
CHABAS . RTD civ. 1983, p.749, note G.
DURRY ; D. 1984, p.134, note D. DENIS
AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467,
obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P.
BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R.
KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241
n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H.
GROUTEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ;
RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V.
A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP
E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999,
I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999,
§ 19, note J.-F. BARBIERI

§ 2. Le fondement de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 7 octobre 1992, JCP 1993, II, 22071, note F.
CHABAS
Civ. 3, 8 octobre 1997, RD imm. 1998, p.138, obs.
C. CAPOULADE
Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA 15 mars 2000,
p.11, note F. RINALDI
Civ. 1, 6 décembre 2005, B. n°462 ; D. 2006, p.274,
note GAUTIER
Civ. 1, 15 mai 2007, n°06-12317

CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P.
JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845,
note J.-L. AUBERT

Com. 13 juin 1995, Dr. sociétés 1995, comm. 223,
obs. D. VIDAL

Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D.
SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H.
LE NABASQUE

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 octobre 1976, B. n°245
Com. 12 octobre 1993, *Rochas*, D. 1994, p.124,
note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F.

Juridictions du fond

CA Paris, 19 janvier 1999, Cah. Cons. Const. 1999,
n°41, obs. MALAURIE-VIGNAL

Section 2. La mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

§ 1. Les conditions de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ., 26 novembre 1912, DP 1913, p.377

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 1^{er} avril 1997, Bull. Joly 1997, § 248, note J.-
F. BARBIERI

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 13 décembre 2000, B. n°373

Crim. 5 décembre 2001, Bull. Joly 2002, § 107,
note H. LE NABASQUE

Crim. 30 janvier 2002, Rev. sociétés 2002, p.350,
obs. B. BOULOC

Crim. 12 mai 2012, D. 2012, p.1403, obs. X.
DELPECH

A. La condition tenant à la gravité de la faute de fonction

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février
2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz.
Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE
GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II,
10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124,
n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J.
JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D.
MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B.
THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H.

GROUTEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P.
JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 5 novembre 1953, arrêt *Nigro*, D. 1953,
p.698 ; RTD civ. 1954, p.92, obs. H. et L.
MAZEAUD ; JCP 1953, II, 7818 bis, note R.
MEURISSE

1. Le principe d'une imputation comportementale de la faute à raison de sa gravité

a. Un principe largement admis pour la faute de fonction du préposé

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février
2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz.
Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE
GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II,
10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124,
n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J.
JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D.
MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B.
THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H.
GROUTEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P.
JOURDAIN

CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P.
JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845,
note J.-L. AUBERT

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 27 novembre 1958, D. 1959, p.20, note R.
LINDON ; JCP 1959, II, 11143, note J.
BRETHER DE LA GRESSAY

Soc. 31 mai 1990, B. n°260

Soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p.651, note J.
SAVATIER

Soc. 11 mars 2009, n°07-42609

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50,
note H.GROUTEL ; D. 2008, p.1248, note J.
MOULY

Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, H.
GROUTEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G.
VINEY ; D.2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 juin 2005, n°04-84281

Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RTD civ. 2007,
p.135, note P. JOURDAIN ; RCA 2006, comm.
289, obs. H. GROUTEL ; JCP S 2006, 1448,
note J.-F. CESARO ; JCP 2006, II, 10188, note
J. MOULY

Crim. 13 mars 2007, n°06-85422 ; RCA 2007,
étude 13, A. VIALARD

Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5,
obs. H. GROUTEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 12 octobre 1993, *Rochas*, D. 1994, p.124,
note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F.

b. Un principe partiellement admis pour la faute de fonction du mandataire dirigeant

α. Un principe partiellement admis pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 20 mai 2003, *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note

J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY

β. Un principe ignoré pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers le groupement et ses membres

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 5 février 1991, B. n°45
Civ. 1, 15 mai 2007, n°06-12317

Com. 19 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p.840, note T. BRUGUIER

Com. 9 mars 2010, Bull. Joly 2010, § 109, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 2010, p.230, note H. LE NABASQUE

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 1^{er} avril 1968, B. n°125
Com. 4 mai 1982, 2^{ème} espèce, Rev. sociétés 1983, p.573, note Y. GUYON
Com. 28 mai 1991, Rev. sociétés 1992, p.373, note J. HONORAT
Com. 31 janvier 1995, Rev. sociétés 1995, p.763, obs. Y. GUYON

Juridictions du fond

CA Versailles, 11 juin 1998, Bull. Joly 1998, § 1168, note BAILLORD
CA Paris, 18 juin 1998, RJDA 1998, n°1366

2. La détermination du seuil de gravité de la faute de fonction sanctionnée

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 25 février 2000 *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000 I 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN
AP, 14 décembre 2001 *Cousin*, LPA, 24 février 2002, p.125 et s, concl. M. DE GOUTTES, Gaz. Pal. janvier-février 2002, p.125, concl. M. DE GOUTTES et note Y. MONNET ; JCP 2002, II, 10026, note M. BILLIAU ; JCP 2002, I, 124, n°7, obs. G. VINEY ; D. 2002, p.1230, note J. JULIEN ; D. 2002, p.1317, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p.2117, note B. THULLIER ; RCA 2002, chron. 4, H. GROUDEL ; RTD civ. 2002, p.109, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambre mixte

Ch. mixte, 22 avril 2005, RTD civ. 2005, p.604, obs. P. JOURDAIN
Ch. mixte 18 mai 2007, D. 2007, p.2137, obs. J. MOULY ; JCP 2007, II, 10129, obs. G. LOISEAU

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 19 novembre 1998, LPA, 15 mars 2000, p.11 ; H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 11 ; P. JOURDAIN ; RTD civ. 2002, p.112 ; note F. RINALDI
Civ. 2, 27 janvier 2004, RTD civ. 2004, p.296, note P. JOURDAIN
Civ. 3, 7 déc. 2005 : JurisData n° 2005-031230 ; Dr. sociétés 2006, comm. 54
Civ. 3, 4 janvier 2006, Bull. Joly 2006, § 106, note S. MESSAÏ-BAHRI ; JCP E 2006, 2035, n°1,

obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; D. 2006, AJ, p.231, obs. A. LIENHARD
Civ. 2, 20 décembre 2007, RCA 2008, comm. 50, note H.GROUDEL ; D. 2008, p.1248, note J. MOULY
Civ. 2, 21 février 2008, RCA 2008, comm. 124, note H. GROUDEL ; JCP 2008, I, 186, n°5, obs. G. VINEY ; D. 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU
Civ. 2, 28 mai 2009, D. 2009, p.1606, obs. I. GALLMEISTER et p.2667, note N. PIERRE ; JCP 2009, n°28 et 95, note J. MOULY ; RTD civ. 2009, p.541, note P. JOURDAIN ; RCA 2009, chron. n°11, H. GROUDEL

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com., 22 octobre 1996, D. 1997, p.121, note A. SERIAUX et p.175, obs. P. DELEBECQUE
Com., 9 juillet 2002, JCP 2002, II,10176, obs. G. LOISEAU et M. BILLIAU ; D. 2002, p.2837, obs. P. DELEBECQUE ; D. 2003, p.457, obs. D. MAZEAUD
Com. 20 mai 2003, arrêt *Seusse*, B. n°84 ; D. 2003, AJ 1502, obs. A. LIENHARD et jur. p.2623, note B. DONDERO ; D. 2004, somm. p.266, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 2003, p.479, note J.-F. BARBIERI ; RTD civ. 2003, p.509, obs. P. JOURDAIN ; Bull. Joly 2003, § 167, note H. LE NABASQUE ; JCP 2004, I, 101, n°7, note G. VINEY
Com. 4 juillet 2006, D. 2006, AJ, p.1958, obs. A. LIENHARD ; Bull. Joly 2007, § 10, note B. DONDERO

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 26 avril 1963, B. n°354
Soc. 27 mai 1964, B. n°451
Soc. 15 décembre 1979, B. n°1021
Soc. 20 avril 1988, B. n°241
Soc., 16 mai 1990, B. n°228
Soc. 29 novembre 1990, Dr. soc. 1991, p.105, note G. COURURIER
Soc. 12 mars 1992, n°90-43028
Soc. 27 mai 1992, n°88-42382
Soc. 10 novembre 1993, n°89-42862
Soc. 26 février 1996, B. n°97
Soc. 6 juillet 1999, Dr. soc. 1999, p.961, obs. J. SAVATIER
Soc. 12 juillet 2001, D. 2001, p.3390, note Y. SAINT-JOURS ; D. 2002, p.1311 et s., obs. P. JOURDAIN
Soc. 28 février 2002, RTD civ. 2002, p.310, note P. JOURDAIN ; D. 2002, p.2696, note X. PRETOT

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 28 mars 2006, RCA 2006, comm. 289, note H. GROUDEL ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY
Crim. 13 mars 2007, RCA 2007, étude 13, A. VIALARD
Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUDEL
Crim. 17 novembre 2009, n°09-82678
Crim. 10 mai 2011, n°10-87653

Juridictions du fond

CA Paris, 28 septembre 1982, D. 1982, p.494

B. La condition tenant au non-respect des prérogatives fonctionnelles

1. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et mandataire dirigeant

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 2, 23 octobre 1985, Rev sociétés 1986, p.408, note B. BOULOC

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 4 mars 1969, B. n°81
Com. 27 février 1996, *Vilgrain*, B. n°439 ; Bull. Joly, 1996, § 164, note COURET ; JCP E 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; JCP 1996, II, 22665, note J. GHESTIN
Com. 24 février 1998, Bull. Joly 1998, § 266, n°266, note B. PETIT

Com. 20 octobre 1998, D. aff. 1999, p.41, note V. A.-R. ; RTD com. 1999, p.142, note B. P. ; JCP E 1998, p.2025, note A. COURET ; JCP 1999, I, 116, n°3, note P. SIMLER ; Bull. Joly 1999, § 19, note J.-F. BARBIERI
Com. 12 février 2002, Bull. Joly 2002, § 137, note B. SAINTOURENS
Com. 3 décembre 2002, Dr. sociétés 2003, comm. 131, note J. MONNET
Com. 12 mai 2004, *Beley*, JCP 2004, II, p. 1754, note D. GREGORY ; Dr. sociétés 2004, comm. 147, note H. HOVASSE

Index de jurisprudence

Com. 6 mai 2008, n° 07-13198, Dr. sociétés 2008, comm. 156, H. HOVASSE ; Bull. Joly 2008, § 190, note T. MASSART
Com. 15 novembre 2011, Rev. sociétés 2012, p.292, note L. GODON

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 20 juin 2007, n° 07-80065, Dr. sociétés 2007, comm. 204, note R. SALOMON

Juridictions du fond

CA Paris, 16 mai 1978, Rev. sociétés 1979, p.72, note J.G
CA Paris, 28 avril 1983, JCP 1986, II, 20553, note A. VIANDIER
CA Paris, 4 février 2000, RTD com. 2000, p.386, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Bull. Joly 2000, § 817 ; RJDA 2000, n°674

2. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et préposé

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 12 octobre 1993, *Rochas*, D. 1994, p.124, note G. VINEY ; JCP 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; RTD civ. 1994, p.113, obs. P. JOURDAIN ; Defrénois 1994, art. n°35845, note J.-L. AUBERT

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 16 janvier 1992, n°90-43198
Soc. 5 décembre 1996, B. n°424

Soc. 6 mai 1997, Dr. soc. 1997 p. 734, obs. J. SAVATIER
Soc. 28 mai 1997, 94-43575
Soc. 2 décembre 1997, n°95-41827
Soc. 8 avril 1998, n°96-40074
Soc. 12 juillet 1999, n°97-41981
Soc. 7 décembre 1999, n°97-44854
Soc. 19 mars 2003, n°01-40084

§ 2. Les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction

A. Participation à la réparation du préjudice de la victime

Cour de cassation – Assemblée plénière

AP, 13 novembre 1987, Gaz. Pal. 17 février 1988, p.3, note H. MARGEAT et J. LANDEL
AP, 25 février 2000, *Costedoat*, D. 2000, p.467, obs. P. DELEBECQUE et p.673, note P. BRUN ; JCP 2000 II 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; JCP 2000, I, 241 n°16, obs. G. VINEY ; RCA 2000, chron. 11, H. GROUDEL ; RCA 2000, chron. 22, C. RADE ; RTD civ. 2000, p.582, obs. P. JOURDAIN

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 4 décembre 1939, D 1941, p.124, note HOLLEAUX
Civ. 6 mars 1968, D. 1968, somm. p.90

Civ. 1, 5 janvier 1970, D. 1970, p.185, note G.C.M. ; JCP 1970, II, 16265, note LINDON
Civ. 2, 6 février 1974, B. n°53
Civ. 1, 6 mars 1985, D. 1986, p.29, note C.-J. BERR et H. GROUDEL
Civ. 2, 28 octobre 1987, B. n°214

Cour de cassation – Chambre commerciale

Com. 6 mars 1984, B. n°92

Cour de cassation – Chambre sociale

Soc. 28 avril 1964, B. n°350

B. Le caractère assurable de la réparation

Cour de cassation – Chambres civiles

Civ. 1, 20 mars 1989, B. n°122
Civ. 1, 10 décembre 1991, RCA 1992, comm. 109
Civ. 2, 9 juillet 1997, RCA 1997, comm. 353

Civ. 1, 15 décembre 1998, RJDA 1999, p.292, note J. KULLMANN
Civ. 3, 24 février 1999, B. n°671

Civ. 1, 3 avril 2002, B. n°104 ; RTD civ. 2003, p.144, obs. R. PERROT
Civ. 2, 20 avril 2002, B. n°83, RTD civ. 2003, p.144, obs. R. PERROT
Civ. 2, 18 mars 2004, B. n°130
Civ. 2, 23 septembre 2004, B. n°410
Civ. 1, 6 avril 2004, RGDA 2004, p.372, note J. KULLMANN
Civ. 2, 17 mars 2011, RCA 2011, comm. 202

Cour de cassation – Chambre commerciale
Com. 5 mars 1974, B. n°80

Cour de cassation – Chambre criminelle
Crim. 13 novembre 1986, JCP 1987, IV, 25
Crim. 6 juin 1990, B. n°226
Crim. 8 août 1990 : B. n°220

Chapitre 2. La sanction pénale de la faute de fonction

Cour de cassation – Chambre commerciale
Com. 31 mars 2004, Dr. sociétés 2004, n°131, obs. T. BONNEAU ; JCP E 2004, 1510, n°4, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G.

WICKER ; Bull. Joly 2004, § 197, note G. AUZERO

Section 1. L'influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale

§ 1. L'influence de la faute de fonction sur l'existence de l'infraction

Cour de cassation – Chambre criminelle
Crim. 20 septembre 1894, DP 1899, p.350
Crim. 22 janvier 1953, D. 1953, p.109, rapp. PATIN
Crim. 28 février 1962, B. n°111
Crim. 14 décembre 1971, B. n°34

Crim. 24 mai 1973, B. n°238
Crim. 14 janvier 1980, B. n°21
Crim. 12 septembre 2000, RSC 2001, p.399, obs. A. CERF-HOLLENDER
Crim. 30 avril 2002, B. n°89
Crim. 26 juin 2002, B. n°148

§ 2. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction

A. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit commun

Cour de cassation – Chambre criminelle
Crim. 22 juin 1999, n° 98-85258

Crim. 11 janvier 2001, n° 00-80524

B. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit spécial

- L'abus de biens sociaux

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 18 mars 1936, RSC 1936, p.562, obs. H. DONNEDIEU DE VABRES

- Crim. 10 novembre 1964, JCP 1965, II, 14146, note R.D.M
- Crim. 8 mars 1967, B. n°94
- Crim. 12 avril 1967, B. n°115
- Crim. 3 mai 1967, B. n°148
- Crim. 16 mars 1970, B. n°107, Rev. sociétés 1970, p.480, note B. BOULOC
- Crim. 24 avril 1971, Rev. sociétés 1971, p.608, note B. BOULOC
- Crim. 26 juin 1978, JCP 1978, IV, 273
- Crim. 5 mars 1980, B. n°81, D. 1980, IR, p.335, obs. M. PUECH
- Crim. 10 octobre 1983, n°83-93735
- Crim. 16 janvier 1989, B. n°17 ; D. 1989, p.495, note COSSON, Rev. sociétés 1989, p.683, note B. BOULOC
- Crim. 13 mai 1991, n°90-84154
- Crim. 30 septembre 1991, Bull. Joly 1992, § 40, note D. BARADERIE
- Crim. 22 avril 1992, *Carpaye*, B., n°169 ; Rev. sociétés 1993, p.124, note B. BOULOC ; D. 1995, p.59, note H. MASTOPOULOU
- Crim. 14 juin 1993, Bull. Joly 1993, § 337, note B. SAINTOURENS
- Crim. 10 juillet 1995, JCP 1996, I, 22572, obs. J. PAILLUSSEAU
- Crim. 11 janvier 1996, arrêt *Rosemain*, Rev. sociétés 1996, p.586, note B. BOULOC
- Crim. 20 juin 1996, D. 1996, p.589, obs. B. BOULOC
- Crim. 6 février 1997, arrêt *Botton*, D. 1997, p.334, note J.-F. RENUCCI, Rev. sociétés 1997, p.146, obs. B. BOULOC, Bull. Joly 1997, § 291, note J.-F. BARBIERI
- Crim. 20 mars 1997, Rev. sociétés 1997, p.581, note B. BOULOC
- Crim. 27 octobre 1997, arrêt *Carignon*, Rev. sociétés 1997, 869, note B. BOULOC, Bull. Joly 1998, § 2, note J.-F. BARBIERI
- Crim. 1^{er} mars 2000, Bull. Joly 2000, § 710, obs. A. MEDINA ; RSC 2000, p.576, note B. BOULOC
- Crim. 13 décembre 2000, Bull. Joly 2001, § 389, note J.-F. BARBIERI
- Crim. 13 décembre 2000, B. n°373, Rev. sociétés 2001, p.394, note B. BOULOC
- Crim. 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. 6, obs. J.-H. ROBERT
- Crim. 20 février 2002, Rev. sociétés 2002, p. 546, note B. BOULOC
- Crim. 14 mai 2003, RSC 2003, p.797, obs. D. REBUT
- Crim. 28 janvier 2004, Rev. sociétés 2004, p.722, note B. BOULOC
- Crim. 5 mai 2004, Dr. sociétés 2004, comm. 157, R. SALOMON
- Crim. 19 mai 2004, Dr. pén. 2004, comm. 129 ; RPDP 2005, p.239, obs. V. MALABAT
- Crim. 22 septembre 2004, Dr. pén. 2004, comm. 177, obs. J.-H. ROBERT
- Crim. 4 novembre 2004, Dr. sociétés 2005, comm. 57, R. SALOMON
- Crim. 9 mars 2005, n°03-87371 (inédit), RPDP 2005, p.977, obs. S. FOURNIER
- Crim. 31 mai 2006, Rev. sociétés 2007, p.121, obs. B. BOULOC
- Crim. 14 juin 2006, Dr. pén. 2006, comm. 127, obs. J.-H. ROBERT
- Crim. 25 octobre 2006, Rev. sociétés 2007, p.146, obs. B. BOULOC ; Bull. Joly 2007, § 47, obs. J.-F. BARBIERI
- Crim. 8 novembre 2006, Rev. sociétés 2007, p.374, obs. B. BOULOC
- Crim. 31 janvier 2007, B. n°28 ; Rev. sociétés 2007, p.379, obs. B. BOULOC ; RSC 2007, p.310, obs. D. REBUT
- Crim. 6 juin 2007, RSC 2007, p.832
- Crim. 19 septembre 2007 : D. 2008, p. 958 note D. REBUT
- Crim. 19 septembre 2007, Dr. pén. 2007, comm. 156, J.-H. ROBERT
- Crim. 22 octobre 2008, n°07-88111
- Crim. 4 novembre 2009, n°08-88437
- Crim. 13 janvier 2010, Dr. pén. 2010, comm. 61
- Crim. 16 mai 2012, n° 11-85.150, D. 2012, p. 1401 ; Dr. pén. 2012, comm. 104, J.-H. ROBERT

Section 2. L'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale

§ 1. Le principe d'une imputation comportementale indifférente à la fonction

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 6 mai 1964, JCP 1964, II, 13746 bis

§ 2. Les exceptions à l'imputation comportementale

A. L'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise

Conseil constitutionnel

CC, 2 décembre 1976, JO du 7 décembre 1976, p.7052

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 26 août 1859, S. 1859, p.973
Crim. 21 décembre 1907, S. 1910, p.593
Crim. 2 février 1954, JCP 1954, II, 8318
Crim. 6 octobre 1955, JCP 1956, II, 9098, note G. DE LESTANG
Crim. 28 février 1956, JCP 1956, II, 9304, note R. DE LESTANG
Crim. 15 octobre 1958, B. n°627
Crim. 10 janvier 1963, B. n°19
Crim. 27 mars 1963, B. n°13
Crim. 11 juin 1963, JCP 1963, II, 13391
Crim. 10 juillet 1963, B. n°255
Crim. 4 novembre 1964, B. n°278 ; RSC 1965, 650, obs. LEGAL
Crim. 16 juin 1971, B. n°192
Crim. 11 janvier 1972, B. n°14
Crim. 13 janvier 1972, B. n°23
Crim. 18 janvier 1973, B. n°25
Crim. 14 février 1973, B. n°81
Crim. 16 octobre 1974, B. n°298
Crim. 23 janvier 1975, D. 1975, p.375, note J. SAVATIER ; JCP 1976, II, 18333, note J.-H. ROBERT
Crim. 28 janvier 1975, B. n°32
Crim. 23 mai 1978, Dr. ouvrier 1978, p.346, note N. ALVAREZ
Crim. 14 mars 1979, B. n°109
Crim. 3 mars 1981, JCP 1982, II, 19769, note Y. REINHARD
Crim. 19 janvier 1982, *Schmidt et Thomas*, inédit
Crim. 2 février 1982, B. n°36
Crim. 26 novembre 1985, B. n°377
Crim. 13 mai 1986, Juri-soc. 1986, SJ 159
Crim. 14 octobre 1986, B. n°288
Crim. 18 février 1987, B. n°81
Crim. 19 janvier 1988, B. n°29 ; D. 1990, somm., p.365, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE
Crim. 9 octobre 1989, B. n°343
Crim. 11 mars 1993, B. n°112, D. 1994, somm., p.156, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; JCP E 1994, n°571, note J.-H. ROBERT ; RSC 1994, p.101, obs. B. BOULOC

Crim. 19 octobre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 38, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 19 décembre 1995, Dr. pén. 1996, comm. 38
Crim. 6 mai 1996, Dr. pén. 1996, comm. 261, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 17 septembre 1996, Dr. ouvrier 1997, p.45, obs. M. RICHEVAUX
Crim. 28 octobre 1998, B. n°281
Crim. 30 juin 1999, B. n°175
Crim. 7 décembre 1999, Dr. pén. 2000, comm. 77, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 12 septembre 2000, B. n°268 ; RSC 2001, p.399, obs. A. CERF-HOLLENDER et RSC 2001, p.156, obs. Y. MAYAUD
Crim. 5 décembre 2000, B. n°363 ; RSC 2001, p.379, obs. Y. MAYAUD
Crim. 16 janvier 2001, B. n°14, RSC 2001, p.577, obs. Y. MAYAUD
Crim. 16 janvier 2001, B. n°15 ; RSC 2001, p.577, obs. Y. MAYAUD
Crim. 13 février 2001, B. n°41
Crim. 18 septembre 2001, JurisData n°011335
Crim. 19 février 2002, RSC 2002, p.837, obs. G. GIUDELLI-DELAGE
Crim. 5 mars 2002, RJS 2002, n°989
Crim. 4 juin 2002, D. 2003, p.95, note S. PETIT
Crim. 11 février 2003, B. n°28 ; RSC 2003, p.801, obs. G. GIUDELLI-DELAGE
Crim. 13 septembre 2005, B. n°224
Crim. 31 janvier 2006, JCP 2006, II, 10079, note E. DREYER
Crim. 28 mars 2006, B. n°91 ; RCA 2006, comm. 289, obs. H.GROUTEL ; RTD civ. 2007, p.135, note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II, 10188, note J. MOULY ; JCP S 2006, n°1448, note J.-F. CESARO
Crim. 20 mai 2008, n°08-80896
Crim. 12 novembre 2008, RCA 2009, comm. 5, H. GROUTEL
Crim. 12 mai 2009, n°08-85444
Crim. 9 septembre 2009, n°08-88296
Crim. 13 octobre 2009, D. 2010, p.557, note J.-C. PLANQUE ; Dr. pén. 2009, comm. 154, M. VERON ; JCP 2010, 152, obs. J.-H. ROBERT
Crim. 27 octobre 2009, n°09-80490
Crim. 16 décembre 2009, n°09-80125
Crim. 26 octobre 2010, JCP S 2011, n°1062, note A. MARTINON

Juridictions du fond

CA Poitiers, 20 novembre 1901, D. 1902, p.81, note
G. LE POITTEVIN

CA Montpellier, 28 mai 2009 : JurisData n°2009-
008799

B. L'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale

Cour de cassation – Chambre criminelle

Crim. 2 décembre 1997, JCP 1998, II, 10023, rapp.
F. DESPORTES ; RSC 1998, p.536, obs. B.
BOULOC

Crim. 1^{er} décembre 1998, D. 2000, p.34, note M.-A.
HOUTMANN ; RSC 1999, p.336, obs. G.
GIUDICELLI-DELAGE et p.577 obs. B.
BOULOC ; RTD com. 1999, p.774, obs. B.
BOULOC

Crim. 11 mai 1999, B. n°93 ; Dr. pén. 1999, comm.
140, obs. M. VERON ; RSC 2000, p.194, obs.
B. BOULOC

Crim. 9 novembre 1999, B. n°252 ; RSC, p.600,
obs. B. BOULOC

Crim. 14 décembre 1999, B. n° 306 ; RSC, p.600,
obs. B. BOULOC

Crim. 18 janvier 2000, D. 2000, p.636, note J.-C.
SAINT-PAU

Crim. 26 juin 2001, B. n°161 ; Dr. pén. 2002,
comm. 8 ; D. 2002, p.1802, obs. G. ROUJOU
DE BOUBEE ; RSC 2002, p.99, obs. B.
BOULOC ; RTD com. 2002, p.178, obs. B.
BOULOC

Crim. 29 avril 2003, D. 2004, p.167, note J.-C.
SAINT-PAU

Crim. 8 septembre 2004, Dr. pén. 2005, comm. 11,
obs. M. VERON

Crim. 23 mai 2006, Dr. pén. 2006, comm. 128

Crim. 20 juin 2006, JCP 2006, II, 10199, note E.
DREYER ; D. 2007, p.617, note J.-C. SAINT-
PAU ; Dr. pén. 2006, comm. 128, obs.
M.VERON ; RSC 2006, p.825, obs. Y.
MAYAUD

Crim. 26 juin 2007, Dr. pén. 2007, comm. 135, obs.
M. VERON

Crim. 1^{er} avril 2008, Dr. pén. 2008, comm. 140,
note M. VERON

Crim. 25 juin 2008, Dr. pén. 2008, comm. 140, obs.
J.-H. ROBERT ; RSC 2009, p.89, obs. E.
FORTIS ; RPD publ. 2008, p.859, obs. P.
BONFILS

Crim. 28 janvier 2009, Dr. pén. 2009, comm. 48,
obs. J.-H. ROBERT

Crim. 24 mars 2009, Dr. pén. 2009, comm. 84, obs.
J.-H. ROBERT

Crim. 29 septembre 2009, n°09-80254

Crim. 13 octobre 2009, D. 2010, p.557, note J.-C.
PLANQUE ; Dr. pén. 2009, comm. 154, M.
VERON, JCP 2010, 152, obs. J.-H. ROBERT

Crim. 1^{er} décembre 2009, Dr. pén. 2010, comm. 74,
obs. M. VERON

Crim. 16 décembre 2009, Gaz. Pal. 24 mars 2010,
p.20, obs. S. DETRAZ

Crim. 23 février 2010, n°09-81819

Crim. 9 mars 2010, n°09-80543, D. 2010, p.2135,
note J.-Y. MARECHAL ; RSC 2010, p.617,
obs. Y. MAYAUD

Crim. 13 avril 2010, n°09-86429

Crim. 1^{er} septembre 2010, n°09-87331

Crim. 15 février 2011, Dr. pén. 2011, 62, obs. M.
VERON

Crim. 22 février 2011, Gaz. Pal. 30-31 mars 2011,
p.8, note J.-C. SAINT-PAU

Crim. 11 octobre 2011, D. 2011, p. 2841, note N.
RIAS

Crim. 11 avril 2012, D. 2012, p.1381, note J.-C.
SAINT-PAU ; JCP 2012, 740, note J.-H.
ROBERT

Juridictions du fond

Trib. corr. Versailles, 18 décembre 1995, JCP 1996,
II, 22640, note J.-H. ROBERT

Trib. corr. Lyon, 9 octobre 1997, Dr. pén. 1997,
comm. 154, J.-H. ROBERT

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

– A –

Abus de biens sociaux :

- contrariété à l'intérêt social : 688, 689
- détournement : 687
- illicéité : 689
- infraction formelle : 686
- intérêt personnel : 690 et s.
- prise de risque anormale : 688

Abus de fonction :

- bonne foi/croyance légitime de la victime :
225
- critères : 234, 237 et s.
- matière contractuelle : 240

Accident de la circulation : 446, 474 et s.

Accident du travail : 214, 459, 463

Action civile : 704

Action pour le compte d'autrui : 109 et s.

Action sociale : 594

Agent général d'assurance : 496

Apparence (théorie de l') : 226, 229, 294

Appel en garantie : 565, 657

Association : 487

Assurance de responsabilité civile :

- action directe de la victime : 524
- de la personne morale : 661
- du commettant : 477, 660
- du dirigeant : 659, 661
- du préposé : 659
- immunité de recours : 524, 656

– C –

Capacité : 156

Capitaine de navire : 497

Chef d'entreprise, V. Responsabilité pénale

Class action : 594

Circonstances aggravantes : 671

Commandement de l'autorité légitime : 405, 668

Commettants (responsabilité des) :

- et faute : 392, 395, 401
- maîtrise de l'activité : 418
- théorie de la garantie : 425
- théorie de la représentation : 74
- théorie du risque-autorité : 418
- théorie du risque-profit : 430 et s.

Commissionnaire : 92, 111, 122, 128, 169, 502 et s.

Compétence :

- de jouissance : 156
- d'exercice : 156
- et capacité : 155

Contrainte : 405, 668

Contrat d'entreprise : 70, 91, 122

Convention d'assistance : 80

Corporate governance : 588, 625, 626, 647

Corruption : 672 et s.

– D –

Délégation de pouvoirs :

- conditions : 717
- domaine : 723

Détournement de fonction : 238, 297 et s., 645 et s., 648 et s.

Détournement de fonds : 225, 238

Détournement de pouvoirs : 147, 158, 242, 293, 297 et s.

Dépassement de la fonction : 245, 289 et s., 645, 648 et s.

Dépassement de pouvoirs : 158, 247

Dirigeant : V. mandataire social

Disciplinaire, V. sanction disciplinaire

Droit allemand :

- dirigeant social (qualification) : 56,
- faute de fonction du préposé : 316

Droit anglais : 317

Droit belge : 317, 319

Droit canadien : 316

- dirigeant social (qualification) : 56

Droit subjectif : 142, 145, 149, 151

Duty of care and skill: 625

Duty of loyalty: 647

– E –

EIRL : 501

Entreprise :

- définition :
- économique : 184
- institutionnelle : 180
- sociale : 188
- définition proposée : 193
- intérêt : 180 et s.

Etat de nécessité : 405, 668

– F –

Faits justificatifs : 405

Faute :

- définition (civile délictuelle) : 199
- de fonction putative : 226
- de la victime : 226
- de mission : 204, 254, 267
- détachable / séparable : 235, 256 et s.
- inexcusable : 256, 261, 459, 463, 633, 638, 651
- intentionnelle : 260, 633, 641
- lourde : 630, 633, 641

Faute de gestion : 624

Faute de service :

– et acte administratif : 330

– et infraction pénale : 339

– et lien fonctionnel : 337

Faute personnelle (droit administratif) :

- détachable : 341 et s.
- et infraction pénale : 343 et s.
- faute purement personnelle : 352
- non dépourvue de tout lien avec le service : 348

Fiction (théorie de la) : 58

Fonction :

- action pour le compte d'autrui : 109
- caractère altruiste : 107
- caractère légitime : 129 et s.
- caractère permanent : 125
- catégorie juridique : 104 et s.
- de protection : 164, 168, 172
- d'expansion : 165, 169, 173
- et profession : 115
- prérogatives fonctionnelles : 134 et s.
- situation juridique : 99
- sociale : 102

Fonction parentale : 118, 130, 164, 172

Fonction tutélaire : 105, 112, 119, 130, 164, 172

Fonction syndicale : 120

Fonction patronale : 121, 165, 175

– G –

Garantie :

- garantie du fait d'autrui :
- théorie : 425

Garantie de la condamnation pénale d'autrui : 708

Garde :

- définition : 139
- incompatibilité des qualités de gardien et de préposé : 138 et s.

Gestion d'affaire : 108, 123, 128

– I –

Immunité :

- constitutionnalité : 459
- conventionalité : 465 et s.
- de fond : 531 et s.
- de recours du préposé : 524
- et action civile : 704
- légalité : 446, 447
- procédurale : 523 et s.

Imprudence :

- qualifiée : 633, 638, 668, 726 et s.
- simple : 633, 635

Imputation :

- comportementale : 542, 701 et s.
- et causalité : 538 et s., 701
- et imputabilité : 535 et s.
- fonctionnelle cumulative :
- fonctionnelle exclusive : 545, 561, 703
- notion : 534 et s.

Indemnisation : 410, 413

Intention :

- de causer un dommage : 260, 637
- de nuire : 303, 630
- en droit pénal : 218, 260

Intérêt général : 461

Intérêt social :

- et intérêt commun des associés : 59
- et intérêt de l'entreprise : 180 et s.
- et intérêt supérieur de la personne morale : 59
- notion : 59

– L –

Lien de préposition : V. préposition

Lien de représentation : V. représentation

Lien fonctionnel : 198

Lien organique : V. organe

Loyauté (devoir ou obligation de) : 114

– M –

Mandataire : 70, 122, 128, 169, 512

Mandat social :

- de fait : 81, 91, 132, 162, 507
- objet : 83 et s.
- théorie de l'incarnation : 63
- théorie de l'organe : 61 et s.
- théorie du représentant conventionnel : 66, 169
- théorie du représentant légal : 65

Médecin (salarié) : 47, 495

Mission :

- et fonction : 127
- faute : 204, 265, 267

– O –

Obligation de loyauté : 647

Obligation *in solidum* : 612, 655

Obligation pénale de résultat :

Organe

- définition : 59 et s.
- indépendance : 43
- (théorie de l') : 61 et s., 396

– P –

Peine privée : 596, 633

Personnalité de la responsabilité pénale : 700

Personne morale :

- notion : 58
- théorie de la fiction : 58
- théorie de la réalité juridique : 58
- théorie de la réalité organique : 58

Pouvoir :

- attribués : 142, 151
- de fait du préposé : 145
- délégués : 142, 151
- de représentation : 71, 111, 142, 151 et s.

Index alphabétique

- légaux (théorie des) : 294
- notion : 140

Préposition :

- assistance bénévole, V. convention d'assistance
- conducteur d'un véhicule terrestre à moteur :
- de fait : 80, 132, 162, 506
- définition : 41 et s., 45 et s.
- gardien : 138
- indépendant : 47 et s., 495 et s.
- objet : 75, 83 et s.
- pluralité d'employeurs : 46
- représentant : 72 et s.

Procédures collectives : 490 et s.

Profession : 115

Projet CATALA : 448, 511, 546, 618

– R –

Réalité (théorie de la) : 58

Réalité technique (théorie de la) : 58

Recours :

- de la personne morale contre l'organe : 564, 656
- du commettant contre le préposé : 563, 656

Rémunération (et profit) : 110, 485

Représentation :

- et mandat : 70
- représentation légale : 65
- représentation conventionnelle : 66
- théorie de la : 70 et s., 395, 401, 422

Responsabilité civile :

- équilibre patrimonial : 438
- fonctions : 382
- pour faute (valeur constitutionnelle) : 455 et s.

Responsabilité contractuelle :

- du commettant : 476 et s.
- du fait d'autrui : 74, 479
- du salarié : 608, 619, 630, 649
- et théorie du risque-profit : 476, 608 et s.

- existence : 74

Responsabilité de l'Administration :

- garantie : 363, 369 et s.
- risque de l'entreprise : 360

Responsabilité délictuelle du commettant :

- cause d'exonération : 578
- fait générateur : 558
- fondement :
 - fondement fautif : 395
 - responsabilité du fait d'autrui : 551
 - responsabilité-garantie : 572, 708
 - théorie de la garantie : 425
 - théorie de la représentation : V. ce mot
 - théorie de la responsabilité-garantie : 401
 - théorie du risque-autorité : 401, 418

Responsabilité délictuelle de la personne morale :

- cause d'exonération : 578
- fait générateur : 553, 558
- fondement : 396
- légalité : 445
- limites : 576
- responsabilité directe : 553
- responsabilité du fait d'autrui : 552
- responsabilité-garantie : 572

Responsabilité du fait d'autrui : 551

Responsabilité du fait des choses : 138

Responsabilité du préposé :

- exécutant : 668, 703
- délégataire de pouvoirs : 497, 717
- responsabilité subsidiaire : 448, 546

Responsabilité pénale du chef d'entreprise :

- analyses objectives : 714
- analyses subjectives : 712
- délégation de pouvoirs : V. ce mot
- domaine d'application : 721 et s.
- faute : 713, 718, 719
- fondement : 720
- infractions intentionnelles : 725

Index alphabétique

– obligation pénale de résultat : 715, 719

– S –

Responsabilité pénale de la personne morale :

- cause d'irresponsabilité : 740
- délégation de pouvoirs : 740
- détournement de pouvoirs : 243
- et responsabilité du *substratum* humain : 737
- faute diffuse : 224
- faute distincte : 224, 731
- fondement : 739
- infraction pour le compte : 224, 243
- préposé délégataire : 219
- présomption d'imputation : 216 et s., 736
- responsabilité du fait d'autrui : 732
- responsabilité indirecte : 734 et s.

Risque (théorie du) :

- des risques anormaux de l'entreprise : 612
- risque-autorité : 401, 418
- risque professionnel : 429
- risque-profit : 430

Sanction disciplinaire :

- du dirigeant : 626
- du préposé : 594, 639

Société :

- analyse contractuelle : 59
- analyse institutionnelle : 59
- unipersonnelle : 488

Sous-traitance : 510

Subrogation : 526

– T –

Transfert de salarié : 46

– V –

Victime cocontractante du commettant :

- action contre le commettant :
 - fondement contractuel : 478
 - fondement délictuel : 477
- théorie du risque-profit : 479

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
I. LA PLACE DE LA FAUTE DE FONCTION DANS LE REGIME JURIDIQUE DES PREPOSE ET DIRIGEANT DE GROUPEMENT .	27
II. LA PLACE DE LA FAUTE DE FONCTION DANS LE DROIT DE LA RESPONSABILITE	35
PARTIE 1. L'ANALYSE CONCEPTUELLE DE LA FAUTE DE FONCTION.....	45
TITRE 1. LE CADRE DE LA FAUTE DE FONCTION	47
CHAPITRE 1. Le cadre induit de la faute de fonction.....	49
Section 1. La nature des liens personnels	50
§ 1. La nature des liens personnels envisagés dans la sphère interne.....	51
A. L'affirmation de la dualité des liens personnels au stade de leur définition	52
B. L'affirmation de la dualité des liens personnels au stade de leur qualification	55
§ 2. La nature des liens personnels envisagés dans la sphère externe	62
A. La nature controversée du lien organique envisagé dans la sphère externe	64
1. Les qualifications juridiques <i>sui generis</i>	73
2. Les qualifications juridiques communes appliquées à l' « organe » de la personne morale	77
B. La nature ignorée du lien de préposition envisagé dans la sphère externe.....	81
1. L'exclusion de la qualification de représentant à raison de l'objet de la représentation	86
2. L'exclusion de la qualification de représentant à raison de la situation du représentant	92
Section 2. Les sources des liens personnels	95
Section 3. L'objet des liens personnels	101
§ 1. L'objet des liens personnels, critère efficace d'unification du cadre de la faute de fonction...	105
§ 2. L'objet des liens personnels, critère inefficace de circonscription du cadre de la faute de fonction.....	108
CHAPITRE 2. Le cadre déduit de la faute de fonction	113
Section 1. Un cadre fonctionnel	118
§ 1. Une situation fonctionnelle.....	121
A. La détermination de la catégorie juridique de la fonction.....	123
B. La caractéristique classique de l'exercice altruiste de la fonction	125
1. Les contours de l'exercice altruiste de la fonction.....	126
a. Le mécanisme de l'action pour le compte d'autrui	127
b. L'exigence d'un devoir de loyauté accru	132
c. L'autonomie de la notion de fonction.....	133
2. Les situations fonctionnelles issues du caractère altruiste	135
a. L'authentification de situations présumées fonctionnelles.....	135
b. La délimitation des fonctions conventionnelles	138
c. La qualification fonctionnelle de la gestion d'affaires	140
C. Les caractéristiques modernes de la fonction.....	140
1. Le caractère permanent de la fonction.....	140
a. La définition du caractère permanent de la fonction	141
b. La distinction fonction-mission.....	142
c. Les disqualifications issues du caractère permanent de la fonction.....	143
2. Le caractère légitime de la fonction.....	145
a. Le caractère légitime des charges et prérogatives	146
b. Le caractère légitime de la situation fonctionnelle	148
§ 2. Des prérogatives fonctionnelles.....	150
A. Les obstacles à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles	152
1. L'incompatibilité des qualités de préposé et de gardien	152
2. L'analyse classique du concept de pouvoir	155
B. Les arguments favorables à la reconnaissance de prérogatives fonctionnelles	158

Table des matières

1. Une conception restrictive des prérogatives juridiques	158
2. Une analyse renouvelée des pouvoirs	162
C. L'encadrement des prérogatives fonctionnelles par la notion de compétence.....	165
1. L'autonomie de la notion de compétence au stade de sa définition	166
2. L'autonomie de la notion de compétence au stade de sa qualification	171
Section 2. Un cadre fonctionnel déterminé	175
§ 1. Les classifications opérantes	175
A. La classification fondée sur la légitimité de la fonction	175
B. La classification fondée sur la finalité de la fonction	176
1. Exposé de la classification.....	176
2. Les échos de la classification en droit positif	179
a. Les sources des fonctions	179
b. Les règles de responsabilité	181
§ 2. Le cadre fonctionnel de l'entreprise	183
A. La définition de l'entreprise.....	184
1. Le rejet de l'approche institutionnelle de l'entreprise	186
2. L'admission de l'approche matérielle de l'entreprise.....	190
a. Les critères issus de la réalité économique de l'entreprise	192
b. Les critères issus de la réalité sociale de l'entreprise	196
B. La substance du « lien d'entreprise »	200
CONCLUSION DU TITRE 1	206
TITRE 2. LA DEFINITION DE LA FAUTE DE FONCTION	207
CHAPITRE 1. La définition induite de la faute de fonction.....	211
Section 1. Les critères de rattachement de la faute à la fonction.....	217
§ 1. Les critères objectifs de rattachement de la faute.....	218
A. Le critère actuellement commun.....	218
B. Les critères possiblement communs.....	219
1. Un contexte fonctionnel	219
2. Le caractère intrinsèquement fonctionnel de la faute	221
§ 2. Les critères subjectifs de rattachement de la faute	227
A. L'état d'esprit de l'auteur	228
B. L'état d'esprit de la victime.....	230
Section 2. Les critères de détachement de la faute de la fonction	236
§ 1. Les critères de détachement absolu de la faute	237
A. Le détournement de la fonction	238
B. Le dépassement de la fonction	243
§ 2. Les critères de détachement relatif de la faute	247
A. L'identification des critères de détachement relatif.....	247
1. La détachabilité de la faute de fonction	248
a. La possibilité d'une détachabilité commune	248
b. La réalité d'une détachabilité commune	250
α. La détachabilité à raison de la gravité de la faute du dirigeant	250
β. La détachabilité à raison de la gravité de la faute du préposé.....	257
2. La distension du lien fonctionnel	259
B. Les effets des critères de détachement relatif.....	262
CHAPITRE 2. La définition déduite de la faute de fonction.....	267
Section 1. Les résultats de l'analyse déductive du cadre de la faute de fonction	268
§1. La faute commise dans la situation fonctionnelle	269
A. L'établissement de critères adéquats à la qualification de faute commise dans la situation fonctionnelle	269
B. La réception des critères par le droit positif	271
§2. La faute commise dans l'exercice des prérogatives fonctionnelles	273
A. Le respect des frontières externes des prérogatives fonctionnelles	273
1. Les contours des frontières externes.....	273
2. La qualification fonctionnelle issue du respect des frontières externes.....	275
B. Le respect des frontières internes des prérogatives fonctionnelles	279
1. La pertinence du respect des frontières internes comme critère fonctionnel	280
a. Les interférences des pouvoirs légaux des dirigeants sur les frontières internes	281
b. Le mode d'appréciation de la violation des frontières internes	282

Table des matières

2. Le seuil de violation des frontières internes	283
3. La qualification fonctionnelle issue du respect des frontières internes	286
Section 2. Les enseignements de l'analyse comparatiste.....	290
§ 1. Les enseignements du droit étranger	290
A. Les apports du droit étranger	291
B. Les limites du droit étranger	294
1. L'inexistence de critères de détachement relatif.....	294
2. Des critères de qualification peu exploitables	295
§ 2. Les enseignements du droit administratif.....	298
A. Les enseignements relatifs aux définitions techniques	298
1. L'évolution de la faute de service	299
a. Le critère initialement spécifique au droit administratif	299
b. La consécration de critères transposables	302
2. L'évolution des fautes personnelles	306
a. Les fautes personnelles détachables du service	306
α. La faute personnelle intellectuellement détachable du service	307
β. La faute personnelle psychologiquement détachable du service	310
b. Les fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service.....	311
c. Les fautes purement personnelles.....	313
B. L'existence de fondements ontologiques	315
1. La faute de l'Administration	316
a. Un acte administratif.....	316
b. Un risque de l'entreprise administrative	318
α. L'apparente double origine de la définition ontologique	318
β. La portée du fondement ontologique sur les critères techniques	321
2. Les fautes fonctionnelles des agents publics	322
C. La possible transposition au droit privé	326
CONCLUSION DU TITRE 2	329
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	331
PARTIE 2. L'ANALYSE FONCTIONNELLE DE LA FAUTE DE FONCTION	335
TITRE 1. LA FAUTE DE FONCTION REPARATRICE.....	339
CHAPITRE 1. Le fondement du régime de la faute de fonction réparatrice	341
Section 1. Le fondement politique propre au régime de la faute de fonction réparatrice .	342
§ 1. L'abandon du fondement fautif	343
A. L'abandon nécessaire du fondement fautif	343
1. L'impossible rattachement de la responsabilité fonctionnelle à la responsabilité pour faute personnelle	343
a. L'impossible rattachement direct à la responsabilité pour faute personnelle	344
α. L'impossible renvoi à la faute du responsable	345
β. L'impossible référence au comportement causal du responsable	347
b. L'impossible rattachement indirect à la responsabilité pour faute personnelle	348
2. L'impossible rattachement de l'irresponsabilité fonctionnelle à l'irresponsabilité pour faute personnelle	350
a. L'impossible absence de fait générateur de responsabilité.....	351
b. L'impossible absence de lien causal	354
B. L'abandon possible du fondement fautif	355
1. La compatibilité entre la logique réparatrice et l'abandon du fondement fautif	355
2. La compatibilité entre la logique réparatrice et l'irresponsabilité fonctionnelle.....	358
§ 2. L'admission du fondement issu du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil	360
A. Les fondements convergents issus des liens unissant l'agent fautif et le responsable civil	360
1. Le fondement issu du lien unissant le préposé et le commettant	360
2. Le fondement issu du lien unissant le mandataire dirigeant et la personne morale	365
B. Les fondements unifiés issus du lien unissant l'agent fautif et le responsable civil.....	366
1. Les fondements unifiés insatisfaisants	367
2. Le fondement unifié adapté du risque-profit	370
a. Exposé de la théorie du risque-profit	370
b. Le dépassement des critiques adressées à la théorie du risque-profit	374
c. L'enrichissement de la théorie du risque-profit par le lien fonctionnel d'expansion	379

Section 2. Le fondement normatif propre au régime de la faute de fonction réparatrice..	382
§ 1. La nécessité d'un fondement légal propre au régime de la faute de fonction réparatrice	382
§ 2. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec les normes supérieures	388
A. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec la norme constitutionnelle	389
1. La compatibilité de principe d'une immunité civile avec la norme constitutionnelle	390
a. Le contenu incertain de la norme constitutionnelle.....	391
b. La portée certaine de la norme constitutionnelle	395
2. Les conditions de la compatibilité de l'immunité civile avec la norme constitutionnelle.....	397
B. La conformité du régime de la faute de fonction réparatrice avec la norme européenne.....	402
CHAPITRE 2. La mise en œuvre du régime de la faute de fonction réparatrice.....	407
Section 1. Le domaine d'application du régime de la faute de fonction réparatrice.....	408
§ 1. La circonscription du domaine à raison de la nature de la responsabilité	408
A. L'extension à la responsabilité spéciale du fait des choses	409
B. L'extension à des responsabilités non délictuelles	410
§ 2. La circonscription du domaine à raison du défendeur à l'action en responsabilité	413
A. La justification de l'application du régime aux situations fonctionnelles d'expansion classiques	414
1. Domaine d'application et relation mandataire dirigeant-personne morale.....	414
a. Application du régime dérogatoire aux fautes du mandataire dirigeant	414
b. Application du régime dérogatoire à toutes les personnes morales.....	418
c. Application du régime dérogatoire en présence d'une personne morale in bonis.....	420
2. Domaine d'application et relation préposé-commettant.....	424
B. L'application problématique du régime en dehors des situations fonctionnelles d'expansion classiques	428
1. L'application à des situations fonctionnelles d'expansion nouvelles.....	429
a. L'application à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée	429
b. L'application au commissionnaire	430
2. L'application aux situations fonctionnelles de fait.....	434
3. L'application aux situations parafonctionnelles	436
a. L'application au sous-traitant	436
b. L'application au mandataire de droit commun	438
§ 3. La circonscription du domaine à raison du demandeur à l'action en responsabilité.....	440
Section 2. Le contenu du régime de la faute de fonction réparatrice	444
§ 1. L'insuffisance du mécanisme de l'immunité	444
A. Les arguments en faveur d'une immunité procédurale.....	446
B. Les limites de la qualification d'immunité procédurale	451
1. Les limites tenant à l'état du droit positif.....	451
2. Les limites émanant de l'apport de la doctrine moderne sur les immunités de fond	455
§ 2. Le recours pertinent à la notion d'imputation	457
A. La distinction de l'imputation et de l'imputabilité.....	458
B. La distinction de l'imputation et de la causalité	460
§ 3. La spécificité de l'imputation fonctionnelle	464
A. L'imputation fonctionnelle exclusive	464
1. La description de l'imputation fonctionnelle exclusive	465
2. Les incidences de la logique d'imputation exclusive sur la responsabilité fonctionnelle	466
a. Le renouvellement de la nature de la responsabilité du bénéficiaire de la fonction.....	467
b. Le renouvellement du régime de responsabilité du bénéficiaire de la fonction	473
α. Les contours du fait générateur d'une responsabilité dépendante du fait d'autrui	473
β. Les règles de recours entre bénéficiaire de la fonction et chargé de fonction	481
B. L'imputation fonctionnelle cumulative	484
1. La description de l'imputation fonctionnelle cumulative	485
2. Les incidences de la logique d'imputation cumulative sur la responsabilité fonctionnelle	486
a. La réaffirmation de la nature de l'engagement du bénéficiaire de la fonction	487
b. Le régime subséquent de l'engagement du bénéficiaire de la fonction.....	488
α. Le régime subséquent de l'obligation à la dette	488
β. Le régime subséquent de la contribution à la dette.....	493
CONCLUSION DU TITRE 1	497
TITRE 2. LA FAUTE DE FONCTION SANCTIONNATRICE.....	499
CHAPITRE 1. La sanction civile de la faute de fonction	501
Section 1. Le principe d'une responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction	505

Table des matières

§ 1. L'assimilation de la responsabilité civile à une sanction punitive	505
A. La finalité sanctionnatrice de l'action en responsabilité civile.....	506
B. La fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile de l'agent fautif	510
§ 2. Le fondement de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction	515
A. Le fondement de la responsabilité délictuelle sanctionnatrice	516
B. Le fondement de la responsabilité contractuelle sanctionnatrice.....	519
Section 2. La mise en œuvre de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction	525
§ 1. Les conditions de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction	525
A. La condition tenant à la gravité de la faute de fonction	527
1. Le principe d'une imputation comportementale de la faute de fonction à raison de sa gravité.....	529
a. Un principe largement admis pour la faute de fonction du préposé.....	529
b. Un principe partiellement admis pour la faute de fonction du mandataire dirigeant	532
α. Un principe partiellement admis pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers	532
β. Un principe ignoré pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant envers le groupement et ses membres	534
2. La détermination du seuil de gravité de la faute de fonction sanctionnée	541
a. Les solutions du droit positif.....	541
b. Les solutions proposées	545
α. Les solutions proposées pour le préposé.....	549
β. Les solutions proposées pour le mandataire dirigeant	554
B. La condition tenant au non-respect des prérogatives fonctionnelles.....	557
1. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et mandataire dirigeant	558
2. Non-respect des prérogatives fonctionnelles et préposé.....	562
§ 2. Les effets de la responsabilité civile sanctionnatrice de la faute de fonction.....	568
A. La participation à la réparation du préjudice de la victime	568
1. La participation au stade de l'obligation à la dette de réparation	569
2. La participation au stade de la contribution à la dette de réparation	571
B. Le caractère assurable de la réparation	575
CHAPITRE 2. La sanction pénale de la faute de fonction	585
Section 1. L'influence de la faute de fonction sur le fait générateur de la responsabilité pénale.....	587
§ 1. L'influence de la faute de fonction sur l'existence de l'infraction	587
§ 2. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction	589
A. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit commun	590
B. L'influence de la faute de fonction sur la définition de l'infraction de droit spécial.....	593
1. Le droit pénal des sociétés.....	594
a. La volonté législative de dépénaliser le droit des sociétés	595
b. La volonté jurisprudentielle de surpénaliser l'abus de biens sociaux.....	602
2. Le droit pénal du travail.....	612
Section 2. L'influence de la faute de fonction sur l'imputation du fait générateur de la responsabilité pénale	616
§ 1. Le principe d'une imputation comportementale indifférente à la fonction	616
A. La personnalité de la responsabilité pénale	616
B. Le caractère inopérant de la faute de fonction sur les règles d'imputation de l'infraction	620
§ 2. Les exceptions à l'imputation comportementale.....	621
A. L'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise	623
1. La description de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise	625
a. La nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise	625
b. Un régime dicté par une imputation objective.....	630
2. Le fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise	635
3. Le domaine restreint de l'imputation dérogatoire de l'infraction au chef d'entreprise	636
a. Une imputation dérogatoire réservée aux infractions de droit spécial	637
b. Le rejet de toute contamination aux infractions de droit commun	642
B. L'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale	645
1. La description de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale	646
a. La nature de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale	646
b. Le régime de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale.....	648
α. Les éléments de convergence entre le régime pénal et le régime civil.....	648
β. Les éléments de divergence entre le régime pénal et le régime civil.....	652

Table des matières

2. Le fondement de l'imputation dérogatoire de l'infraction à la personne morale	655
<u>CONCLUSION DU TITRE 2</u>	<u>661</u>
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	663
CONCLUSION GENERALE.....	667
BIBLIOGRAPHIE	679
INDEX DE JURISPRUDENCE	719
INDEX ALPHABETIQUE.....	759
TABLE DES MATIERES	765