

MÉMOIRE

Le droit et la gestion des risques

STAGE

Avril à Août 2020

Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA)

26, rue Desaix

Paris

Maître de stage : Madame BARDELLI Emmanuelle

SOUTENANCE

Lundi 28 septembre, 9 heures

Avec :

Monsieur le Professeur LE DOLLEY Erik

(directeur de stage)

&

Madame BARDELLI Emmanuelle

MÉMOIRE

Un mémoire réalisé en 2020 par Niels SCHIRMER LORIJON dans le cadre du Master 2
Droit des affaires de l'Université de Nantes dirigé par Madame le Professeur NURIT Laure.

Résumé du mémoire

Le droit et la gestion des risques sont deux matières qui sont rarement étudiées ensemble. Pourtant, leurs objectifs sont souvent similaires et leurs méthodes toujours complémentaires. L'étude de l'un par l'autre et vice versa permet de mettre en lumière les interactions et influences que ces deux matières exercent l'une sur l'autre. Le but est de démontrer en quoi elles peuvent mutuellement s'enrichir en intégrant leurs méthodes et façons de faire respectives.

Le droit est un grand vecteur de gestion des risques qu'il faut savoir manier pertinemment pour maîtriser les risques qui surviennent dans le monde des affaires. Le droit des sociétés et le droit des contrats sont les deux piliers de cette démarche et comprennent tous les deux des matières où le risque est particulièrement présent et appréhendé, telles que le financement des entreprises ou le droit des groupes de sociétés.

Mais le mouvement ne va pas uniquement du droit vers la gestion des risques, cette matière a de nombreux atouts à offrir au monde juridique, notamment à travers ses méthodes d'identification, de calcul et de prise en compte du risque.

L'objectif est de mettre en lumière ces interactions et de promouvoir la prise en compte du risque en droit et celle du droit en gestion des risques.

Sommaire

- I. Une gestion complète des risques de l'entreprise grâce aux techniques sociétaires**
 - A. Un impact important de la forme sociétaire et de la rédaction des statuts sur la gestion des risques de l'entreprise**
 - B. Un encadrement pertinent du risque à travers le groupe de sociétés**
- II. Une gestion des risques organisée et de plus en plus influencée par le droit dans le domaine contractuel**
 - A. Les interactions croissantes du droit et de la gestion des risques dans la finance**
 - B. Un encadrement personnalisé du risque grâce aux techniques contractuelles**
- III. Etude de cas : les impayés**
 - A. Calcul de la probabilité de rejet de l'action en paiement**
 - B. Impact d'un impayé selon le profil de l'entreprise et le risque encouru**
 - C. Solutions juridiques adaptées**

LE DROIT ET LE MANAGEMENT DES RISQUES

(1) “L’aléa chasse la lésion”, c’est l’adage tiré en 1987 d’une décision de la Cour de cassation¹ qui pose le principe selon lequel l’erreur ne peut être invoquée pour obtenir l’annulation d’un contrat lorsque les parties avaient accepté contractuellement l’existence d’un risque. Dès lors, la protection juridique des parties à un contrat aléatoire, c’est-à-dire “dont l’objet est de faire dépendre les prestations des parties d’un événement incertain”, est restreinte par la jurisprudence. De par cet exemple, il apparaît alors qu’il revient aux parties d’identifier et de gérer le risque qu’elles courent.

(2) Le risque doit être ici compris comme un “élément de hasard, d’incertitude qui introduit, dans l’économie générale d’une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l’essence de certains contrats”². Ce sont donc trois éléments de définition qui nous permettront de reconnaître un risque : l’aléa, l’objet et la conséquence.

L’aléa d’un risque correspond à un “événement de réalisation de date incertaine”³. Autrement dit, les parties se trouvent ou s’entendent à l’égard d’une situation labile, qui est susceptible de changer. De plus, la réalisation de cet événement est incertaine, elle peut comme elle ne peut pas se produire. Par exemple, les parties à un contrat d’assurance contractent sur la base de la réalisation incertaine d’un événement.

L’objet du risque amène à savoir si l’aléa considéré est l’objet principal du contrat, c’est-à-dire que les parties contractent dans le but principal de gérer ce risque, ou si l’aléa est accessoire au contrat, c’est-à-dire annexe à une opération. Le risque est alors l’objet principal du contrat dans une convention d’assurance, puisqu’il est la motivation première des parties à contracter. Le risque sera au contraire annexe notamment dans une opération de financement.

¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 mars 1987, n°85-15.736, Publié au bulletin

² Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10e édition mise à jour

³ Ibid.

Enfin, la conséquence de la réalisation du risque peut être de deux ordres, ou bien un gain, ou bien une perte. Ces deux conséquences peuvent être monétaires, en nature ou encore juridique.

Il existe de nombreux types de risque, tels que le risque financier, le risque juridique, le risque d'exploitation, le risque de défaillance, etc.

Quelques formes que prend ce risque, il doit être géré. La gestion des risques est donc la discipline qui a pour but de systématiser l'identification, l'évaluation et le contrôle des risques. La gestion du risque permet d'associer une probabilité de réalisation du risque, et donc de rationaliser la manière dont on le gère. Cette gestion a plusieurs objectifs, c'est-à-dire contrôler la réalisation de l'aléa, correctement le prendre en compte contractuellement, ainsi que prévoir et optimiser les conséquences de sa réalisation.

La gestion des risques a développé plusieurs façons de mesurer le risque, ce qui permet d'avoir une approche scientifique des risques et de pouvoir les comparer entre eux. Notamment, une première approche vise à intégrer les risques d'une entreprise dans une matrice des risques selon leur probabilité et leur impact (cf exemple du tableau de droite). Cette technique permet d'avoir rapidement une idée des principaux risques auxquels une entreprise fait face et de leur importance les uns par rapport aux autres. Une autre approche est encore plus précise puisqu'elle vise à calculer mathématiquement le risque.

	Negligible	Marginal	Critical	Catastrophic
Certain	High	High	Extreme	Extreme
Likely	Moderate	High	High	Extreme
Possible	Low	Moderate	High	Extreme
Unlikely	Low	Low	Moderate	Extreme
Rare	Low	Low	Moderate	High

Ces techniques permettent d'identifier et de calculer le risque. Elles préfigurent l'application d'une décision de gestion des risques. C'est alors au niveau de la prise de décision que la gestion des risques et le droit se rencontrent, puisque de nombreuses techniques juridiques permettent une bonne gestion des risques.

Selon les risques identifiés et mesurés, on applique classiquement 5 types de traitement au risque :

- **Eviter** l'activité qui crée le risque en annulant ou l'arrêtant
- **Accroître** l'activité à risque lorsque ses bénéfices ou ses chances de bénéfices excèdent son risque
- **Enlever** la source du risque, mais maintenir l'activité qui lui est liée
- **Modifier** la probabilité ou les conséquences de la réalisation du risque
- **Partager** les conséquences de la réalisation du risque par contrat ou par assurance.

Ces méthodes doivent être appliquées au risque après identification et calcul de celui, puis après une décision de la direction qui doit déterminer si le risque vaut d'être couru et dans quelle mesure. Ainsi, pour un risque probable et aux lourdes conséquences, on préférera **l'éviter**, mais face à un risque aux lourdes conséquences mais peu probable, on pourra décider de le **partager**.

Historiquement, la gestion des risques débute par la souscription de contrats d'assurance pour les navires marchands. L'un des lieux emblématiques de ce développement est le Lloyd's Coffee House, un café fondé à Londres en 1687 qui était un lieu de rendez-vous pour les marchands et marins qui souhaitaient assurer leurs commerces. En 1688, ce café devient un marché d'assurance, le Lloyd's of London, et maintient depuis lors cette activité. C'est à partir de la Seconde Guerre mondiale que la gestion des risques a toutefois évolué au-delà du monde de l'assurance, notamment à travers le développement de la finance. Aujourd'hui, l'un des défis de cette discipline est "d'étudier l'ensemble des risques encourus par une entreprise et de les gérer en utilisant des méthodes venants de différentes autres domaines"⁴.

⁴ Porthin, Markus, *Advanced Case Studies in Risk Management*, Université d'Helsinki, Espoo, Master's thesis, 2 août 2004, pages 7-8.

La salle originale du Lloyd's (à droite) et l'actuel siège de la Lloyd's of London (à gauche)



(3) Dans le cadre de cette tendance, la gestion des risques va s'emparer d'outils venants d'autres disciplines. Le droit est à ce titre un outil important de gestion des risques puisqu'il permet de définir le risque que les parties acceptent, puis d'organiser contractuellement ou judiciairement les conséquences de son éventuelle réalisation, tant sur le point de vue de la responsabilité personnelle que sur celui des modalités pratiques de sa prise en compte. Par ailleurs, voyant au-delà de ceux de nature commerciale ou financière, la gestion des risques va également devoir prendre en compte le risque juridique,

(4) Dès lors, l'ensemble de ces considérations nous amènent à nous interroger sur la question suivante : Comment le droit peut-il permettre de gérer les risques encourus par une entreprise ?

(5) Afin de répondre à cette question, il s'agira d'étudier les méthodes du droit des sociétés qui permettent de gérer au mieux les risques entourant une entreprise (I), avant d'examiner en quoi les techniques contractuelles permettent de gérer sur mesure les risques sociaux et, surtout par le biais de la finance, contribue maintenant à développer les interactions entre droit et gestion des risques (II). Enfin, nous réaliserons une étude de cas

afin de faire une démonstration du processus de gestion des risques en lien avec le droit (III).

I. Une gestion complète des risques de l'entreprise grâce aux techniques sociétaires

(6) Le droit des sociétés est un outil utile de gestion des risques puisqu'il permet de réduire le risque à la fois au niveau de la structure de la sociétaire et au niveau des interactions entre les différents acteurs au sein de la société. Le principal intérêt du droit des sociétés est ici de permettre de localiser sur quelle personne, physique ou morale, le risque pèsera. Il s'agira alors dans un premier temps d'étudier les possibilités de gestion des risques qu'offre le contrat de société (A), puis d'examiner comment le groupe de sociétés peut être utilisé en tant qu'outil de gestion des risques (B).

A. Un impact important de la forme sociétaire et de la rédaction des statuts sur la gestion des risques de l'entreprise

(7) Dans une entreprise, l'allocation des risques entre les associés se fait selon leur volonté et leur rôle dans l'entreprise. Le contrat de société devient un outil qui permet de déterminer à la fois la répartition et l'étendue du risque pris par chaque associé. Ici, les risques principaux sont ceux liés à l'obligation à la dette et à la contribution aux pertes. Pour la première, il s'agit de la question de savoir si un créancier de la société peut s'adresser aux associés pour obtenir paiement de la créance. Pour la seconde, il s'agit de déterminer dans quelle mesure les associés doivent contribuer au paiement du passif social lorsque la société rentre en liquidation judiciaire.

L'étendue de la responsabilité des sociétés varie selon le type de société choisi, ce qui correspond finalement à leur degré de protection vis-à-vis de certains risques. Cette responsabilité est classiquement divisée en deux groupes.

Le premier traduit l'étendue la plus large de responsabilité des associés, on parle de sociétés à risque illimité. Elles traduisent un engagement indéfini et solidaire des associés au passif social. Il s'agit du cas de la SNC, où les créanciers de la société pourront se retourner contre les associés après une mise en demeure de la société sans réponse depuis 8 jours. Toutefois,

le législateur laisse la possibilité d'utiliser une EURL pour contourner l'obligation illimité des associés. En effet, la personne souhaitant être associé le fera par le bien d'un EURL, qui est une société à risque limité. Il ne sera alors tenu qu'à la limite de son capital et le créancier de la SNC ne pourra pas se retourner sur le capital personnel de l'associé au-delà du capital de l'EURL. Il y a donc une marge de manœuvre intéressante du point de vue de la gestion des risques. Toutefois, en contrepartie de cette protection, il faut accepter que les créanciers seront probablement plus réticents à conclure avec une telle SNC et décider de ne pas contracter ou bien négocier une caution de la part des personnes physiques concernées.

Dans une société civile, la responsabilité des associés est également illimitée mais son engagement est indéfinie et proportionnel à sa participation dans le capital de la société. Les créanciers peuvent demander paiement aux associés d'une société civile après de vaines poursuites préalablement effectuées auprès de la société elle-même. C'est un degré de protection un peu plus élevé que celui offert par la SNC sans montage EURL.

Les sociétés à risque limité offrent toutefois la protection la plus importante pour les associés puisque leur responsabilité est limitée au montant de leur apport. Ils ne sont tenus aux dettes sociales que dans cette limite. Ce principe vaut pour la SARL, la SA, et la SAS. Pour cette première, l'article L223-1 du Code de commerce prévoit par exemple que "La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports."

Toutefois, la responsabilité limitée aux apports n'est pas dans les faits une garantie absolue et un remède parfait aux risques que court l'associé. En effet, les créanciers de la société sollicitent très souvent des engagements personnels de la part des dirigeants et associés. Dès lors, c'est en sa qualité de cautionnaire que l'associé devra rembourser la dette sociale cautionnée si la société n'est plus en mesure de le faire. De plus, il semble être plus avantageux d'être tenu au paiement de la dette en tant qu'associé de société à risque illimité, qui nécessite un certain nombre de formalités de la part du créancier, qu'en tant que caution. En conséquence, la protection supplémentaire offerte par les sociétés à risque limité peut souvent se trouver neutralisée et donc la stratégie de gestion des risques tombe à l'eau.

Pour maintenir l'avantage en termes de gestion des risques qui est offert par les sociétés à risques limités, l'entreprise devra posséder un capital suffisant pour convaincre le créancier qu'il pourra obtenir paiement sans pour autant prendre une caution. Autre solution, l'associé devra diriger le créancier vers une autre forme de sûreté, tel qu'un nantissement, pour garantir l'opération. Il est également possible de faire appel au mécanisme du cautionnement mutuel, c'est-à-dire recourir à une société qui "mutualise les risques pour garantir les prêts de l'ensemble de ses adhérents"⁵ et qui remboursera directement le créancier en cas de défaillance de l'entreprise emprunteuse.

Il y a donc malgré tout un certain avantage à utiliser la technique sociétaire pour gérer les risques que les associés courent dans la gestion de l'entreprise et notamment vis-à-vis des tiers créanciers. Cependant, le droit des sociétés peut aussi être un outil de répartition et de gestion des risques entre les associés eux-mêmes.

(7) Tout d'abord, si les différents types de sociétés que nous avons mentionnés jusque-là créent un régime de responsabilité qui s'applique à tous les associés sans distinction, d'autres formes sociétaires permettent de mettre en place une étendue de responsabilité différente selon la qualité de l'associé. Cela peut permettre à chaque associé de prendre le degré de risque qui lui correspond le mieux selon son engagement dans la société. Les deux formes de sociétés qui permettent cette hybridation sont la société en commandite simple (SCS) et la société en commandite par action (SCA).

Dans ces types de sociétés, les associés sont au minimum 2 dont un commandité et un commanditaire. Ces deux statuts correspondent à 2 engagements différents en termes de responsabilité.

D'une part, le commanditaire est un associé de la société dont la responsabilité est limitée à son apport. C'est une qualité qui correspond de manière pertinente au profil de l'associé investisseur car il est interdit de confier à un commanditaire la gestion de la société. Il bénéficie toutefois d'un régime protecteur de responsabilité sans qu'il ne soit probable qu'un

⁵ [Cautionnement mutuel : définition et organisme - Ooreka](#)

créancier lui demande de cautionner la dette de la société, contrairement à l'associé de SARL par exemple.

D'autre part, le statut de commandité est au contraire associé à une responsabilité illimitée. Par principe, chaque associé commandité est gérant de la société. C'est ce principe qui justifie la différence de régime entre les associés, celui qui a des fonctions de direction dans la société doit en supporter les risques alors que celui qui n'est qu'associé investisseur doit courir un risque limité à cet investissement. Du point de vue de la gestion des risques, cet équilibre permet à chaque type d'associés d'y trouver son compte par rapport au risque qu'il est prêt à courir. En revanche, cela suppose de trouver des associés qui acceptent que chacun est une responsabilité et un engagement différents vis-à-vis de la société. Cela peut toutefois être un type d'organisation qui permet de convaincre de potentiels associés de rejoindre la société car ils pourront y prendre uniquement le degré de risque qu'ils choisissent.

Pour appréhender les risques entre les associés, la forme sociétaire n'est toutefois pas le seul outil qu'offre le droit des sociétés. Il existe également un certain nombre de clauses à stipuler soit dans les statuts de la société, soit dans un pacte d'associés, qui permet de gérer les risques que posent l'actionariat et la direction d'une société. A ce titre, les différentes formes de société offrent une liberté contractuelle plus ou moins grande, avec notamment la société par actions simplifiée (SAS) ou la société civile offrant le plus de possibilités d'aménagements contractuels. Ce n'est toutefois pas forcément un bénéfice car l'absence d'un régime légal précis sur lequel repose le fonctionnement de la société peut poser des risques de vide juridique, qui ne peuvent être évités que par une rédaction rigoureuse des statuts. Il ne faut alors pas accroître le risque juridique lui-même en tentant de gérer les autres formes de risque.

Chaque forme de société a ses propres règles concernant les clauses statutaires que les associés peuvent admettre. Ces clauses peuvent être soit interdites, soit limitées, soit totalement permises. Pour contourner ces rigueurs, il sera parfois pertinent de stipuler ces clauses dans un pacte extra-statutaire. Dans tous les cas, il faudra respecter les modalités prévues par la loi.

Il en reste qu'il s'agit d'outils pertinents dans la gestion des risques car ils permettent de sécuriser la survenance de certains risques et d'encadrer le fonctionnement de la société.

Il s'agit d'abord d'organiser l'actionnariat de la société, ce qui permet d'éviter le risque que son fonctionnement, et donc les bénéfices qu'elle est susceptible de dégager pour les associés, soit gêné par un dysfonctionnement de son actionnariat. Pour cela, il est possible d'utiliser de stabiliser la constitution de l'actionnariat, notamment par une clause d'agrément ou d'inaliénabilité. Cela permet d'éviter le risque qu'un actionnaire clef du projet ne déstabilise l'entreprise par sa sortie, mais aussi d'empêcher un tiers non désiré d'accéder au capital de la société. Le risque de ces clauses est toutefois de créer un actionnariat trop strict. C'est pourquoi il est recommandé d'organiser les modalités de sortie des associés du capital de l'entreprise. A l'inverse, le risque est de paralyser le fonctionnement de l'actionnariat en forçant à rester dans la société des associés qui souhaitent en sortir. Une clause d'exclusion peut au contraire permettre d'assainir le fonctionnement de la société en forçant la sortie d'un associé.

Une fois ces risques organisés statutairement ou extra-statutairement, une problématique importante survient pour les associés, c'est-à-dire le risque financier lié à l'entreprise. Certains associés peuvent avoir accepté d'intégrer l'actionnariat de la société à condition de recevoir un certain dividende, d'autres peuvent avoir contracté un emprunt pour souscrire au capital de l'entreprise, il faudra alors stipuler des règles de distribution de dividendes pour qu'ils puissent gérer leur risque financier. Pour cela, on peut utiliser une clause d'engagement de répartition de bénéfices. C'est-à-dire que les associés s'engagent à voter une distribution de dividendes d'un certain montant, si les bénéfices le permettent. Ou bien on pourra prévoir une clause autorisant un ou des associés à prélever par priorité sur les dividendes de la société. A savoir toutefois que, si l'engagement n'est pas atteint, il n'y a pas de possibilité d'exécution forcée de la clause et on pourra juste demander des dommages et intérêts aux signataires du pacte d'associés. A l'inverse, on peut prévoir une clause qui indique que l'on ne distribuera pas de dividendes pendant une certaine période. Cela permet notamment à un associé ou à un créancier de la société de s'assurer que les bénéfices dégagés seront conservés dans la société le temps par exemple du remboursement de l'emprunt contracté.

C'est également une technique de gestion des risques puisque cela lui permet de s'assurer que l'entreprise reste solvable le temps de l'opération.

Pour sécuriser le risque financier, il faut aussi que les associés s'assurent de la stabilité de leur engagement dans le capital de la société. Sinon, ils courent le risque de perdre leur pouvoir dans la société, notamment en ayant moins d'influence en assemblée générale, mais aussi de voir leur part dans les distributions de bénéfices se réduire. Pour réduire ces risques, on peut prévoir une clause anti-dilution par laquelle on assure aux minoritaires qu'ils conserveront toujours un certain niveau de participation. En pratique, on peut prévoir un droit prioritaire de souscription pour certains associés en cas d'augmentation de capital ou alors stipuler que, en cas d'augmentation de capital, l'associé majoritaire ne souscrira pas de nouveaux titres, pour qu'il n'augmente pas sa participation par rapport aux minoritaires tout en conservant la majorité des titres. Toujours pour sécuriser le risque financier des associés, on peut prévoir que, si les capitaux propres passent en dessous d'un certain niveau, certains associés devront les faire remonter jusqu'à un certain niveau.

Pour finir, la question du risque financier se pose également à l'égard de l'obligation au passif social. Notamment, il est intéressant du point de vue de la gestion du risque de prévoir une clause de garantie de passif qui permettra de prévoir que le cédant des titres restera tenu du passif qui va survenir après la cession mais dont l'origine est antérieure à la cession, comme par exemple un redressement fiscal. Cela permet de faire peser le risque sur l'associé sortant plutôt que sur l'associé entrant.

(8) Pour conclure, il est donc manifeste que le droit des sociétés présente de nombreux avantages pour la mise en place d'une gestion des risques, tant au niveau des formes de sociétés qu'il offre qu'à celui des techniques contractuelles qu'il permet. Mais son apport à la gestion des risques est d'autant plus bénéfique lorsque l'on prend en considération la question des groupes de sociétés.

B. Un encadrement pertinent du risque à travers le groupe de sociétés

(9) Dans un groupe de sociétés, l'allocation des risques entre les sociétés peut permettre de minimiser le risque encouru par le groupe dans son entièreté puisque le risque est étalé plutôt que concentré. En effet, chaque société est en principe autonome juridiquement malgré son appartenance à une groupe et subit donc seule les effets de la réalisation d'un risque. Cela s'explique par le fait que le droit français ne reconnaît pas la personnalité morale au groupe de sociétés. Dès lors, on applique le principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1199 du Code civil pour en déduire que les sociétés d'un même groupe sont respectivement tiers aux contrats que chacune signe en son nom propre. Donc, lorsque l'autonomie juridique est respectée, le cocontractant d'une de ces sociétés ne saurait demander à une autre société du groupe d'exécuter le contrat à la place de la société contractante.

Ce constat est un outil puissant de gestion des risques puisque le groupe de sociétés va permettre de protéger les activités menées par le groupe en isolant celles qui présentent un risque élevé. Cela peut être effectué de 2 manières, soit en isolant le risque, soit en isolant les éléments essentiels de l'entreprise.

(10) D'abord, pour ce qui concerne l'isolation du risque, le groupe permet de localiser précisément un risque et de protéger les sociétés du groupe en le cantonnant à une seule d'entre-elles qui en portera tout le poids. L'idée est que, lorsque le risque est lié à une activité dont l'entreprise ne peut se passer ou ne peut externaliser, ou lorsqu'un risque est moins élevé que les bénéfices qu'il génère, il est privilégié de créer une société dont l'activité sera centrée autour de ce risque. Son intégration au sein d'un groupe va permettre de faire remonter les bénéfices qu'elle génère tout en isolant les risques d'exploitation que son activité comprend. Si le risque se réalise et que cette société entre en procédure collective, ses créanciers ne seront pas en droit de demander à la société-mère de s'acquitter des dettes, sauf à ce que les règles de l'autonomie juridique aient été méconnues.

Ce mécanisme est parfois désigné comme le "paradoxe du groupe", puisque les sociétés sont considérées juridiquement et patrimoniallement autonomes mais le groupe est, par définition,

la mise en commun de moyens et d'actifs dans l'objectif de réaliser un but commun. Il est parfois critiqué car il permet au groupe de se dégager de sa responsabilité à l'égard d'une activité tout en bénéficiant des remontées de dividendes. Dans les cas les plus abusifs, une société peut volontairement isoler une de ses activités qu'elle sait vouée à la défaillance pour ne pas en être débiteur mais tout de même bénéficiaire des rééchelonnements et remises de dettes accordés lors de la procédure collective. Il s'agit par exemple de l'affaire Metaleurope en 2003. Toutefois, en dehors des abus, ce mécanisme permet d'organiser une gestion des risques très efficaces et donc peut inciter les entreprises à mener des activités plus risquées sans risquer l'intégrité totale du groupe. De plus, si le groupe était par principe solidaire des dettes de chacune des sociétés qui le compose, les entreprises choisiraient d'externaliser ces activités plutôt que de courir le risque de les mener elles-mêmes, ce qui aboutirait alors, et malgré tout, à leur irresponsabilité face aux défaillances de leurs sous-traitants. Il apparaît donc plus bénéfique de conserver l'autonomie de principe des sociétés tout en prévoyant plusieurs exceptions qui pourront engager la responsabilité du groupe.

Cette répartition juridique des risques permet donc au groupe d'être plus résistant à la réalisation de ces risques en les répartissant entre plusieurs sociétés. Par exemple, l'entreprise de e-commerce Amazon est depuis 2017 présente dans le commerce physique par le rachat de la chaîne de distribution Whole Food Market et le lancement des magasins Amazon Go. Lors de la pandémie de coronavirus, le e-commerce américain a crû de 18% tandis que la grande distribution a décliné de 14%⁶. Cependant la réalisation de ce risque que les consommateurs ne puissent soudainement plus autant fréquenter les magasins physiques n'a pas pénalisé le groupe Amazon, qui a au contraire connu une forte croissance.

(11) Au contraire, le groupe de sociétés peut permettre de localiser les actifs essentiels d'une entreprise dans une société séparée d'une autre société qui aura, elle, la charge de l'activité opérationnelle de l'entreprise. Ainsi, si l'entreprise venait à avoir des difficultés financières, les actifs de la société patrimoniale seront inaccessibles aux créanciers de la société opérationnelle.

⁶ [How Coronavirus \(COVID-19\) Is Impacting Ecommerce \[August 2020\]](#)

Il s'agit d'un montage qui offre de grands avantages du point de vue de la gestion des risques. D'abord, si l'entreprise d'exploitation prend la forme d'une société à risque limité, cela va réduire par conséquent l'étendue de la responsabilité des associés puisque leur apport sera moindre. Si leur responsabilité venait à être engagée, les biens immobiliers apportés à l'autre société ne feront pas partie du gage des créanciers. Pour une société à risque illimité, lorsque l'immeuble est apporté à la société immobilière, il sort du patrimoine de l'associé et sera donc à l'abri d'une action d'un créancier. Il s'agit donc d'un montage qui sera également utile à l'associé d'une société à risque limité dont le créancier demande de se porter caution de l'entreprise. Dans tous les cas, cette technique permet de réduire considérablement les risques liés à ce genre d'actifs essentiels à l'activité de l'entreprise, notamment par rapport aux actions des créanciers.

Ce type de montage est fréquent. Souvent, une société opérationnelle (SARL, SA...) héberge la partie exploitation de l'entreprise tandis qu'une société civile immobilière détient les immeubles dans lesquelles cette exploitation est réalisée. Tant que l'autonomie des patrimoines est respectée, notamment en fixant un loyer raisonnable de location des immeubles, ce montage est légal et permet de protéger l'actif immobilier des risques d'exploitation. A savoir toutefois qu'il n'est pas infaillible et que la confusion de patrimoines est vite arrivée si des précautions ne sont pas prises, notamment il sera possible d'étendre la procédure collective de la société d'exploitation aux biens de la société de patrimoine.

(12) Nous avons donc vu à quel point les techniques sociétaires pouvaient être précieuses dans le cadre d'une stratégie de gestion des risques, mais aussi les limites qu'elles présentent vis-à-vis de ces risques. Le contrat est un autre domaine dans lequel droit et gestion des risques interagissent et se complètent, c'est pourquoi nous nous attarderons maintenant sur ce sujet.

II. Une gestion des risques organisée et de plus en plus influencée par le droit dans le domaine contractuel

(13) Le droit des contrats a un rôle très important à jouer dans la gestion des risques grâce au droit. Il permet en effet aux parties à un contrat de gérer les risques y étant afférents directement dans sa rédaction et en prenant en compte leurs intérêts personnels. En finance, cette question est depuis longtemps prise en compte par les investisseurs, pour qui le risque est central à leur activité, mais a connu de nombreuses évolutions qui ont étendu les interactions entre droit et gestion des risques (A). En dehors de la finance, un certain nombre de mécanismes juridiques pourront également être mis en œuvre pour gérer au mieux les risques d'une entreprise (B).

A. Les interactions croissantes du droit et de la gestion des risques dans la finance

(14) La signature des statuts n'est toutefois que l'une des étapes lors de laquelle peut intervenir la gestion des risques. Cette discipline et le droit se retrouvent dans de nombreux domaines et nous étudierons à présent leurs interactions lors des opérations d'investissement.

L'investissement se définit juridiquement comme l'immobilisation d'un actif dans le but d'obtenir un gain en valeur. Autrement dit, il s'agit d'une dépense faite en vue de faire, plus tard, une plus-value. Dans ce schéma, l'investisseur court un risque, c'est-à-dire celui de subir une perte de valeur, puisqu'il n'a pas de certitude de faire une plus-value au moment où il investit. Mais ce risque de perdre sa mise est contrebalancé par la plus-value qu'il pourrait réaliser. On voit ici très bien la jonction entre droit et gestion des risques puisque le risque est inhérent à l'acte d'investissement.

Nous étudierons d'abord les techniques juridiques mises en œuvre pour gérer le risque dans une opération de financement, puis nous verrons les développements de la finance vers un investisseur responsable et les évolutions que cela suscite quant à la prise en compte des risques.

(15) Lorsqu'une entreprise souhaite lever des fonds afin de soutenir et faire croître son activité, l'investisseur doit évaluer si le potentiel bénéfice qu'il pourra tirer de l'opération excède le risque qu'il court en apportant du capital. Dans tous les cas, pour limiter au maximum le risque pris, il demandera aux associés de la sociétés de concéder un certain nombre de clauses et de garanties. Celles-ci sont le fruit de leur négociation et figureront dans le term sheet.

L'investisseur voudra alors garantir ses perspectives de gain et réduire ses chances de faire une perte. Pour cela, il a à sa disposition plusieurs types de clauses.

D'abord, une clause anti-dilution lui permet de se protéger contre une éventuelle baisse de valeur des titres qu'il acquiert. L'investisseur cherche à éviter de se trouver diluer dans le capital de la société, c'est-à-dire que, par une augmentation du capital de la société par souscription de nouvelles actions, sa part dans le capital ne soit pas diminuée par rapport à celle pour laquelle il a accepté de contracter. Cela évite qu'un second investisseur prenne le contrôle de la société. Pour cela, l'investisseur qui a négocié cette clause obtiendra des actions gratuites pour rétablir sa part dans le capital.

Ensuite, l'investisseur demandera souvent que les associés de l'entreprise lui fassent bénéficier d'une garantie actif passif (GAP). Cette clause permet de garantir à l'investisseur que son investissement ne devienne pas plus risqué par la réalisation de certains événements qui feraient baisser la valeur de l'entreprise. Par exemple, une telle garantie peut couvrir le fait que les salariés de l'entreprise aient un contrat de travail à durée indéterminée, ce qui permet à la société de conserver son savoir-faire. Si la garantie vient à jouer, l'indemnisation de l'investisseur se fera plutôt en titre qu'en numéraire. Autrement dit, l'investisseur recevra des actions de la part des associés en contrepartie de la réalisation de l'événement garanti. Cela permet de compenser la baisse de valeur des parts de l'entreprise détenues par l'investisseur.

De plus, l'investisseur souhaitera gérer l'actionnariat de la société, c'est-à-dire s'assurer que les associés fondateurs conservent cette qualité et que la sortie de l'investisseur du capital de

la société ne soit pas gênée par les autres associés. Au regard de l'actionnariat de la société, l'investisseur court en effet plusieurs risques. Notamment, un associé minoritaire n'aura que peu d'impact sur la conduite de l'entreprise, mais pour l'investisseur il peut représenter un grand pouvoir de nuisance, surtout lorsque l'investisseur souhaitera sortir de la société. Donc, l'investisseur pourra négocier un certain nombre de clauses qui lui permettra de contrôler ce risque. Notamment, par une clause d'inaliénabilité, empêchant toute cessions des actions, il s'assure qu'un investisseur indésiré n'intègre pas le capital de la société et que les associés fondateurs, qui détiennent le savoir-faire opérationnel de l'entreprise, conserve cette qualité. Par ailleurs, un des risques importants pour l'investisseur est de ne pas opérer le gain espéré, or celui-ci intervient à la sortie de l'investisseur de la société lorsqu'il réalise une plus-value sur la cession de ses titres. Il est donc primordial qu'il prévoit les modalités de sa sortie. C'est pour gérer les risques liés à cet événement qu'il peut négocier soit une clause de tag along, soit une clause de drag along.

Par la première, il sera prévu que l'investisseur sortira conjointement de la société si l'associé fondateur venait à la quitter. Cela permet à l'investisseur de ne pas se retrouver dans une société dont le savoir-faire opérationnel des fondateurs n'est plus présent, ce qui serait un risque important de ne pas faire un retour sur investissement. Le risque sera toutefois d'être contraint de céder à un prix qui serait en-deçà du prix de revient de l'investisseur. C'est pour cela qu'il pourra négocier une clause de prix minimal, c'est-à-dire que la cession ne pourra avoir lieu que si son prix équivaut par exemple à la valeur d'acquisition des titres par l'investisseur ou bien à un certain taux de rendement.

Par la seconde, l'investisseur pourra contraindre les autres associés de sortir de la société en même temps que lui. Cela permet de s'assurer qu'une vente potentielle de l'entreprise ne soit pas gênée par les autres associés, notamment car cela va influencer sur le prix de cession des titres et donc sur la plus-value de l'investisseur.

L'ensemble de ces techniques permet à l'investisseur de contrôler efficacement le risque qu'il prend lorsqu'il rentre au capital d'une société. Mais qui plus est ces outils juridiques lui permettent également d'améliorer ses chances de gain. On voit alors l'apport du droit aux intérêts de la gestion des risques.

(16) Toutefois, le droit a obtenu un rôle d'autant plus important à l'égard de la gestion

des risques avec le développement de la finance responsable. Même plus, il n'est plus seulement un instrument de cette discipline mais il devient une influence sur elle en l'obligeant à prendre en compte de nouveaux risques et à utiliser de nouveaux procédés pour les gérer.

Ces évolutions sont dues à l'émergence d'une finance responsable, qui mobilise deux nouveaux types d'investissement, l'investissement responsable et l'investissement durable. Lorsque l'on vise à investir de manière responsable, cela signifie que le placement réalisé est fait en prenant en compte les critères dit ESG (Environnement, Social, Gouvernance) qui découlent du concept de la responsabilité sociale des entreprises. Le critère du rendement financier ne disparaît pas, il est simplement concilié avec ces nouveaux critères dans la mesure décidée par l'investisseur. Pour l'investissement durable, il reprend lui aussi la combinaison des critères ESG et de rendement financier, mais s'inscrit dans une perspective long terme visant à améliorer la performance de l'entreprise dans chacun de ces critères dans la durée.

L'intégration de ces nouveaux enjeux crée nécessairement un changement de paradigme à l'égard de la prise en compte des risques par les investisseurs responsables. Celui-ci devra dorénavant prendre en compte des critères non-financiers et vérifier leur respect, mais également il devra intégrer une vision collective de l'entreprise en prenant en compte l'impact de son investissement sur les parties prenantes de l'entreprise.

D'ailleurs, si ces considérations s'appliquent principalement aux investisseurs qui décident volontairement d'adopter une démarche responsable ou durable, la loi PACTE de 2019 a nécessairement étendu leur application aux autres investisseurs. En effet, elle a modifié l'article 1833 du Code civil pour y faire figurer la phrase suivante : "La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité." Auparavant, cet article ne mentionnait que l'intérêt des associés, qui était alors le seul critère de gestion de l'entreprise et qui renvoyait à la définition de l'article 1832 du Code civil : une société est une mise en commun de biens en vue de partager le bénéfice qui en résulte. On comprend donc que le droit fondait l'intérêt des associés dans les perspectives financières de ceux-là. Avec la réforme, de nouveaux repères de gestion de l'entreprise sont légalement consacrés. D'abord, comme la jurisprudence le consacrait déjà, la gestion de la

société doit prendre en compte l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt de la société distinct de celui de ses associés. Ensuite, la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, qui, si elle n'est pas consacrée comme une obligation impérative mais comme une simple prise en considération, fait entrer la logique de responsabilité sociale des entreprises dans le droit.

Au niveau de la gestion des risques, cela signifie qu'un panel plus large de risques doit être considéré. A minima, un investisseur doit donc respecter l'intérêt social et prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux. En général, un investisseur n'a pas intérêt à aller à l'encontre de l'intérêt social, puisque cela remettrait en cause ses perspectives de bénéfice telles que calculées au moment de l'investissement. Il devra toutefois réaliser son investissement en s'assurant qu'il n'entraîne pas de risque externe pour les parties prenantes et l'environnement. C'est-à-dire que l'entreprise devra se doter des moyens qui lui permettront d'identifier et prévenir ces risques, notamment par la mise en place de procédures de compliance. Il y a donc un minimum de critères non financiers à prendre en considération. Pour les investisseurs qui prennent volontairement une démarche responsable, l'étendue de l'obligation relative à ces nouveaux risques peut être augmentée contractuellement, notamment entre l'investisseur et le fonds d'investissement ou entre l'investisseur et les autres actionnaires via un pacte d'associés.

En pratique, le développement de l'investissement responsable a donc permis d'équilibrer les relations entre droit et gestion des risques, l'un est dorénavant tout autant une influence et un outil de l'autre. Il s'agit à présent d'étudier les mécanismes juridiques qui sont nés de cette interaction. Nous verrons d'abord les mécanismes de soft law associés à la gestion des risques, puis nous étudierons les principes importants du droit dur relatif à la gestion des risques.

La soft law sont des règles de droit qui ne sont pas obligatoires. Ces textes n'obligent pas et ne sont pas issus de sources législative ou réglementaire. Ils sont pris par des organismes pris afin de conseiller les entreprises sur le comportement qu'elles doivent adopter.

Les entreprises peuvent elles-mêmes se doter de tels outils, qui prendront alors la forme de

charte ou encore de référentiels d'engagements. Ces documents sont pris volontairement par les entreprises et permettent de montrer les valeurs ESG qu'elles souhaitent privilégier. Par exemple, Nestlé publie un Rapport sur le développement durable qui "intègre les neuf principes énoncés par le Secrétaire général de l'ONU dans son Pacte Mondial (Global Compact) concernant les normes de travail, les droits de l'homme et l'environnement"⁷. Toutefois, il n'y a pas de contrôle externe du respect de ces engagements. En finance, la tendance est à l'utilisation des objectifs de développement durable (ODD). Ils sont utilisés dans le "cadre de reporting (...) et progressivement dans les stratégies d'investissement"⁸. Via les procédures de reporting, que nous étudierons plus en détail par la suite, il y a donc une interaction avec les obligations posées par le droit dur. De plus, les agences de notation "développent une offre de notation ODD"⁹ qui permet dorénavant de prendre en compte ces objectifs pour évaluer leur accomplissement. Cette combinaison entre d'une part l'engagement volontaire des entreprises et d'autre part la vérification privée de leur accomplissement rendue possible par les obligations légales de reporting permet d'évaluer précisément les risques liés à l'investissement concernant les critères RSE.



Nestlé – Rapport sur le développement durable



Outre ces engagements internes, les entreprises peuvent aussi adhérer à des codes de transparence. Par exemple, le code AFG de transparence pour les fonds ISR ouverts au public demande aux entreprises qui y adhèrent de répondre à la question suivante : "Comment est appréhendée la question des risques/opportunités ESG dont ceux liés au changement climatique par la société de gestion ?"¹⁰. On voit donc qu'il y a, par le biais de l'investissement responsable, une volonté de voir les entreprises mettre en œuvre des procédures de gestion des risques.

⁷ [Nestlé – Rapport sur le développement durable \(page 4\)](#)

⁸ [Les ODD, nouveau référentiel pour les investisseurs institutionnels engagés \(Septembre 2019\)](#)

⁹ [Les ODD, nouveau cadre de référence pour évaluer les impacts de la finance durable](#)

¹⁰ [Code AFG de Transparence pour les fonds ISR ouverts au public \(Page 6, question 2.4\)](#)

En droit dur, les règles sont au contraire contraignantes et les entreprises n'ont pas le choix de les respecter dès lors qu'elles entrent dans les champs d'application. En la matière, la combinaison de deux principes, le reporting et le comply or explain, permet de consacrer un minimum légal de procédures de gestion des risques aux entreprises.

Le reporting est un ensemble de procédures consistant à obliger les entreprises à avoir une gestion transparente et préventive. Cela contraint les entreprises qui sont visées par une obligation de reporting à prendre en compte les risques qui pèsent sur elles et à publier des documents reprenant cette analyse des risques et la stratégie mise en place pour les gérer. Il s'agit par exemple de la publication du rapport de gestion. L'article L232-1 du Code de commerce prévoit en effet que "Le rapport de gestion expose (...) l'évolution prévisible [de la société]". C'est dans cette partie que l'organe en charge de l'écriture de ce rapport devra opérer une analyse des risques qui pèsent sur la société et les évolutions prévisibles de celle-ci en prenant en compte ces risques. En finance responsable, l'article L225-102-1 du Code de commerce prévoit que les sociétés cotées doivent ajouter à leur rapport de gestion une déclaration de performance extra-financière, qui doit détailler la politique RSE de l'entreprise décrivant les risques auxquels elle fait face et les mesures de gestion des risques qui sont prises. A savoir qu'en cas de rapport de gestion incomplet, par exemple qui n'expose pas l'évolution prévisible de la société, la sanction peut être de nature pénale, voir par exemple l'article L242-8 du Code de commerce pour les sociétés anonymes. En revanche, une telle sanction n'existe pas pour l'obligation de reporting extra-financier. En revanche, dans tous les cas, les parties prenantes de l'entreprise peuvent consulter ces documents. S'ils révèlent une politique de gestion des risques incomplète, cela peut notamment dissuader de potentiels investisseurs ou inquiéter les actionnaires déjà présents. C'est notamment le cas car ces documents sont vérifiés par des organismes de contrôle tiers indépendants.

Le reporting est couplé à un principe de comply or explain dans le cas de la déclaration de performance extra-financière. En effet, l'article R225-105 du Code de commerce prévoit que "Lorsque la société n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques, la déclaration comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant." Ce principe signifie que l'entreprise a le choix de ne pas prendre en compte certains risques mais elle doit alors justifier ce choix dans le rapport. Cela permet de forcer les entreprises à

réfléchir à leur stratégie de gestion des risques et à énoncer publiquement leurs choix.

On observe alors que le droit crée en quelque sorte l'obligation d'adopter une politique de gestion des risques, mais laisse en grande partie libres les entreprises de définir les risques qu'elles estiment avoir à supporter et choisir les outils pour les gérer.

(17) Cette liberté se retrouve également au point de vue contractuel en dehors du milieu de la finance, où un certain nombre de techniques et mécanismes contractuels permettent aux parties de gérer leurs risques respectifs.

B. Un encadrement personnalisé du risque grâce aux techniques contractuelles

(18) En dehors des interactions entre gestion des risques et droit que l'on retrouve particulièrement dans la finance, la technique contractuelle classique offre également un ensemble d'outils juridiques utiles à la gestion des risques.

A retenir qu'en la matière le risque est également de trop gérer le risque, au détriment de son cocontractant. Or un contrat déséquilibré, non seulement le juge pourra décider qu'il est, en partie ou totalement, frappé de nullité, mais, pire, il risque de ne jamais être signé. Dès lors, il s'agit de trouver un bon équilibre contractuel dans le maniement de ces instruments.

1. Clause d'adaptation

(19) Avec le changement de contexte amené par le temps qui passe, un contrat qui était, à sa signature, équilibré entre les cocontractants, peut se révéler n'être plus adapté à la situation actuelle. Le droit ouvre alors deux voies au juge pour corriger ce contrat, l'imprévision et la force majeure. Toutefois, les parties peuvent souhaiter éviter d'avoir recours au juge pour adapter leur contrat, notamment du fait du coût financier et du temps que nécessite une telle procédure, sans compter le fait que la décision du juge lui appartient et est difficilement anticipable.

(20) C'est pourquoi le contrat peut comprendre des clauses d'adaptation. C'est-à-dire qu'une clause contractuelle va décider que le contrat pourra être adapté si un changement de circonstances venait à le rendre nécessaire.

Sa mise en œuvre peut être automatique lorsque l'intervention d'aucune des parties n'est nécessaire pour procéder à l'adaptation du contrat. Au contraire, elle sera semi-automatique si la volonté d'une seule partie suffit à débiter l'adaptation contractuelle, ou non automatique lorsque les deux parties doivent exprimer leur volonté d'adapter le contrat. La clause automatique offre l'avantage de ne pas risquer de remettre en cause le contrat puisque les parties s'accordent préalablement sur les modalités de cet automatisme. La clause est annexée à un indice, souvent financier, qui assure le maintien de relations paritaires, ou bien à la réalisation d'un certain événement, qui déclencheront l'application de conséquences prévues à l'avance par les parties. En revanche, si la clause n'est pas automatique, cela permet aux parties de requérir son application que lorsqu'elles l'estiment subjectivement nécessaire.

Dans tous les cas, l'ensemble des modalités de mise en œuvre de la clause devront être décrites dans la clause. C'est-à-dire l'indice sur lequel elle est annexée, les procédures d'activation si elle n'est pas automatique, les conséquences de l'adaptation, etc. De plus, il est « conseillé d'inclure (...) une grille d'événements (ou parfois nommée « grille des risques ») qui listera, de manière la plus exhaustive possible, les principaux événements créant un aléa sur la poursuite de l'opération et justifiant que les parties se revoient pour discuter de la poursuite du contrat¹¹, comme le conseil le Réseau national des aménageurs à ses membres, en joignant un exemple (voir ci-contre). A défaut de ces mentions, la clause fera l'objet de litige entre les parties plutôt que de ne les éviter.

Il est rappelé que le risque économique supporté par l'Aménageur au titre de la présente concession d'aménagement s'entend comme celui résultant du dossier remis lors de la consultation, du programme de l'opération tel qu'il est défini à l'article 1 ci-dessus, ainsi que des éléments juridiques et financiers connus au jour de la passation du présent contrat. En conséquence, les parties ont convenu de préciser ci-après les événements, dont la survenance implique nécessairement un réexamen concerté des conditions d'exécution du contrat dans l'objectif d'en assurer le maintien. A la survenance de l'un de ces événements, les parties se rencontreront à l'initiative de la plus diligente d'entre elles. A cette occasion, elles analyseront ensemble les conséquences de l'événement concerné sur les conditions financières d'exécution du contrat. A défaut d'un accord intervenant lors de cette rencontre, une période de trois mois sera laissée aux parties pour définir conjointement les conditions du maintien du contrat. Après que les parties aient vérifié l'impossibilité de mettre en œuvre une autre solution (modification du programme permettant un rééquilibrage du bilan d'aménagement, révision des conditions de cession des terrains aménagés...) cette analyse conjointe pourra conduire à prévoir l'augmentation de la participation de la collectivité à l'opération d'aménagement, par voie d'avenant, sous réserve du respect des dispositions de l'article 55 de l'ordonnance 2014-65 du 29 janvier 2014 relative aux contrats de concession et de l'article 36 du décret n° 2014-86 du 1^{er} février 2014 relatif aux contrats de concessions.

Grilles des événements justifiant un réexamen par les parties des conditions d'exécution du contrat	
Evènement	Observations

¹¹ [Réseau National des Aménageurs - Gestion contractuelle des risques \(Page 8\)](#)

Il en reste qu'il s'agit d'un instrument pratique de gestion des risques puisque cette clause permet d'encadrer précisément les conséquences de la réalisation d'un risque. Puisque le risque et ses conséquences juridiques et contractuelles sont connues, il est sécurisé.

2. Clauses de répartition du risque

(21) Un contrat peut comprendre une clause visant à déterminer les conséquences d'un risque et désigner la partie qui devra les supporter. C'est-à-dire que les parties peuvent aménager l'engagement de leur responsabilité contractuelle au-delà de ce que prévoit la loi pour prévoir par qui et comment (de manière totale ou partielle) sera prise en compte la survenance d'un risque. L'avantage est là encore que les parties savent ce qui se passera juridiquement si le risque venait à survenir, cela élimine un aléa et facilite la mise en place d'une gestion des risques en prévision. Il en reste que cela ne donne aucune indication sur la certitude du risque, celui-ci est tout aussi probable de survenir qu'il ne l'était avant.

De telles clauses permettent alors de moduler l'engagement de la responsabilité des parties, soit à l'alléger soit à l'accroître. On parle souvent de clauses limitatives de responsabilité. Leur objet peut varier, notamment il peut s'agir de déterminer le montant des dommages et intérêts qui seront dus en cas de violation d'une obligation, auquel cas on parlera de clause pénale, ou bien de prévoir qui supportera la charge d'un risque.

Si ces clauses sont reconnues licites, elles sont en revanche encadrées par le juge. Notamment, il n'est pas possible d'exclure l'engagement de sa responsabilité pour une faute commise intentionnellement. De même, il n'est pas possible d'exclure l'engagement de sa responsabilité à l'égard d'une obligation essentielle du contrat. Il s'agit aussi de veiller à ne pas créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, en respect de l'article L442-6 du Code de commerce.

3. Les sûretés

(22) Les sûretés sont un instrument clef de la gestion des risques. Comme le dit le

professeur Jean-François Riffard, la notion de sûreté “est indissociablement liée à celle de sécurité, sécurité d’un créancier confronté au risque de défaillance de son débiteur”¹². Il définit la sûreté comme “un mécanisme permettant de garantir l’exécution de toute obligation”¹³. Il s’agit alors d’un levier important pour s’assurer qu’à la survenance d’un risque est associée une réponse juridique prévue et prévisible. Cette prévisibilité sécurise la transaction pour le créancier et gère la partie principales des risques auxquels il fait face, puisque la sûreté est le plus souvent adjointe à la l’exécution de l’obligation principale du contrat.

En pratique, une sûreté signifie que le créancier dont le débiteur fait défaut à son obligation, le plus souvent celle de payer la somme due, pourra tout de même obtenir exécution de cette obligation en activant la sûreté. Par exemple, s’il a obtenu une caution, le créancier peut s’adresser à la personne s’étant prononcée caution pour qu’elle s’acquitte de la somme due à la place du débiteur principal.

On voit donc que la sûreté permet de corriger la réalisation d’un risque contractuel de manière efficace. Il en reste que sa mise en œuvre demandera un certain nombre de procédures juridiques avant qu’elle ne soit efficace.

4. L’assurance

(23) Autre mécanisme qui permet de corriger la survenance d’un risque, l’assurance est juridiquement le contrat visant à garantir un risque par le versement d’une indemnisation en cas de survenance, le tout en l’échange du versement d’un prix à l’assureur. Pour le professeur Marly, “s’assurer offre de se rassurer, d’apaiser une peur de l’inconnu que l’on nomme techniquement l’aversion aux risques”¹⁴.

Là encore, l’assurance est un outil qui permet de corriger la survenance d’un risque. Mais ici, ce mécanisme peut porter sur un événement extérieur au contrat ou même ne pas être lié à un

¹² Riffard, Jean-François, *Droit des sûretés*, Lexifac Droit, 3e édition, 2015, page 8

¹³ Ibid.

¹⁴ Marly, Pierre-Grégoire, *Droit des assurances*, Cours Dalloz, 2013, page 1

contrat. Par exemple, l'assurance des pertes d'exploitation permet de compenser les conséquences d'un sinistre sur le chiffre d'affaires d'une entreprise. Par ailleurs, chacune des parties peut s'assurer, ce n'est pas un outil qui est uniquement à la charge du débiteur comme la sûreté. Par exemple, un bailleur demande à son locataire de souscrire à une assurance habitation tout en prenant lui-même une assurance garantie des loyers impayés (GLI).

En termes de gestion des risques, cela présente l'intérêt de sécuriser la survenance d'un risque, puisque ses effets financiers pourront être neutralisés. Juridiquement, ce type de contrat est commun mais présente parfois des difficultés de mise en application, il faut veiller à définir le dommage couvert par l'assurance d'une manière qui réduira au maximum les doutes à savoir si l'indemnisation est due ou non si le risque se réalise. L'objet du contrat d'assurance est donc un point présentant un risque de litige avec l'assureur car il est facilement interprétable et ré-interprétable.

(24) Nous avons donc étudié un certain nombre de techniques juridiques, à la fois sociétaires et contractuelles, qui permettent une meilleure gestion des risques. Les interactions entre droit et gestion des risques se sont donc multipliées et promettent de se développer de plus en plus. Nous nous proposons maintenant de mettre en œuvre l'ensemble de ces outils dans une étude de cas. L'intérêt sera de montrer l'interaction entre ces deux domaines en réalisant un processus clair partant de l'identification et de la mesure du risque jusqu'à la recommandation d'outils juridiques adaptés à sa gestion.

III. Etude de cas

(25) Dans cette partie, nous tenterons de résoudre une question de gestion des risques à partir de la problématique des impayés. Ce sujet est courant pour de nombreuses entreprises et est un risque très important qui pèse sur la croissance et la pérennité de leur activité. Il s'agira de présenter un possible processus d'analyse de ce risque en se basant sur cette question.

Dans un premier temps, nous calculerons le risque qu'une action en paiement devant une juridiction soit rejetée. Puis, nous verrons comment analyser l'impact d'un impayé

relativement au profil de l'entreprise. Ce qui nous permettra, enfin, de proposer des moyens juridiques adaptés au profil de l'entreprise pour gérer ce risque.

A. Calcul de la probabilité de rejet de l'action en paiement

(26) Déposer une action en paiement devant un tribunal est la dernière étape du processus de gestion des impayés, c'est-à-dire qu'il s'agit de la dernière chance pour une entreprise d'obtenir paiement de la somme due. Si le tribunal accède à sa demande, elle pourra procéder au recouvrement de sa créance et donc obtenir paiement. Au contraire, si le tribunal rejette sa demande, l'entreprise se sera engagée dans un long processus de recouvrement mais n'obtiendra au bout du compte aucun paiement.

D'autres méthodes de recouvrement peuvent être utilisées avant ou à la place de l'action en justice, mais nous choisissons d'étudier ce procédé car il représente l'ultime opportunité pour l'entreprise d'obtenir paiement. Il s'agit donc d'une bonne représentation du risque final de ne pas recevoir paiement qu'une entreprise doit être prête à courir si toute autre méthode venait à faillir.

De plus, par soucis pratique, les données en rapport aux décisions judiciaires sur les questions d'impayés sont publiques et donc plus facilement maniables dans le cadre de cette étude de cas. Nous nous concentrerons sur les décisions rendues en première instance

1. Données et méthodes de calcul

(27) Le ministère de la justice met à disposition des études statistiques relatives au fonctionnement de la justice¹⁵. Notamment, un dossier est réalisé sur les impayés¹⁶.

Pour utiliser ces données, nous calculerons le risque relatif, c'est-à-dire le risque que le risque de rejet de l'action en paiement devant les tribunaux, d'abord le tribunal de commerce, puis

¹⁵ [Ministère de la Justice. Références Statistiques Justice](#)

¹⁶ [Ministère de la Justice. Références Statistiques Justice. Les impayés](#)

les tribunaux d'instance et de grande instance. Cela permettra de révéler, selon la nature de la créance mobilisée devant le tribunal, dans quels cas le risque de rejet est le plus élevé.

Pour calculer le risque relatif, nous utiliserons un tableau à deux colonnes et deux lignes. Les lignes représentent deux situations juridiques, la vente de bien et la prestation de service, et les deux colonnes représentent la décision prise par la juridiction, soit une acceptation, soit un rejet. A chaque fois, les données sont en rapport avec le contentieux de l'impayé.

Cette méthode, utilisée notamment en épidémiologie, permet de calculer le risque qu'un certain événement se produise dans un groupe plutôt que dans un autre. Ici, le risque que la créance soit rejetée selon qu'elle soit une créance liée à la vente d'un bien ou à une prestation de services.

La formule est la suivante :

$$RR = (A / (A + B)) / (C / (C + D))$$

Chacune des lettres correspond à une case du tableau (voir ci-dessous), par exemple A est le nombre de demandes rejetées correspondant à une vente de bien.

	DEMANDES REJETÉES	DEMANDES ACCEPTÉES	TOTAL
VENTES DE BIENS	A	B	A+B
PRESTATIONS DE SERVICES	C	D	C+D
	(A+C	B+D	A+B+C+D

Le résultat obtenu est compris entre 0 et 1. A savoir que plus le résultat est proche de 1, moins il existe une différence de risque entre les deux situations. Au-delà de 1, le premier groupe est plus à risque que le second. En-deçà de 1, le deuxième groupe est plus à risque que le second.

En résumé :

Le risque relatif compare la probabilité de réalisation de deux risques selon différents facteurs et le résultat obtenu est à interpréter comme indiqué ci-dessous :

- Si le risque relatif est **égal à 1**, alors il n'y a **aucune différence** en termes de risque entre les deux groupes.
- Si le risque relatif est **supérieur à 1**, alors le **groupe 1 est plus à risque** que le groupe
- Si le risque relatif est **inférieur à 1**, alors le **groupe 2 est plus à risque** que le groupe 1.

Les données du ministère de la justice comportent des chiffres à la fois pour les juridictions civiles et les juridictions commerciales. Nous utiliserons cette méthode de calcul pour chacune de ces juridictions pour ensuite comparer les résultats et en déduire les risques pour les entreprises.

2. Tribunal de commerce

(28) Dans cette partie, il s'agit d'appliquer la méthode de calcul décrite plus haut aux données relatives aux décisions du tribunal de commerce.

Calcul d'un risque relatif - Risque de rejet d'une demande en impayé devant le Tribunal de commerce selon la nature de la créance :

	DEMANDES REJETÉES	DEMANDES ACCEPTÉES	TOTAL
VENTES DE BIENS	1 923	18 990	20 913
PRESTATIONS DE SERVICES	374	3 274	3 648
	2 297	22 264	24 561

$$RR = (A / (A + B)) / (C / (C + D))$$

$$RR = (1923 / (1923 + 18 990)) / (374 / (374 + 3274))$$

$$RR = (1923 / 20 913) / (374 / 3648)$$

$$RR = 0,89$$

En conséquence, les créances de prestations de services impayées ont plus de risque de voir leur demande judiciaire en paiement être rejetée par le Tribunal de commerce que les créances de ventes de biens impayées.

Cela est également visible dans leur pourcentage de rejet respectif :

$$VB = (100 * 1923) / 20913 = 9\% \text{ de rejet}$$

$$PS = (100 * 374) / 3648 = 10,25\% \text{ de rejet}$$

Toutefois, la différence est assez faible et on peut considérer que le risque encouru est similaire.

Il faut à présent faire la même opération pour les tribunaux d'instance et de grande instance (les données datent d'avant la réforme ayant renommée ces juridictions en Tribunal judiciaire).

3. Tribunaux d'instance et de grande instance

(29) Dans cette partie, il s'agit d'appliquer la méthode de calcul décrite plus haut aux données relatives aux décisions du tribunal d'instance et de grande instance.

(fig 2) Calcul d'un risque relatif - Risque de rejet d'une demande en impayé devant les Tribunaux d'instance et de grande instance selon la nature de la créance :

	DEMANDES REJETÉES	DEMANDES ACCEPTÉES	TOTAL
VENTES DE BIENS	1 283	5 212	6 495
PRESTATIONS DE SERVICES	2 111	12 076	14 187
	3 394	17 288	20 682

$$RR = (A / (A + B)) / (C / (C + D))$$

$$RR = 1\,283 / (1\,283 + 5\,212) / (2\,111 / (2\,111 + 12\,076))$$

$$RR = (1\,283 / 6\,495) / (2\,111 / 14\,187)$$

$$RR = 1,32$$

En conséquence, les créances de prestations de vente de biens ont plus de risque de voir leur demande judiciaire en paiement être rejetée par les Tribunaux d'instance et de grande

instance que les créances de prestation de service impayées.

Cela est également visible dans leur pourcentage de rejet respectif :

$$VB = (100 \cdot 1283) / 6495 = 19\% \text{ de rejet}$$

$$PS = (100 \cdot 2111) / 14187 = 14,8\% \text{ de rejet}$$

Cette fois, la différence est plus marquée et le risque est significativement plus important dans le cas des ventes de biens.

4. Conclusion

(30) On remarque d'abord qu'une demande portée devant le tribunal de commerce a plus de chance d'être acceptée que devant les juridictions civiles. En effet, toute nature de créances confondue, la probabilité de rejet est de 16,8% devant les tribunaux d'instance et de grande instance alors qu'elle est de 9,6% devant le tribunal de commerce.

Ensuite, si devant le tribunal de commerce la nature de la créance ne fait pas une différence pertinente dans le risque encouru, il en est différemment devant les juridictions civiles. Une différence de 4,2 points séparent la créance liée à une vente de bien de celle liée à une prestation de service. Cela fait de la créance liée à une vente de bien mobilisée devant une juridiction civile la plus risquée de toute. Pour autant, lorsqu'elle est mobilisée devant le tribunal de commerce, il s'agit de l'action la moins risquée.

On observe également que le risque reste en général relativement faible puisque les taux de rejet sont eux-mêmes relativement faibles. La grande majorité des décisions font l'objet d'une acceptation totale ou partielle de la demande, et ce sans prendre en compte la possibilité de faire appel.

Pour autant, l'impact d'un impayé n'est pas le même sur toutes les entreprises. Pour prendre pleinement conscience du risque encouru, il faut non seulement calculer sa probabilité de réalisation mais également l'impact que celle-ci aura sur l'entreprise visée.

B. Impact d'un impayé selon le profil de l'entreprise et le risque encouru

(31) Pour mesurer l'impact d'un impayé sur une entreprise, nous utiliserons des notions de comptabilité et d'analyse financière. Une fois mesuré, il sera possible de confronter cette mesure à celle du risque précédemment calculé à l'aide de représentations issues de la gestion des risques.

1. L'impact en comptabilité

(32) Pour nous représenter l'impact qu'un impayé peut avoir sur une entreprise, nous allons utiliser la notion comptable de besoin en fonds de roulement, qui "représente le montant qu'une entreprise doit financer afin de couvrir le besoin résultant des décalages des flux de trésorerie correspondant aux décaissements (dépenses) et aux encaissements (recettes) liés à son activité"¹⁷.

Dès lors, un besoin en fonds de roulement élevé signifie qu'il existe un grand décalage entre ses recettes et ses dépenses. Pour combler ce décalage, l'entreprise va notamment devoir mobiliser sa trésorerie, ou demander un délai de paiement à ses créanciers. Si le besoin est trop important, il peut être néfaste à la santé financière de l'entreprise, voire la faire courir à sa perte.

Dans ce contexte, une créance qui est impayée et dont le juge n'a pas ordonné le paiement va élargir le besoin en fonds de roulement et faire courir un risque important aux entreprises dont ce besoin est déjà haut.

Le besoin en fonds de roulement se calcule en faisant la différence entre l'actif circulant et le passif circulant d'une entreprise tels qu'ils figurent dans le bilan fonctionnel (voir exemple ci-dessous).

L'actif circulant comprend l'encours moyen des créances clients, auquel on ajoute la valeur des stocks. Quant au passif circulant, il s'agit de l'encours moyen des dettes fournisseurs. C'est dans la première catégorie que l'on retrouve notre créance impayée, c'est pourquoi elle

¹⁷ [Le Besoin en fonds de roulement \(BFR\) : définition, calcul et intérêt](#)

aura un impact sur le besoin de fonds de roulement.

Bilan fonctionnel

EMPLOIS	RESSOURCES
Emplois stables - immobilisations	Ressources stables - capitaux propres - amortissements - provisions pour risque et charges - dettes financières.
Emplois circulants - stocks - créances d'exploitation	Ressources circulants - dettes d'exploitation (fournisseurs, fiscales, sociales, etc).
Trésorerie positive	Trésorerie passive
TOTAL	TOTAL

2. Représentations du risque

(33) Pour comparer l'impact du risque d'impayé, nous utilisons les statistiques disponibles sur le besoin en fonds de roulement moyen des entreprises françaises selon leur secteur d'activité en 2017¹⁸. Par exemple, le secteur des télécoms avait en 2017 une moyenne de besoin en fonds de roulement de -20 jours alors que le secteur de l'électronique affichait un besoin en fonds de roulement de 81 jours.

Plus le besoin en fonds de roulement sera élevé, plus l'impact d'un impayé sera grand. Au contraire, lorsque le besoin en fonds de roulement est bas, voire négatif, l'impact d'un impayé est moindre.

Sur la base de cette réflexion, on peut identifier certains secteurs selon que l'impact sera grand ou faible. Notamment, le secteur des technologies, avec un besoin en fonds de roulement de 85, est particulièrement sensible aux impayés. Au contraire, le secteur de la distribution, dont le besoin en fonds de roulement est de 19, sera beaucoup moins impacté par un défaut de paiement.

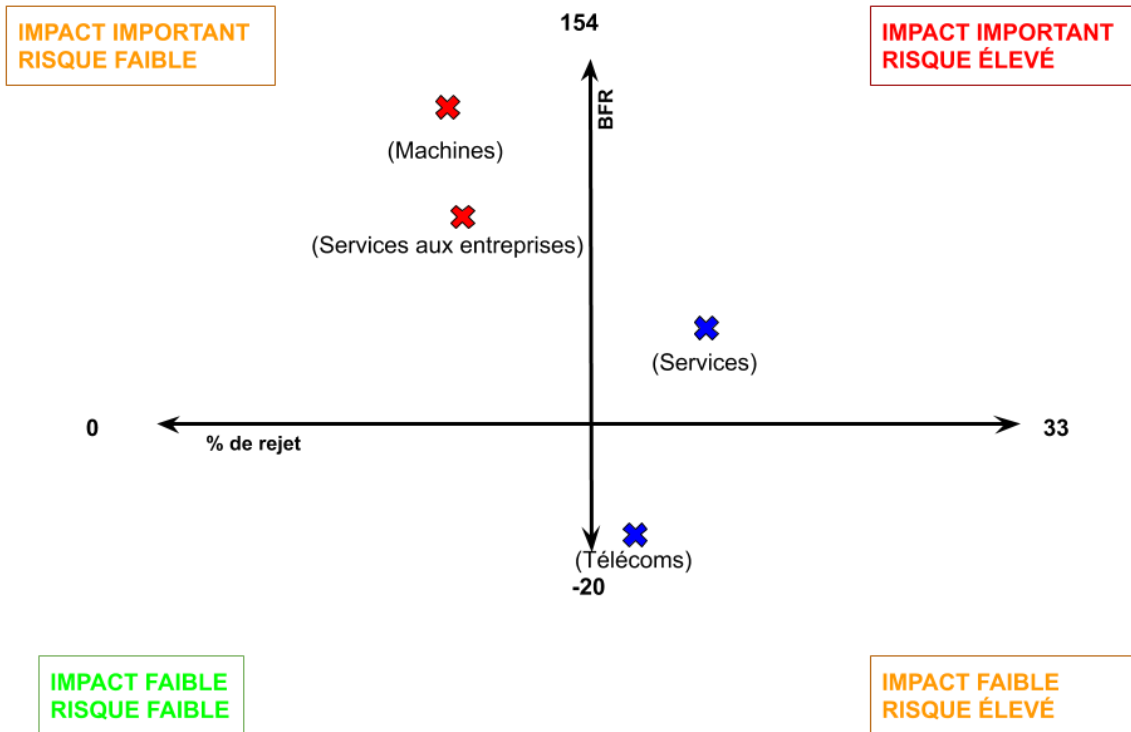
¹⁸ [Le BFR des entreprises stable dans le monde en 2017](#)

Il s'agit là du premier niveau d'analyse. Maintenant, il s'agit d'obtenir une représentation plus précise du risque encouru en confrontant nos observations sur l'impact d'un impayé à nos calculs du risque qu'une créance ne soit pas payée.

Nous savons donc que :

- plus le besoin en fonds de roulement est élevé, plus l'impact d'un impayé est important
- la créance liée à une vente de bien mobilisée devant une juridiction civile est la plus risquée, tandis que la créance liée à une vente de bien mobilisée devant le tribunal de commerce est l'action la moins risquée.

De ces observations, nous pouvons former un graphique représentatif du risque. Sur l'axe des abscisses, est représenté le risque de rejet de l'action en paiement. Sur l'axe des ordonnées, est représenté le besoin en fonds de roulement. En bleu, les créances portées devant les tribunaux d'instance et de grande instance. En rouge, les créances portées devant le tribunal de commerce.



Le coin supérieur droit du graphique constitue la zone à plus haut risque et le coin inférieur gauche constitue la zone la moins à risque. Les deux autres zones, la partie inférieure droite et la partie supérieure gauche représentent un risque modéré car soit la probabilité de réalisation du risque soit son impact sont faibles.

Ces données peuvent aussi se lire à travers une matrice d'évaluation du risque (voir ci-dessous). Plus le risque est important, plus il sera indiqué en haut à droite de la matrice, à l'inverse, plus il est faible plus il sera figuré en bas à gauche de la matrice. Par exemple, le risque encouru par le secteur aéronautique à l'égard de l'impayé pourrait ici figurer dans la case "fort", alors que celui du secteur de la distribution figurerait dans une case "faible".

Risk assessment matrix :

	IMPACT ↔		
PROBABILITÉ ↕	FAIBLE	MOYEN	FORT
	FAIBLE	MOYEN	MOYEN
	FAIBLE	FAIBLE	FAIBLE

Ces diverses formes de représentation du risque permettent à l'entreprise de classer les risques auxquels elle fait face afin d'identifier l'ordre de priorité dans lequel elle doit mettre en place sa gestion des risques. Ces graphiques peuvent alors être utilisés dans le cadre des procédures de reporting et de comply or explain. Il y a donc une interaction possible entre le droit et la gestion des risques de par les outils que chacun propose.

Outre ces questions de méthodes, le droit et la gestion des risques se combinent également au point de vue décisionnel puisque le droit va permettre de proposer des moyens de gérer les risques identifiés.

C. Solutions juridiques adaptées

(34) En ayant identifié le type de risque encouru par chaque type d'entreprises, il est possible de trouver des solutions juridiques personnalisées pour mettre en place la gestion des risques.

1. En cas de risque élevé et d'impact important

(35) Dans ce contexte, le risque posé par l'impayé est une priorité pour l'entreprise car il est à la fois très probable et sa réalisation aurait un impact important sur son activité. Elle doit donc nécessairement mettre en place des moyens de gérer ce risque.

D'abord, sur le point de vue du droit des sociétés, il sera important pour les associés de mettre en œuvre cette activité au sein d'une forme de société à risque limité. Par exemple, en fondant une SARL. Toutefois, il est probable qu'une caution soit demandée par les créanciers de l'entreprise, auquel cas il faudra proposer une autre forme de sûreté ou s'assurer que le capital social de la société est élevé pour convaincre les créanciers, par exemple avec une clause prévoyant que, si les capitaux propres passent en dessous d'un certain niveau, les associés devront les faire remonter jusqu'à un certain niveau. L'activité à risque pourra également être poursuivie dans une société d'exploitation distincte de la société-mère ou d'une autre société qui possédera l'actif essentiel de l'entreprise afin de le préserver.

Ensuite, il faudra rédiger le contrat afin de prendre en compte le risque d'impayé. Notamment, il est possible d'aménager les modalités de paiement du prix, par exemple en prévoyant un paiement à plusieurs fois pour le débiteur. Il sera également utile de demander à son client d'accorder une sûreté ou de souscrire à une assurance.

Une clause de répartition du risque pourra être intégrée au contrat pour déterminer les conséquences de la réalisation du risque et désigner la partie qui devra les supporter. Le montant des dommages et intérêts qui seront dus pourra également être fixé à l'avance.

2. En cas de risque élevé et d'impact faible

(36) Ici, le risque posé par l'impayé est modéré, quand bien même il a une probabilité élevée de se produire, son impact ne sera pas déstabilisant pour l'entreprise. Toutefois, si le risque venait à se produire sur de multiples contrats à un même moment, cela pourrait avoir un impact plus élevé par effet de multiplication. C'est pourquoi le risque doit être géré en s'assurant d'abaisser sa probabilité de réalisation et en contrôlant l'intensité de son impact.

Pour diminuer sa probabilité de survenance, on pourra prévoir dans le contrat des modalités de paiement du prix adaptées, par exemple par un échelonnement dans le temps. De plus, il est possible d'utiliser une clause de gestion du risque qui stipule la marche à suivre en cas de défaut ou de retard de paiement, en abordant notamment les questions de la responsabilité du cocontractant ou encore en prévoyant les conséquences de l'impayé. Cependant, une telle clause devra être négociée avec le cocontractant et pourrait représenter pour lui un frein à son intention de contracter, c'est pourquoi on maniera avec précaution cet outil en privilégiant l'adaptation des modalités de paiement du prix. C'est notamment ce qui est pratiqué dans le secteur des télécoms, qui est modérément affecté par le risque d'impayé, puisque le paiement se fait en général de manière mensuelle.

Pour contrôler son intensité, il est pertinent de contracter une assurance, puisque la probabilité élevée de survenance du risque justifie le paiement des frais d'assurance. Le mécanisme de l'assurance va neutraliser l'impact de la réalisation du risque et limiter les conséquences de plusieurs impayés se déclarant simultanément puisqu'une partie du prix pourra être recouvré. Dans la même logique, une sûreté pourra être négociée pour venir mitiger l'impact d'un impayé. Toutefois, demander une sûreté à son cocontractant alors que l'impact de la survenance du risque est en fait faible peut être non pertinent dans la négociation du contrat où d'autres demandes seront sûrement prioritaires.

Avec ces précautions, il semble qu'il ne soit pas absolument nécessaire de privilégier une société à risque limité, au contraire le montage SNC - EURL pourra offrir un juste milieu entre flexibilité et sécurité face au risque. Cela vaut également pour le recours à une SCS

puisque les associés qui auraient besoin de plus de sécurité face à ce risque pourront prendre la qualité d'associé commanditaire.

3. En cas de risque faible et d'impact important

(37) Dans ce cas, le risque de l'impayé est une épée de Damoclès pesant sur l'entreprise. Il peut ne jamais se produire, mais si cela est le cas son impact présente un danger important. L'entreprise ne peut l'ignorer et doit prévoir des mécanismes de gestion des risques afin d'anticiper son éventuelle survenance.

Il sera alors utile de souscrire à une assurance pour se voir indemniser le montant de la perte. Par exemple, cette pratique est commune pour les bailleurs immobiliers, qui peuvent souscrire à l'assurance garantie des loyers impayés (GLI). Pour autant, si la probabilité de survenance du risque est vraiment faible, l'assurance pourrait être financièrement coûteuse sans jamais finalement être activée. C'est pourquoi la prise d'une sûreté ou la négociation d'une clause de répartition du risque peut être plus pertinente, notamment pour une entreprise dont la trésorerie est faible. Un créancier peut alors choisir de demander à son débiteur de concevoir une sûreté à son profit, telle qu'une caution. C'est ce que l'on peut imaginer être une solution apte dans le secteur des machineries, qui se situe dans ce segment de risque. On peut penser, par exemple, au prêt d'une machine d'imprimerie associée à une caution.

Du point de vue du droit des sociétés, il pourrait être pertinent de créer 2 sociétés, dont une qui accueillerait une partie de l'actif de la société d'exploitation, par exemple les immeubles, afin de les isoler du risque. Par exemple, il s'agit en quelque sorte du modèle de McDonald's puisque les franchisés ne possèdent en général pas eux-mêmes le bâtiment dans lequel il exploite leur franchise. Ce bâtiment appartient au franchiseur qui le loue au franchisé. De cette façon, la forte valeur de l'actif immobilier de McDonald's n'est pas à risque en cas de mauvaise gestion de la part des franchisés.

De plus, il faudra privilégier une forme de société dans laquelle la responsabilité de l'associé est limitée, telle qu'une SARL et privilégier d'autres mécanismes de garantie que la caution donnée à titre personnel à un créancier. Une SCS pourra également être envisagée car les

associés qui accepteront de courir le risque en échange de plus de pouvoir dans la gestion de l'entreprise pourront adopter la qualité d'associé commandité.

Conclusion

(38) Le droit et la gestion des risques sont deux matières qui ont toujours interagi mais elles le font aujourd'hui de manière plus expresse. La tendance est à ce qu'elles interagissent de plus en plus. Cela s'explique par le fait que leurs objectifs sont souvent identiques, tels que la protection de certains acteurs économiques ou contractuels et la prise en compte croissante des enjeux de développement durable.

A l'avenir, on pourrait imaginer un processus de gestion des risques encadrés par la loi, à l'image de ce qui est fait aujourd'hui en finance responsable. La gestion des risques pourra de son côté s'intéresser davantage au risque juridique et apporter une approche mathématique au droit.

BIBLIOGRAPHIE

- Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10e édition mise à jour
- Porthin, Markus, *Advanced Case Studies in Risk Management*, Université d'Helsinki, Espoo, Master's thesis, 2 août 2004, pages 7-8
- Riffard, Jean-François, *Droit des sûretés*, Lexifac Droit, 3e édition, 2015, page 8
- Ministère de la Justice, Références Statistiques Justice, 2017, *Justice civile et commerciale, Les impayés*, chapitre 3, page 32

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 mars 1987, n°85-15.736, Publié au bulletin