

Les contribuables seront donc bien inspirés de déterminer le montant des *management fees* au regard de la notion de «*rémunération normale*» dont il a été question ci-avant (36).

(36) Il est parfois conseillé de respecter divers critères internes et externes tels le risque impliqué par la fonction, l'importance de l'entreprise, l'utilité d'une certaine expérience, mais également les conditions normales de marché, etc. : *voyez notamment* : J.P. BOURS «La société de management à l'épreuve du droit social et du droit fiscal», *R.G.F.*, 1998, p. 306.

RESPONSABILITÉ
DES ORGANES DES SOCIÉTÉS :
LA RESTAURATION?

PAR

ANDRÉ-PIERRE ANDRÉ-DUMONT

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

ET

CHRISTINE M. BRÜLS

AVOCAT AU BARREAU DE LIÈGE, RECHTSANWÄLTIN (KÖLN)

ET

HENRI CULOT

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

INTRODUCTION

1. La responsabilité des dirigeants de société forme une matière en apparence stable, les dispositions légales applicables connaissant une pérennité qui, de nos jours, est remarquable. Elle a pourtant subi, à la suite des arrêts de la Cour de cassation des 7 novembre 1997 (1) et 16 février 2001 (2), une évolution qui fut qualifiée de *révolution de velours* (3).

(1) Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé».

(2) Cass., 16 février 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 348.

(3) X. DRIETX, «La responsabilité civile des administrateurs et gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : une révolution de velours», *Liber amicorum J. Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 225. Le terme «révolution» est aussi employé par O. CAPRASSE, «La responsabilité extracontractuelle des dirigeants de sociétés», *Obs.* sous Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1293.

L'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2005 (4) paraît restaurer l'ordre ancien, à tout le moins, infléchir fortement cette révolution.

2. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont relativement simples.

Le pourvoi est introduit par les administrateurs d'une société de droit luxembourgeois Comptigest, qui cède, en 1994, une branche d'activité et un fonds de commerce à des époux agissant au nom d'une société de droit luxembourgeois en formation Cofigest. La branche d'activité cédée avait pour objet la domiciliation et le suivi administratif de sociétés au Luxembourg. Après paiement du prix, l'acquéreur réalise que la branche d'activité n'avait pas la consistance espérée, certains clients ayant, antérieurement à la cession, notifié leur décision de résilier leur domiciliation. Cette information ne lui avait pas été communiquée par la société vendeuse.

Plutôt que d'intenter une action en nullité des conventions ou une action en responsabilité dirigée contre le vendeur Comptigest, l'acquéreur, Cofigest et les époux qui avaient agi en son nom alors qu'elle était en formation, font le choix de mettre en cause la responsabilité des administrateurs de Comptigest sur la base d'une *culpa in contrahendo*.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 30 mai 2002, avait condamné les administrateurs visés par l'action en responsabilité.

Ceux-ci décident de se pourvoir en cassation et soumettent à la Cour trois moyens, dont seul le premier retiendra notre attention. Dans celui-ci, les administrateurs condamnés soutenaient notamment que *lorsqu'un organe, de droit ou de fait, d'une société [...] ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas une infraction au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité du gérant ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant* de sorte qu'en retenant leur responsabilité, la Cour d'appel avait méconnu les articles 1984, 1989, 1991 et 1992 des Codes civils luxembourgeois et belge.

(4) Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1199.

La Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 20 juin 2005, que ce moyen manquait en droit au motif que *si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci*.

Cet arrêt est remarquable au moins pour deux raisons. D'une part, il est rendu sur les conclusions contraaires du ministère public (5); d'autre part, alors que le moyen reproduisait l'exact libellé de l'arrêt prononcé par cette même Cour le 16 février 2001, il est néanmoins écarté.

OBJET DE LA CONTRIBUTION

3. La présente étude ne tend pas à avancer une théorie générale de l'organe applicable aux personnes de droit privé et en particulier aux sociétés anonymes.

Il s'agit plus modestement de tenter d'une part, de dégager la portée de l'arrêt du 20 juin 2005 à la lumière de la théorie de l'organe telle qu'élaborée par la doctrine et la jurisprudence et, d'autre part, de l'intégrer dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation et spécialement celle relative à l'applicabilité de la théorie de l'immunité des agents d'exécution aux organes d'une société anonyme.

LA THÉORIE DE L'ORGANE : HISTOIRE SUCCINCTE

4. La personne morale est un être immatériel. Elle ne peut agir et exprimer sa volonté qu'à l'intervention d'autres personnes, les êtres humains (6). Cette évidence s'est imposée bien avant qu'elle ne soit expliquée sur le plan juridique.

Le Code de commerce de 1807 ne consacrait du reste que peu de dispositions aux administrateurs de société, si ce n'est pour en dire

(5) Celles-ci sont partiellement reproduites dans la *J.L.M.B.* avant l'arrêt.

(6) Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1176; G. HORSMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 558.

qu'il s'agissait de mandataires (7), responsables du mandat qu'ils avaient reçu (8).

Rapidement, la pratique a révélé que le mandat n'était pas de nature à expliquer de manière satisfaisante la nature de la fonction d'administrateur. En effet, tirant toutes les conséquences de cette qualification, les conservateurs des hypothèques exigeaient, comme pour les mandataires ordinaires, que les pouvoirs des gérants ou administrateurs de société soient authentiquement constatés (9).

Lors des discussions à la Chambre relatives à ce qui deviendra la loi de 1873 sur les sociétés commerciales, Monsieur Pirmez s'est élevé contre cette analyse : *Dans quel cas la loi exige-t-elle un mandat authentique ? Dans le cas où celui qui peut agir n'agit pas lui-même, lorsqu'il recourt à l'intervention d'un tiers. Mais les administrateurs des sociétés ne sont pas des tiers qui interviennent pour une société. D'après nos lois, les sociétés constituent des personnalités juridiques. Ces personnalités sont organisées par la loi ; quand les administrateurs interviennent pour la société, ce ne sont pas des tiers qui interviennent pour la société, c'est la société elle-même qui agit, par ses seuls organes légaux, par le seul mode d'action directe qu'elle possède. (...) Quand l'administration de la société agit, c'est la société elle-même qui agit, par la voie la plus directe ; c'est sortir de la vérité juridique que de la considérer comme agissant par des tiers* (10).

Cette réflexion a abouti à l'adoption de l'article 13 de la loi de 1873 (11), disposition qui figure encore aujourd'hui dans le Code des sociétés à l'article 61 (12).

(7) Article 31 du Code de commerce de 1807 : *Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.*

(8) Article 32 du Code de commerce de 1807 : *Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.*

(9) J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1878, p. 190, II, n° 174 et p. 439, III, n° 526 (intervention du rapporteur Pirmez à la Chambre).

(10) J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1878, p. 439, III, n° 526.

(11) Cet article était libellé comme suit : *Les sociétés agissent par leur gérant ou administrateurs, dont les pouvoirs s'établissent par l'acte constitutif ou par les actes postérieurs faits en exécution de l'acte constitutif.*

(12) Plus spécialement, il s'agit de l'article 61, §1^{er}, alinéa 1^{er}. En 1873, le deuxième alinéa figurait à l'article 51 de la loi et reprenait en fait le deuxième alinéa de l'article 32 du Code de commerce de 1807.

Bien qu'il fût démontré que, dans l'ordre externe, la qualification de mandat n'était pas adéquate, le législateur (13) – et, à sa suite, la doctrine – ont maintenu cette terminologie.

5. Originellement, ce qui sera ultérieurement conceptualisé au travers de la théorie de l'organe – dont Monsieur Pirmez esquisse les contours – ne tend à répondre qu'à une difficulté pratique relative à la représentation de la société à l'occasion d'un acte nécessitant une publicité hypothécaire.

Ceci ne nous paraît toutefois pas être un motif suffisant pour ne pas en dégager toutes les conséquences éventuelles (14) qui, le cas échéant, n'auraient pas été à l'époque aperçues par le législateur (15).

(13) Ainsi, la loi de 1873 prévoit que les administrateurs sont des *mandataires à temps* (art. 43), que ces *mandataires ont le pouvoir de faire tous actes d'administration* (art. 44), que *le terme de leur mandat ne peut excéder six ans* (art. 45) et encore que *les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu*. Cette terminologie est encore usitée aux articles 522, §1^{er}, 518, §3 et 527 du Code des sociétés.

(14) *Contra* : J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 403 ; H. DE WULF, « Het hof van Cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », in *Liber amicorum Ch. De Wulf*, Bruges, die Keure, 2003, p. 538.

(15) Monsieur De Wulf soutient qu'il résulte des travaux préparatoires que jamais l'intention du législateur n'a été de déroger, au bénéfice des administrateurs de société, au droit commun de la responsabilité, consacré par l'article 1382 du Code civil (H. DE WULF, « Het hof van Cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », in *Liber amicorum Ch. De Wulf*, Bruges, die Keure, 2003, p. 539). Outre qu'on sait combien il est difficile de déterminer les intentions du législateur à la lecture des travaux préparatoires, il nous paraît inexact de tirer une telle intention des travaux préparatoires de la loi de 1873. A cet égard, on rappelle qu'en 1873, le législateur a profondément revu l'organisation des sociétés. En particulier, il s'est attaché à régler la question non seulement de la « représentation » de la société (art. 13 de la loi) mais aussi de la responsabilité des administrateurs (art. 52 de la loi). Il fut alors précisé que [...] *Contre ces abus qui, nés des faiblesses humaines, se reproduiront partout et toujours, la loi n'a qu'un moyen : maintenir le principe de la responsabilité personnelle. Nos articles déterminent l'étendue de la responsabilité des administrateurs. [...] Cet article fait à cet égard la distinction entre deux ordres de faits dommageables : ceux qui ne constituent pas et ceux qui constituent des violations de la loi et des statuts sociaux. Le projet attache à cette distinction une double conséquence. La responsabilité n'existe dans le premier cas qu'à l'égard de la société, et elle est individuelle ; elle existe dans le second cas à l'égard des tiers comme à l'égard des associés, et elle est solidaire. [...] Et d'abord il est impossible de jamais confondre l'action de la société contre les administrateurs et l'action des tiers. Ces deux actions ont une base différente. [...] Il en est tout autrement quand les administrateurs violent les dispositions de la loi actuelle ou des statuts sociaux. [...] Quand les administrateurs font sortir la société des bornes qui limitent son existence, ils ne peuvent plus invoquer le bénéfice de l'irresponsabilité personnelle, ils ont eux-mêmes répudié le fondement de cette immunité* (J. GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1878, p. 124, II, n° 51). Il nous paraît dès lors tout au plus possible de soutenir que la question de la responsabilité aquilienne n'a pas été examinée au cours des travaux préparatoires, ce qui ne permet d'en tirer aucune conclusion quant aux intentions du législateur. En ce sens, J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers – observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, p. 106 et s.

LA THÉORIE DE L'ORGANE ET LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

10. En matière contractuelle, l'absorption est complète : les actes posés sont ceux – et exclusivement ceux – de la personne morale dès lors que l'organe a agi dans les limites de ses fonctions (30). En conséquence, seule la personne morale peut, en règle, voir sa responsabilité engagée.

LA THÉORIE DE L'ORGANE ET LA RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE

11. En matière délictuelle ou quasi-délictuelle, conformément à la théorie de l'organe, la faute commise par l'organe dans l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité de la société (31). Mais il existe une réticence à admettre, comme en matière contractuelle, une absorption complète exonérant les membres de l'organe de toute responsabilité à l'égard des tiers.

Cette hésitation se traduit dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Si, dans un premier temps, elle a retenu la double responsabilité de la société et des membres de l'organe, elle a ensuite limité les hypothèses dans lesquelles les tiers pouvaient mettre en cause la responsabilité des administrateurs en raison d'une faute aquilienne commise par eux dans le cadre de leurs fonctions (32).

Ainsi, par un arrêt du 7 novembre 1997, la Cour a étendu à l'organe le régime « d'immunité » qu'elle avait dégagé en faveur des préposés et des agents d'exécution, estimant en conséquence qu'un organe ne pouvait être déclaré responsable que s'il avait manqué à une obligation générale de prudence – et non seulement à une obli-

gation contractuelle – et si le dommage causé était autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (33).

Trois ans plus tard, dans un arrêt dont il est malaisé de déterminer l'exacte portée, la Cour a indiqué que *lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire, mais celle de la société ou du mandant* (34).

La Cour semblait dès lors peu à peu s'orienter vers l'admission, en matière aquilienne, d'une absorption de l'organe par la société, identique à celle applicable en matière contractuelle.

Cette orientation n'est plus celle retenue dans l'arrêt du 20 juin 2005, où la Cour réaffirme le principe de la coexistence des responsabilités de la société et de l'organe dans un langage similaire à celui de son arrêt du 11 avril 1989 (35).

12. Cette réticence d'une partie de la doctrine à admettre qu'en matière extra-contractuelle l'absorption de la personnalité de l'organe par la société puisse également être complète est justifiée de différentes manières.

Cette solution est expliquée tantôt par le fait qu'il n'entre jamais dans la mission d'un organe de commettre une faute (36) tantôt par le cadre dans lequel la théorie de l'organe a été dégagée (37).

Ni l'une ni l'autre de ces objections ne nous paraissent déterminantes.

D'une part, s'il peut effectivement être admis qu'en soi, la mission de l'organe ne consiste pas en la commission de fautes, il n'en demeure pas moins possible que l'accomplissement de cette fonction

(33) Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730.

(34) Cass., 16 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 301. Cette jurisprudence est appliquée notamment par Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.E.*, 2003, p. 1285 et par Gand, 6 mai 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 668 (dans ce dernier cas, la faute du gérant constituait un délit).

(35) Cass., 11 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 809.

(36) La mission de l'organe consiste exclusivement dans la réalisation de l'objet social (art. 522 C.S.), lequel est fixé par les statuts. Du reste, les administrateurs ne peuvent recevoir des instructions de la part des actionnaires et, s'ils en reçoivent, ils doivent refuser d'exécuter celles qui seraient contraires à l'intérêt de la société (H. DE WULF, « Het Hof van Cassatie en de extra-contractuele aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », *Liber amicorum prof. Dr. Christian De Wulf*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 545).

(37) J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 403.

(30) P. VAN OMMESELACHE, « La théorie de l'organe : évolutions récentes », *Liber amicorum Michel Colpeel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 773, n° 8.

(31) En dernier lieu, Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.E.*, 2005, p. 1199. Voy. aussi I. CORBISSIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *R.P.S.*, 1994, p. 13, n° 5.

(32) Lorsque la faute commise par l'organe constitue un délit pénal, celui-ci est tenu personnellement, selon la jurisprudence, à réparer le dommage causé (Cass., 11 septembre 2001, P.99.1742.N.).

puisse, dans certaines circonstances, impliquer qu'une faute soit commise. En outre, dans cette logique, il faudrait considérer qu'en règle, la société n'est pas engagée par ladite faute. Or, précisément, nul ne conteste que tel soit le cas, même en matière pénale où il est admis depuis longtemps que la société puisse commettre une infraction (38), même si, avant la loi de 1999, elle ne pouvait être condamnée.

D'autre part, le cadre dans lequel la théorie de l'organe a été dégagée ne nous paraît pas interdire l'approfondissement de celle-ci.

Sauf peut-être celle de l'arrêt du 16 février 2001, aucune des solutions retenues par la Cour de cassation ne fait application, dans toutes ses conséquences, de la théorie de l'organe. Peut-être faut-il alors chercher ailleurs les raisons de ces arrêts. Le droit de la responsabilité civile est une source potentielle d'explications (39).

13. Si la lettre de l'article 1382 du Code civil démontre qu'il a été à l'origine conçu pour les êtres humains, son élargissement aux personnes morales n'a guère posé problème.

Cette disposition est d'application générale : dans toutes les circonstances et activités de leurs vies, les personnes sont susceptibles de poser des actes engageant leur responsabilité (40).

14. En présence d'une personne morale, toute la difficulté réside dans l'opération d'attribution de la faute.

La théorie de l'organe, on l'a vu, repose sur l'absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'être moral.

(38) Cass., 19 octobre 1992, *R.C.J.B.* 1995, p. 229, note A. DE NAUW. Voyez également G. HORSMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 560 et s.; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1932, p. 135; T. HOBBS, *Leviathan*, XXII, trad. F. TRICAUD et M. PÉCHARMAN, Paris, Vrin et Dalloz, 2004, p. 181 (qui récite déjà l'idée selon laquelle un groupement ne pourrait être puni, mais qui parle plutôt d'une responsabilité collective des membres ayant effectivement consenti au délit, plutôt que de la personne morale elle-même).

(39) Voy. J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401, qui approuvent l'arrêt d'appel confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1989, sur la base des règles générales relatives à la responsabilité aquilienne.

(40) L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 30 mai 2002, confirmé par celui de la Cour de cassation du 20 juin 2005, y insiste : « Comme chaque personne, l'administrateur ou le gérant d'une société est tenu à titre personnel, conformément aux articles 1382 et 1383 du code civil, de réparer tout dommage qu'il a causé par sa faute à autrui (nous soulignons). C'est fondamentalement sur la même idée qui est basé l'article de J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401. Voy. aussi J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, p. 94 et 103.

Dès lors, il faut admettre dans la logique de ladite théorie que par l'effet de l'attribution (41), seule la société peut en règle (42) être tenue pour responsable, à l'exclusion de l'organe. Il s'opère dès lors en quelque sorte une « division » de la personne physique : bien qu'étant l'auteur matériel de l'acte fautif, elle « n'existerait » pas dans le cadre de l'appréciation juridique des responsabilités.

Et pourtant, depuis longtemps, on hésite à admettre une telle conclusion (43) lui préférant une solution basée sur une double attri-

(41) Sur les difficultés à ce sujet, voy. G. HORSMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 564 et s.

(42) Ainsi, Madame Simonart qui, en Belgique, a vigoureusement défendu la théorie de l'organe dans toutes ses conséquences, écrit qu'il ne faut cependant pas exagérer l'enjeu de la discussion : « personne ne conteste qu'il faut trouver un équilibre entre l'esprit d'entreprise et la protection des tiers et que les administrateurs qui dépassent certaines limites engagent leur responsabilité personnelle ; c'est la fixation de ces limites qui fait l'objet de controverses » (V. SIMONART, « La théorie de l'organe », *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 725). La nature des « limites » n'est cependant pas très claire. Il nous paraîtrait contestable que le critère s'apparente à la gravité de la faute. Par contre, si on vise la limite des fonctions de l'administrateur, nous pourrions souscrire à cette affirmation. Il reste que la responsabilité d'un administrateur ne protège pas nécessairement mieux les tiers que la responsabilité de la société.

(43) Voy. par exemple Paris, 16 avril 1870, *D.P.*, 1870, 2, p. 121, cité par J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique - Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2^e éd., t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1882, p. 410 : considérant que « si les administrateurs sont astreints aux obligations de leur mandat envers la société qui leur a confié, ils sont en même temps soumis envers tout le monde aux devoirs généraux qui sont imposés par la conscience ou par la loi, et dont l'infraction constitue, aux termes de l'article 1382 du Code Napoléon, une faute ou un quasi-délit engageant à la réparation du dommage causé. Voy. également le plaidoyer de R. SALEILLES, *De la personnalité juridique - Histoire et théories*, Paris, Arthur Rousseau, 1910. Pour cet auteur, l'absorption complète relève des thèses un peu étranges (p. 340) ou hardies (p. 341), des déformations juridiques (p. 341). Et de conclure : « Laissons de côté toutes ces théories. Je ne sache pas qu'il y ait jamais eu un seul civiliste pour les soutenir » (p. 342).

Cette répugnance repose sur un certain nombre d'idées contestables. Tel est le cas de celle suivant laquelle les sociétés (à responsabilité limitée) seraient moins solvables que les personnes physiques (voy. G. HORSMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 564, qui réfute cette idée à la p. 566, mais l'invoque à nouveau à la p. 569), puisque seul leur capital garantit les créanciers, et que, contrairement au cocontractant, la victime d'une faute aquilienne n'a pas choisi d'avoir une créance envers une personne morale et n'a pas pu s'assurer préalablement de la solvabilité de son capital. Ce n'est pas le capital (fixe) d'une société qui garantit ses créanciers. Le capital est un élément du passif, dont on peine à voir comment il pourrait désintéresser un créancier. Ce qui préoccupe les créanciers, ce sont les actifs de la société : ses immeubles, ses biens immobilisés, ses créances (notamment bancaires) (voy. déjà J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique - Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2^e éd., t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1882, p. 369 : « le capital ou plutôt l'avoir social [est] le seul gage des créanciers »). L'actif d'une société est illimité dans son montant. La société n'est pas, sur ce plan, différente des personnes physiques. Dans les deux cas, ce sont les éléments d'actif du patrimoine qui garantissent les créanciers. La solvabilité d'une personne ne dépend pas de sa forme (physique ou morale) mais, plus trivialement, de sa richesse. En droit allemand, cette idée prévaut : les sociétés offrent plus de garanties que les personnes physiques en ce sens que le capital est affecté à une fin déterminée et qu'il est, dans les proportions fixées par les statuts, soustrait à la libre disposition des associés, en contrepartie de sa reconnaissance en tant que personne morale, sujet de droit, (cf. J. WIEACKER, « Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts », *Festschrift für Huber*, 1973, p. 339; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1/2, *Die juristische Person*, Springer, 1983, p. 1).

(pré- et post-contractuelle) et contractuelle, pour des actes intentionnels ou non.

Un lien objectif est nécessaire entre l'acte incriminé et les devoirs de l'organe, ce qui n'exclut pas des actes en violation des dispositions statutaires (dépassements de pouvoirs...) (51). A titre d'exemple, une personne morale a été condamnée pour les agissements d'un gérant (chef d'une banque), qui avait commis une escroquerie au détriment des clients de l'établissement, en tirant profit de sa position (52), ou pour celles d'un gérant d'une filiale qui avait obtenu d'un client qu'il avance des fonds à un autre pour que ce dernier réduise sa dette vis-à-vis de l'entreprise (53).

Récemment, le *Bundesgerichtshof* a confirmé que, dans de telles hypothèses, la société ne peut pas se retourner contre le gérant qui, à la suite d'un quasi-délit, l'a appauvri, a entamé son capital social ou a causé son insolvabilité (54), à tout le moins si le gérant est simultanément l'associé unique de la société ou s'il a agi en accord avec le(s) associé(s).

Cette solution de principe connaît deux bémols.

16. Tout d'abord, la jurisprudence allemande accepte, dans des hypothèses déterminées, la responsabilité personnelle des administrateurs ou gérants.

Tel peut être le cas lorsqu'un aveu de faillite intervient tardivement («*Haftung wegen verspäteter Konkursantragstellung*») ou «*Insolvenzverschleppungshaftung*» (55) ou lorsque le capital de la société a été consommé («*Unterbilanzhaftung*») (56). Il en va de même lorsque le gérant figure à la tête d'un groupe de sociétés sous forme

(51) BGH, 20 février 1979, *NJW*, 1980, p. 115.

(52) BGH, 12 juillet 1977, VI ZR 159/75 KG, *NJW*, 1977, p. 2259.

(53) BGH, 2 mai 1989, *NJW* - RR, 1990, p. 484.

(54) Voy. BGH, 31 janvier 2000, II ZR 189/99, *NJW*, 2000, p. 1571 (*Der geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH haftet dieser grundsätzlich nicht für die von ihm durch eine Pflichtverletzung gegenüber Dritten verursachte Belastung des Gesellschaftsvermögens mit einer Schadensersatzverpflichtung. Das gilt auch dann, wenn es dadurch zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals oder zur Insolvenz der GmbH kommt.*); BGH, 7 avril 2003, II ZR 193/02, *NJW* RR, 2003, p. 895, *ZIP*, 2003, p. 945, selon lequel le gérant n'est pas responsable, à titre personnel, des agissements des coassociés effectués pendant sa gérance; voy. aussi M. LUTTER et T. BANERJEA, «Die Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Eingriffe», *ZIP*, 2003, p. 2177.

(55) BGH, 7 juillet 2003, II ZR 241/02, <http://www.jurathek.de>.

(56) BGH, 17 février 2003, II ZR 281/00, en ce qui concerne la «*Unterbilanzhaftung*». Inversement, les associés/gérants d'une société peuvent d'un commun accord retirer du capital de la société si celui-ci n'est pas nécessaire pour couvrir le capital social, voy. BGH, 21 juin 1999, II ZR 47/98, *BGHZ*, n° 142, p. 92, *NJW*, 1999, p. 2817.

bution de l'acte fautif tant à la personne morale qu'à la personne physique et donc à une coexistence des responsabilités des deux êtres.

Or, ce raisonnement nous paraît entaché d'une contradiction fondamentale. On ne peut à la fois imputer une faute à la société, en s'appuyant en fait sur l'action des organes - ce qui implique la reconnaissance que les organes ont agi *qualitate qua* - et renier au même instant cette affirmation en prétendant que l'administrateur posait un acte qui l'engageait lui-même (44).

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ALLEMAND

15. De longue date, le droit allemand applique la théorie de l'organe (45). En vertu d'une norme générale (§31 du BGB), toute personne morale - société, association ou personne morale de droit public - est responsable des actes fautifs qu'un associé, membre, représentant légalement désigné ou le conseil d'administration commet dans le cadre de l'exécution de ses devoirs et qui cause un préjudice à autrui (46).

Le fait de considérer tout acte posé dans les conditions décrites ci-dessus comme un acte de la personne morale est l'expression même de la théorie de l'organe (47) et de la responsabilité limitée (48). Le type de responsabilité et la base juridique invoquée par le tiers préjudicié importent peu, en principe; la jurisprudence précise, par ailleurs, que la norme n'est pas «*créatrice de responsabilité*» mais tend à l'attribuer, à désigner le responsable (49). Est donc visée ce que nous qualifions de responsabilité délictuelle (50), quasi-délictuelle

(44) Voy. J. F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 128.

(45) X. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62^e éd., Munich, C.H. Beck, 2003, p. 34 et les références citées.

(46) F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 5^e éd., Heidelberg, Hüthig-C.F. Müller, 1999, p. 122.

(47) BGH, 8 juillet 1986, VI ZR 47/85, *BGHZ*, n° 98, p. 148.

(48) Voy. BGH, 31 janvier 2000, II ZR 189/99, *NJW*, 2000, p. 1571, *WM*, 2000, p. 575.

(49) BGH, 13 juin 1987, VI ZR 303/85, *BGHZ*, n° 99, p. 298-302 : §31 ist keine haftungsbegründende, sondern eine haftungszureichende Norm. Sie setzt voraus, dass der verfassungsmäßige Vertreter eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung begangen hat, gleichgültig, worauf diese im Einzelfall beruht; X. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62^e éd., Munich, C.H. Beck, 2003, p. 34.

(50) Voy. toutefois ci-après, le premier «bémol» et U. HEIL et V. RUSSENSCHUCK, «Die persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers», *BB*, 1998, p. 1749, qui confirment qu'il faut raisonner «en sens inverse» en matière délictuelle : le gérant est toujours responsable, à titre personnel, sur pied du §23, al. 1^{er}, du BGB s'il a participé de façon répréhensible à la violation d'un bien protégé (propriété d'autrui, intégrité physique ou morale...) tandis que la responsabilité de la société (sur la base du §31 BGB) n'existe que s'il est établi que l'acte s'est produit en exécution de sa gestion.

d'une «GmbH» («qualifizierter faktischer GmbHKonzern» ou désormais «Existenzvernichtung») (57) et lorsque les juridictions estiment devoir procéder à la «levée du voile social» («Durchgriffshaftung»).

A cet égard, on notera que les premiers juges qui ont levé le voile social ne se sont pas toujours préoccupés de justifier leurs décisions, en affirmant simplement la prééminence des réalités économiques sur les formes juridiques. La doctrine allemande a dès lors tenté de systématiser la théorie de la levée du voile social et de lui donner des bases plus juridiques.

Quatre types de théories ont été développées pour regrouper les différentes hypothèses :

- les théories fondées sur l'abus de droit («*Missbrauchslehren*») : l'autonomie de la personne morale et le principe de séparation («*Trennungsprinzip*») doivent être écartés lorsqu'il est fait un usage abusif de la personnalité morale, dans un but illicite, en particulier pour échapper à la loi ou à des obligations contractuelles ou pour commettre une fraude aux droits des tiers (58);
- les théories institutionnelles («*institutioneller Missbrauch*») : le privilège d'un patrimoine «séparé», de la personnalité juridique et de la responsabilité limitée reposent sur des règles particulières et servent à des fins déterminées, de sorte que leur bénéfice est refusé à ceux qui les utilisent à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été instaurés (59). Le constat objectif de cette situation peut suffire pour entraîner la levée du voile social (60);
- les théories normatives («*Normzwecklehren*») : elles appréhendent la personnalité morale comme un ensemble de règles («*Normzwecklehre*» (61)) qui ne doivent s'appliquer que dans la mesure où elles servent les fins de l'ordre juridique. La levée du voile social correspond à une restriction de la norme de la sépara-

(57) Voy. notamment BGH, 29 mars 1993, II ZR 265/91, BGHZ, n° 122, p. 123 (TEB); BGH, 17 septembre 2001, II ZR 178/99, BGHZ, n° 149, p. 10, NJW, 2001, p. 3622 (Bremer Vulkan).

(58) R. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1^{re} éd., Berlin, New York, 1955; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 469, n° 540.

(59) V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 472, n° 542.

(60) F. LINNEBORN, *Durchgriffshaftung im Genossenschaftsrecht*, vol. 1, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 81.

(61) W. MÜLLER-FREIENFELS, «Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff im Privatrecht», *AcP* 156, p. 522.

tion des patrimoines (personne physique et société) et ce sous l'influence d'une autre norme (62);

- les théories basées sur la fonction («*Organschaftstheorien*») : le pendant de l'exercice des pouvoirs des associés et représentants des personnes morales (avec l'incidence de l'exercice de ce pouvoir pour autrui) est un devoir de prudence («*Pflichtbezogenheit fremder Machtausübung*»). Le gérant qui n'utilise pas la société de manière conforme à sa finalité devra en supporter les conséquences, le cas échéant, à titre personnel (63).

17. Le second bémol concerne des hypothèses dans lesquelles le *Bundesgerichtshof* considère, à l'instar de la Cour de cassation belge, que l'organe et la personne morale encourent, en matière délictuelle, une responsabilité solidaire (64). Tel peut même être le cas lors d'une omission fautive, si l'organe était redevable d'une garantie particulière (65).

En matière pré-contractuelle ou de *culpa in contrahendo* – terrain des arrêts précités de la Cour de cassation belge –, le *Bundesgerichtshof* admet une responsabilité personnelle des gérants seulement lorsque ceux-ci agissent en raison d'un *intérêt économique propre* (*wirtschaftliches Eigeninteresse*) ou s'ils ont joué sur une *confiance particulière placée dans leur personne* (*Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens*), conformément au §311, alinéa 3, phrase 2, du BGB. Il n'y a pas de coexistence *automatique* de la responsabilité de la société et de celle de l'organe. En outre, les conditions pour une responsabilité personnelle de l'organe font l'objet d'une interprétation stricte. Ainsi, l'*intérêt économique propre* du gérant ne résulte pas, sans plus, du fait que le gérant a investi dans la société ou s'est

(62) V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 473, n° 543.

(63) H. WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, Köln, 1981.

(64) BGH, 14 mai 1974, VI ZR 8/73, NJW, 1974, p. 1371; BGH, 30 novembre 1978, II ZR 204/76, NJW, 1979, p. 2104; BGH, 25 janvier 1984, VIII ZR 227/82, NJW, 1984, p. 2284, ZIP, 1984, p. 439 (*Die Haftung für eine unerlaubte Handlung, die ein Vertreter oder Beauftragter in Ausführung der Geschäfte eines anderen einem Dritten gegenüber begeht, trifft grundsätzlich den Geschäftsherrn. Jedoch haftet daneben auch der unmittelbare Schädiger für sein eigenes Verschulden*).

(65) BGH, 5 décembre 1989, VI ZR 335/88, BGHZ, n° 109, p. 297 : *Die von der GmbH zum Schutz absoluter Rechtsgüter zu beachtenden Pflichten können auch ihren Geschäftsführer in einer Garantenstellung aus den ihm übertragenen organisatorischen Aufgaben treffen und bei Verletzung dieser Pflichten seine deliktische Eigenhaftung auslösen (en complément de BGH, Urt. V. 14.5.1974 VI ZR 8/73, NJW 1974, p. 1371, 1372); pour une critique de cette jurisprudence, voy. U. HEIL et V. RUSSENSCHUCK, «Die persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers», BB, 1998, p. 1749.*

porté caution pour celle-ci (66). Il faut qu'il y ait un lien très étroit avec le patrimoine de celui-ci. La Cour fédérale l'a admis dans une espèce où la société, pour laquelle le gérant prétendait agir dans le cadre d'une soumission, était purement fictive, le marché étant pris en charge par lui à titre personnel (67).

En ce qui concerne la *confiance particulière et personnelle*, il faut qu'elle dépasse celle que l'on place habituellement dans ses cocontractants. Il n'est pas non plus suffisant que le gérant dispose d'une compétence particulière ni qu'il soit l'interlocuteur principal lors de la négociation (68). Inversement, l'existence de relations étroites et personnelles entre les protagonistes peut suffire (69).

18. Le droit allemand montre que même là où la théorie de l'organe a depuis toujours fait l'objet d'une application unanime, elle voit son champ d'application limité. Il subsiste dès lors une «insécurité» juridique pour ceux qui assument la fonction d'organe. Toutefois, il est manifeste que la Cour fédérale allemande enseigne que la responsabilité personnelle de l'organe est l'exception et ne peut s'appliquer que dans des hypothèses particulières et bien délimitées.

SA POSSIBLE TRADUCTION EN DROIT BELGE

19. L'application des règles du droit de la responsabilité est intimement liée aux faits, avec le danger que les considérations factuelles prévalent sur le raisonnement proprement juridique.

Au contraire des sciences naturelles, les règles de la responsabilité civile n'ont pas pour objet de décrire objectivement des faits, ou d'analyser la matérialité des événements. Il s'agit d'attribuer, en droit, la charge de réparer des dommages causés par la vie en société. La responsabilité est donc un mécanisme totalement créé par le droit, et par lequel on répartit des charges. En ce sens, il res-

semble au droit fiscal, lequel détermine qui finance le fonctionnement de l'État, et dans quelles proportions.

Le droit de la responsabilité ne sert pas nécessairement à punir ou à décourager des individus imprudents, voire malveillants (70). Il n'a pas davantage pour fonction d'indemniser les victimes dans tous les cas : elles doivent parfois subir le dommage sans pouvoir prétendre à une indemnisation. Son rôle est simplement d'imputer les dommages à des acteurs sociaux, en désignant ceux qui les prennent en charge. Il s'acquitte de cette tâche par une opération essentiellement juridique reposant sur divers critères qui ne dépendent pas nécessairement du rôle matériel qu'ont joué les acteurs dans la survenance du dommage (71). Le plus souvent, il s'agit de la faute.

Sur cette base, rien ne s'oppose en droit belge à mettre à charge d'une société, et à sa seule charge, l'obligation de réparer certains dommages.

Telle est d'ailleurs la solution retenue en droit allemand.

20. Ceci ne conduit pas à une immunité absolue des membres des organes.

Ils demeurent en effet responsables, dans l'ordre interne à la société, des fautes qu'ils auraient commises. Si l'administrateur n'a pas géré la société comme il aurait dû, il devra en répondre et sera redevable de dommages et intérêts. L'action pourra être introduite par la société (dont un autre organe – l'assemblée générale – prendra la décision), par certains actionnaires minoritaires ou par un éventuel curateur.

A l'instar du droit allemand, on peut parfaitement considérer qu'il existe en droit belge un système de responsabilité «à deux étages» (72), avec à chaque niveau des règles spécifiques d'attribu-

(70) Comp. J. VAN RYN et X. DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers – observations complémentaires», *R.P.S.*, 1989, p. 100 et s.

(71) C'est ainsi, par exemple, que l'assureur du conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident doit indemniser la victime qui aurait subi un dommage, même s'il n'a commis aucune faute ou erreur, même présumée (Art. 296bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automobiles).

(72) Voy. déjà J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique – Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, 2^e éd., t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1882, p. 413 : (à propos de la publication de bilans erronés) l'action agitiennne [...] ne se comprendrait d'ailleurs que contre la société elle-même, auteur de la publication, auteur en fait et en droit comme y étant légalement obligée; la société est responsable de son fait. Quant à l'administrateur, nul doute qu'il soit responsable envers la société dont il est le mandataire s'il est en faute du chef de cette publication. Tel était du reste l'interprétation qui était originellement donnée à ce qui est aujourd'hui l'article 61 du Code des sociétés : en règle, les administrateurs n'étaient responsables à l'égard des tiers que pour violation de la loi ou des statuts. Cette interprétation a été rapidement abandonnée.

(66) BGH, 6 juin 1994, ZR 292/91, *NJW*, 1994, p. 2220; BGH, 7 novembre 1994, II ZR 138/92, *WM*, 1995, p. 108; BGH, 13 juin 2002, *NJW* RR, 2002, p. 1309.

(67) BGH, 13 juin 2002, VII ZR 30/01, *NJW* RR, 2002, p. 1309.

(68) Motivation du projet du gouvernement (*Regierungsentwurf*) au sujet du §311, alinéa 3, phrase 2, du BGB; BGH, *NJW* RR, 1991, p. 1312.

(69) BGH, 19 février 1990, II ZR 41/89, *NJW* RR, 1990, p. 614.

tion des actions et de répartition des charges (73). Cette attribution et cette répartition tiennent compte des spécificités des sociétés commerciales et de leur gestion pour ce qui concerne la responsabilité dans l'ordre interne à la société. Ont notamment leur importance l'éventuelle ratification expresse ou tacite (en votant la décharge) par les actionnaires – qui supporteront dans ce cas et en fin de compte le fardeau économique de l'indemnisation –, et le standard à l'aune duquel on mesure la faute d'un administrateur. Il est par ailleurs normal que ces considérations n'interviennent pas lorsqu'il s'agit de statuer sur l'indemnisation des tiers.

Cette solution permet en outre de rendre à la responsabilité des administrateurs de société une certaine cohérence. Comment en effet expliquer qu'en cas de faillite, la mise en œuvre de la responsabilité particulière édictée par l'article 530 du Code des sociétés nécessite une faute grave et caractérisée alors que, dans le même temps, les administrateurs pourraient voir leur responsabilité engagée pour une simple faute, même la plus légère ?

21. Tel n'est pourtant pas la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 juin 2005.

Contrairement à la solution accueillie en droit allemand, notre Cour suprême a considéré qu'en matière précontractuelle, la responsabilité de la société *n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci*.

Ceci ne nous paraît pas pleinement justifié au regard des principes. La Cour nous semble avoir été guidée par un souci de protection des tiers (74) relevant davantage de la politique juridique (75) que des contraintes découlant du droit positif belge.

22. Prudemment, la Cour a, dans son arrêt du 20 juin 2005, admis que la règle qu'elle énonçait connaissait des exceptions.

(73) G. HORMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Libet amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 564 : *La responsabilité des organes n'est certainement pas absente du droit des sociétés. Elle suppose et requiert toutefois d'autres choix et d'autres normes*.

(74) Il est en effet « plus facile » d'ajouter un débiteur supplémentaire que d'en ôter un. Par conséquent, le droit de la responsabilité poursuit parfois aussi l'objectif d'inciter les agents à ne pas commettre de faute. De ce point de vue, dès lors que, dans la réalité, c'est en toute hypothèse la personne physique qui prend les décisions, il est plus efficace de viser directement l'auteur matériel de la faute.

(75) Voy. X. DIEUX, « La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme : questions de principe », in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 137.

Elle ne les a, à ce stade, pas énumérées.

Il est permis de penser que, parmi celles-ci, figure l'application aux organes de société de la théorie de l'immunité des agents d'exécution. Rien, dans son dernier arrêt, n'indique que la Cour a entendu revenir sur cette solution – aussi critiquable soit-elle – dérogée en 1997 (76).

CONCLUSION

23. Personnalité juridique, théorie de l'organe et responsabilité sont des institutions juridiques liées les unes aux autres. Ces liens ont été progressivement dégagés au fil de la jurisprudence poétique-ment chaotique de la Cour de cassation et des réactions contrastées de la doctrine.

La position actuelle de la Cour de cassation paraît ne devoir s'expliquer que par une politique juridique.

L'analyse historique et juridique, tant en droit belge qu'en droit allemand, démontre à notre avis qu'une compréhension exacte de la théorie de l'organe impliquerait qu'en règle, la société soit seule responsable, à l'égard des tiers, des fautes commises par elle à l'intervention de ses organes agissant en cette qualité.

Mais ce n'est pas ici qu'on tirera des conclusions définitives sur la théorie de l'organe. Il faut espérer qu'un article, si bref soit-il, permette plutôt de relancer ou de poursuivre une discussion. De la même manière, nous souhaitons au récipiendaire de ces lignes qu'au terme de sa longue carrière académique à l'Université catholique de Louvain, il puisse continuer d'apporter, pendant longtemps encore, sa contribution à la discussion juridique.

(76) Voy. X. DIEUX, « La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme : questions de principe », in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 120.