

QUELQUES RÉFLEXIONS EN FILIGRANE
DES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS
QU'A CONNUS LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ
DES ADMINISTRATEURS D'UNE PERSONNE MORALE

« ... un pouvoir, c'est, souvent, déjà un excès et, dans l'idéologie dominante, c'en est toujours un. Même sans excès, le pouvoir a presque ontologiquement une connotation négative parce qu'il mord toujours sur une liberté. Parler d'excès de pouvoir, c'est spéculer sur le pléonasme, non sur la surprise »

P. MARTENS (1)

1. — La matière de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale a connu d'importants développements, plutôt doctrinaux que jurisprudentiels, au cours de ces dernières années. Bien entendu et sans doute en raison de l'importance des enjeux économiques sous-jacents, l'attention s'est essentiellement concentrée sur le domaine particulier des sociétés commerciales et des risques divers de responsabilité que la conduite d'une entreprise économique est susceptible d'engendrer dans le chef de ses gestionnaires. La problématique est cependant, on aura l'occasion de le souligner, commune à l'ensemble des personnes morales, sous réserve des dispositions particulières applicables à chacune des entités spécifiques. L'exposé qui suit entend relever de l'actualité bien plus que de la systématité. L'on y recherchera en vain la synthèse exhaustive des principes gouvernant la responsabilité des administrateurs d'une personne morale et, plus spécialement, de l'organe de gestion d'une société commerciale dotée de la personnalité juridique. Notre propos consistera simplement à tenter d'opérer un commentaire critique — nous aidant en cela des enseignements tirés du droit comparé — des réflexions formulées aujourd'hui à propos de la responsabilité

(1) « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 345 et suiv. et spéc. p. 354.

DIRECTION

Pierre Coppens
Professeur émérite à l'Université
Catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

Guy Horsmans
Professeur extraordinaire
à l'Université Catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

François T'Kint
Professeur à l'Université Catholique
de Louvain
Avocat à la Cour de cassation
Rédacteur en chef

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Anne BENOÎT-MOURY
Professeur ordinaire
à l'Université de Liège

Michel COIPEL
Professeur ordinaire
aux Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix à Namur

Guy KEUTGEN
Professeur
à l'Université Catholique de Louvain
Secrétaire général de la
Fédération des Entreprises de Belgique

Pierre VAN OMMESLAGHE
Professeur ordinaire à l'Université
Libre de Bruxelles
Avocat à la Cour de cassation

SECRÉTAIRES DE LA RÉDACTION

Isabelle CORBISIER
Assistante à l'Université
Catholique de Louvain

Pierre NICAISE
Assistant à l'Université
Catholique de Louvain

aquillienne (2) des administrateurs d'une personne morale (Chapitre I^{er}). Ensuite, procédant d'un angle de vue plus particulier, nous prendrons position dans un débat concernant le recours par une personne morale — administrateur au procédé de la représentation en vue de l'exercice de sa fonction de gestion et des questions de responsabilités inhérentes à un tel recours (Chapitre II).

CHAPITRE I^{er}. — La responsabilité aquilienne des administrateurs d'une personne morale

PRÉALABLES

Bref état des évolutions doctrinale et jurisprudentielle récentes

2. — La doctrine s'intéressa particulièrement, au cours des vingt-cinq dernières années, à la matière de la responsabilité des administrateurs et, notamment, à la responsabilité quasi-délictuelle que ceux-ci sont susceptibles d'encourir à l'égard des tiers (3).

(2) Nous nous intéresserons plus particulièrement au traitement procuré à cette matière par les droits français, néerlandais et allemand. La comparaison nous a semblé intéressante en ce que si le droit français, à l'instar du droit belge, ne connaît pas l'illicéité relative (dont question *infra*, n° 5.2.), les droits néerlandais et allemand par contre pratiquent un système de relativité de l'acte illicite. La question que l'on aura l'occasion de se poser consistera dès lors à se demander si cette différence entre les systèmes juridiques étudiés exerce une influence dans l'appréhension de la responsabilité aquilienne des administrateurs d'une personne morale.

(3) Voy. e.a. J.-L. FAGNART, « La responsabilité personnelle envers les tiers des organes de la société commerciale », *R.G.A.R.*, 1968, n° 7995 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique », *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1978, pp. 15 et suiv. ; F. T'KINT, « La responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes et de sociétés de personnes à responsabilité limitée », *R.R.D.*, 1980, pp. 103 et suiv. ; L. CORNÉLIS, « De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement », *J.C.B.*, 1980, II, pp. 342 et suiv. ; B. VAN BRUYSTEGEM, « Mythe of werkelijkheid van de verantwoordelijkheid van het bestuur, de commissarissen en de vereffenaars in N.V., P.V.B.A. en C.V. », *J.C.B.*, 1980, IV, pp. 487 et suiv. ; J. RONSE & J. LIEVENS, « La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1985, pp. 185 et suiv. ; Y. MERCHERS, « Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A. », *T.P.R.*, 1986, pp. 405 et suiv. ; C. PARMENTIER, « La respon-

Récemment, l'intérêt pour la question spécifique de la responsabilité aquilienne des administrateurs d'une personne morale fut ravivé par la publication au *Journal des tribunaux* (1988) de l'étude (précitée) de MM. Van Ryn et Dieux. Celle-ci donna lieu à des réactions en ce qu'elle fut perçue comme susceptible d'ouvrir un champ trop large à l'intentement de l'action en responsabilité aquilienne contre des administrateurs. Ces réactions furent à l'origine de la publication d'une seconde étude (également précitée) de la plume des mêmes auteurs dans les pages de cette *Revue*. Pour résumer en quelques mots la thèse de MM. Van Ryn et Dieux, l'on se contentera de préciser que ceux-ci estiment que la responsabilité de l'administrateur d'une personne morale peut être engagée en raison de toute faute commise par celui-ci — la faute ne doit donc présenter aucun caractère de particulière gravité et peu importe que celle-ci ait été commise à l'occasion de l'exécution du mandat de gestion liant l'administrateur à la société — à condition que cette faute constitue, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, « un manquement à l'obligation générale de prudence, de diligence et de compétence qui s'impose à chacun » (4).

Le débat n'est cependant pas clos à cet égard puisque, tout dernièrement, M. Tilquin (étude précitée) a proposé, partant d'une conception de la responsabilité aquilienne de l'administrateur dans les termes d'une dérogation à la théorie de l'organe (qui impliquerait que seule la responsabilité de la personne morale

sabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, pp. 741 et suiv. ; P. COLLE, « De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés », *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076 ; J. VAN RYN & X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, pp. 401 et suiv. ; mêmes auteurs, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers — Observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, n° 6511 ; S. VAN CROMBRUGGE, « De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1429 et suiv. ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de la société anonyme », *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1991, pp. 1 et suiv. ; P. COLLE & P. DE WOLF, « La protection financière des tiers. Moyens de contrôle et d'action », *Actes des XIVèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve, 1992, n° 45 et 45bis ; T. TILQUIN, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, pp. 92 et suiv. et spéc. n° 41-45 ; P. VAN OMME-SLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979-1980) (suite). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, pp. 639 et suiv., n° 128-129.

(4) *J.T.*, 1988, p. 401. Voy. aussi *R.P.S.*, 1989, p. 94.

soit engagée en raison des actes de nature quasi-délictuelle commis par ses organes), de limiter les occurrences possibles d'une telle responsabilité aux cas où la faute de gestion traduit dans le cadre sociétaire « un mépris ou une indifférence à l'égard des intérêts des tiers » (5). En d'autres termes : l'administrateur ne serait responsable qu'en cas d'abus de la protection que lui confère sa qualité d'organe sociétaire. En outre, estime l'auteur, il existerait des cas où seule la responsabilité aquilienne de la personne morale (à l'exclusion donc de celle de son organe) pourrait être engagée, « spécialement pour les nombreuses fautes délictuelles 'techniques' qui sont des manquements non à une obligation qui s'impose à tous, mais bien à une obligation qui s'impose à des personnes morales » (6).

Sans trop forcer le trait, l'on pourrait pourtant dire que l'intérêt doctrinal porté à cette matière, évidemment explicable par des raisons diverses de politique juridique sur lesquelles l'on reviendra, est inversement proportionnel au nombre de décisions publiées où la responsabilité aquilienne des administrateurs d'une personne morale à l'égard des tiers fut bel et bien retenue (7). Effectivement, outre quelques décisions sanctionnant le comportement de dirigeants, d'A.S.B.L. dans la plupart des cas, qui s'étaient montrés totalement indifférents à l'égard des devoirs que comporte leur mission (8) ou encore à l'égard des intérêts des tiers en contractant pour la personne morale des obligations dont

(5) *Ibid.*, n° 44.

(6) *Ibid.*, n° 45.

(7) Cette observation peut d'ailleurs être formulée également pour l'ensemble de la matière (non limitée à la responsabilité aquilienne) de la responsabilité des administrateurs : voy. B. VAN BRUYSTEGEM (*op. cit.*, p. 488) qui recense 117 décisions publiées (dont une partie seulement comportent une condamnation) pour la période comprise entre 1920 et 1980 ! Plus spécialement quant à la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs d'une personne morale au cours de la période comprise entre 1979 et 1990, MM. VAN OMMESLAGHE et DIEUX (« Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 128) ne relèvent et commentent qu'une dizaine de décisions.

(8) Voy., par ex., Cass. 29 juin 1989, *R.P.S.*, 1989, n° 6514, p. 175 (« (...) l'imprévoyance des administrateurs et, après le festival, leur inertie coupable, leur indifférence envers les devoirs de leurs fonctions, leur mépris envers les intérêts des créanciers dont ils avaient sollicité la collaboration pour le festival formaient un ensemble de comportements que n'aurait pas adopté une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter pour autrui de sa conduite »); Gand, 3 mars 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 1138 et *R.P.S.*, 1993, n° 6629 et nos observations.

ils savaient ou devaient savoir qu'elles ne pourraient être assumées par elle (9), l'on relèvera une jurisprudence alimentant le débat à propos de la question de savoir à partir de quel moment la poursuite d'une activité déficitaire dépasse les limites de ce qui est raisonnablement admissible et, partant, pourra susciter avec quelques chances de succès une action fondée sur les principes de la responsabilité aquilienne (10). Quant aux décisions retenant la responsabilité quasi-délictuelle d'un administrateur en raison d'une faute de gestion isolée, celles-ci sont rares et souvent critiquées par la doctrine (11). Il est néanmoins vrai que les décisions tendent à être plus nombreuses en période de récession économique (12).

*Aperçu des réflexions
que l'on se propose de développer*

3. — Notre propos se veut essentiellement explicatif : il s'agit de montrer pourquoi les juridictions se montrent généralement extrêmement prudentes dans la rétention d'une responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur d'une personne morale et ce

(9) Voy. B. VAN BRUYSTEGEM, *op. cit.*, pp. 497-498 ; Comm. Liège, 8 février 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 439 ; Liège, 3 février 1992, *R.P.S.*, 1992, n° 6601.

(10) Mons, 16 mai 1979, *R.P.S.*, 1979, n° 6022, p. 158 et Mons, 20 mai 1985, *R.P.S.*, 1985, n° 6355, p. 261 à comp. avec Mons, 6 février 1979, *R.P.S.*, 1979, n° 6009, p. 75 et les observations de P. COPPENS ; Civ. Bruges, 13 février 1984, *R.P.S.*, 1984, n° 6293, p. 198 et voy. les commentaires de P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, *ibid.*

(11) Voy. par exemple J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, pp. 13-14 (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 9 octobre 1987 (*J.T.*, 1988, p. 408) où il est décidé que constitue une faute aquilienne une négligence dans la gestion ayant consisté à ne pas accomplir les formalités nécessaires à l'obtention de subsides promis par l'autorité publique : « Il est permis de se demander si l'obligation de diligence dans l'accomplissement de formalités pour obtenir un subside constitue vraiment une 'obligation qui s'impose à tous' »); P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 128 (commentant une décision du 29 juin 1984 du tribunal de commerce de Courtrai (*R.P.S.*, 1985, p. 309) où le caractère aquilien de l'acceptation d'une traite contrairement aux règles de bonne gestion a été retenu : « En agissant de la sorte, l'administrateur s'était comporté de manière irréfléchie, comme le constate le juge, et il en résultait une négligence dans l'exécution du mandat de gestion, mais il n'était pas établi par ce seul fait que l'administrateur avait manqué, en outre, à un devoir général de vigilance dont pourraient se prévaloir les créanciers de la société, ultérieurement déclarée en faillite »).

(12) B. VAN BRUYSTEGEM (*op. cit.*, p. 488) pour cette observation à propos de la période comprise entre 1932 et 1939.

à juste titre selon nous. Il ressort en effet de l'analyse des principes régissant la responsabilité aquilienne et de leur application aux administrateurs de personnes morales que la responsabilité de ces derniers ne pourra être fréquemment retenue. En cette matière, comme à propos de toute question de responsabilité aquilienne, il s'agit en effet de tenir compte de ce que le classique et conformiste enchaînement faute — causalité — dommage doit composer avec le pouvoir subversif de certains éléments également inhérents à la mise en œuvre d'une responsabilité de nature quasi-délictuelle. Ces facteurs subversifs résident dans la légitimité de l'intérêt gouvernant la recevabilité d'une action fondée sur la violation d'une norme générale de prudence, dans la manière dont est appréciée la prévisibilité du dommage et dans l'importance qui, en dépit des principes, est accordée à la gravité de la faute, notamment au regard de l'intensité du pouvoir causal qui est attaché à celle-ci et de l'allègement qu'une telle faute est susceptible d'apporter dans l'administration de la preuve. Cette interaction, à notre avis observable dans le champ de chacun des droits étudiés, pose des questions délicates plus précisément à propos de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale car cette matière est le lieu de conflits de valeurs et de politiques juridiques suscitant des arbitrages extrêmement ardues. La complexité de la question se trouve au surplus accrue par la constatation, qui nous semble également se dégager des droits étudiés (et nous estimons donc pouvoir confirmer l'opinion — énoncée ci-dessus — de M. Tilquin sur ce point), que seule l'obligation incombant *personnellement* à l'organe est susceptible d'entraîner sa responsabilité. La difficulté est ici, bien évidemment, de déterminer selon quel(s) critère(s) le caractère personnel de l'obligation assumée par l'organe pourra être considéré comme établi. Afin d'assister le lecteur dans les méandres, par définition non linéaires, de ce qui va suivre, nous dressons ci-dessous un tableau dont l'utilisation suppose la prise en compte de ce que, d'une part, le concept de faute interagit avec les notions d'intérêt légitime et de prévisibilité et de ce que, d'autre part, le lien de causalité nécessaire ne réussit pas toujours à s'abstraire de considérations liées à la légitimité de l'intérêt dont la protection est réclamée et à la prévisibilité du dommage.

<i>Responsabilité aquilienne : schéma conformiste</i>	<i>Responsabilité aquilienne : éléments subversifs</i>	<i>Responsabilité aquilienne de l'administrateur : particularité</i>
<p><i>Faute :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — <i>conflits de valeurs, d'intérêts, relativité</i> — <i>analyse de la nature de l'obligation violée</i> <p><i>Lien de causalité</i> (causalité <i>sine qua non</i>, en principe)</p> <p><i>Dommage</i> (réparation intégrale)</p>	<p><i>Intérêt légitime</i> (condition de recevabilité)</p> <p><i>Prévisibilité du dommage :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — <i>interaction avec la faute : tension vers la personnalisation du « bon père de famille »</i> — <i>interaction avec le lien de causalité : tension vers la causalité adéquate</i> <p>(<i>Gravité de la faute :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — <i>intensité du pouvoir causal</i> — <i>preuve</i>) 	<p>Caractère <i>personnel</i> de l'obligation (théorie de l'organe)</p>

L'exposé qui suit adopte la structure de l'enchaînement classique des éléments constitutifs de la responsabilité aquilienne. Seront successivement analysés : la faute de l'administrateur (section I), le lien de causalité (section II) et le dommage (section III). Les interactions annoncées seront évoquées à l'occasion de l'analyse de chacun de ces éléments.

SECTION I^{re}. — LA FAUTE DE L'ADMINISTRATEUR

Rappel des principes. Plan adopté

4. — Le lieu n'est certes pas de se livrer à une reconstruction théorique de la notion de faute dans la matière de la responsabilité aquilienne. L'on rappelle ici, pour mémoire, la définition que donna Jean Dabin au concept de faute (13), laquelle définition est généralement adoptée de nos jours (14) :

« est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif...), — édictant une obligation, déterminée ou indéterminée, — soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenance ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région ».

Le lecteur soucieux de compléter gardera à l'esprit l'enseignement de cette doctrine. Pour notre part, nous nous contenterons, le sujet est en soi suffisamment vaste, d'évoquer cette notion générale uniquement sous l'angle intéressant la responsabilité de l'administrateur d'une personne morale. Le plan adopté sera le suivant :

(13) J. DABIN & A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

(14) G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit belge et droit comparé*. Séminaire « Université — Monde judiciaire », Louvain-la-Neuve, 1993, in *R.D.P.C.*, mars-avril 1994, pp. 375 et suiv., n° 3 et la note 8 se référant à la doctrine et à la jurisprudence.

5. — LA QUALITÉ D'ORGANE DONT EST REVÊTU L'ADMINISTRATEUR D'UNE PERSONNE MORALE NE FAIT PAS OBSTACLE À CE QUE SA RESPONSABILITÉ AQUILienne DIRECTE SOIT ENGAGÉE (voy. toutefois *infra*, n° 9)

5.1. — *Principes*

5.2. — *Premier aperçu de droit comparé, plus spécialement à propos des sociétés commerciales*

5.3. — *L'administrateur d'une personne morale est-il assimilable à un agent d'exécution ?*

6. — LA FAUTE AQUILienne DE L'ADMINISTRATEUR NE CONSISTE PAS NÉCESSAIREMENT EN UNE FAUTE DE GESTION

7. — TOUTE FAUTE DE GESTION NE SUSCITERA PAS UNE RESPONSABILITÉ AQUILienne DANS LE CHEF DE L'ADMINISTRATEUR

8. — LA FAUTE AQUILienne DE L'ADMINISTRATEUR CONSISTERA SOIT DANS LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION DÉTERMINÉE SOIT DANS LA MÉCONNAISSANCE DE LA NORME GÉNÉRALE DE PRUDENCE

8.1. — *Violation d'une obligation déterminée : cas de la violation de la loi. Renvoi au numéro 9 de cette étude*

8.2. — *Méconnaissance de la norme générale de prudence*

8.2.1. — L'intérêt légitime, notion subversive

8.2.1.1. — L'intérêt, notion subversive

8.2.1.2. — Intérêt légitime et norme générale de prudence

8.2.1.3. — Intérêt légitime et obligation imposée par la loi : panacée à l'absence d'illicéité relative ?

8.2.2. — L'appréciation de la faute

8.2.2.1. — La prévisibilité, notion subversive

8.2.2.2. — Appréciation *a priori*

8.2.2.3. — Appréciation marginale ?

8.2.2.4. — Développement d'une responsabilité aquilienne liée au renforcement d'un pouvoir : cas de l'associé dominant

8.2.3. — Incidence du caractère intentionnel ou de la gravité de la faute

9. — L'OBLIGATION VIOLÉE DOIT INCOMBER À L'ADMINISTRATEUR PERSONNELLEMENT

5. — *La qualité d'organe dont est revêtu l'administrateur d'une personne morale ne fait pas obstacle à ce que sa responsabilité aquilienne directe soit engagée (voy. toutefois *infra*, n° 9)*

5.1. — *Principes*

C'est généralement au niveau de l'acte illicite de la personne morale que l'on situe le principal acquis de la théorie de l'organe. En vertu de cette théorie en effet, la faute aquilienne commise par l'organe dans la sphère de ses compétences (ou dans le cadre

de sa fonction) vaut comme faute directe de la personne morale représentée (15).

La théorie de l'organe repose donc sur l'idée de l'absorption de la personnalité de ce dernier par celle de la personne morale. Or, une telle absorption semble impliquer, de par sa signification même, une exclusion de la responsabilité personnelle de l'organe qui fut l'instrument de l'acte délictueux de la personne morale (16). Un rapide examen de la doctrine et de la jurisprudence, tant en droit belge que dans divers droits étrangers, révèle pourtant qu'une telle absorption n'est pas pratiquée (17), sous réserve de ce que l'on s'apprête à exposer à propos du droit français.

(15) J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent-Leuven, Story-scientia, 1973, n° 295 (« De belangrijkste toepassing van het onderscheid tussen het handelen door een orgaan en door een niet-orgaan, is ongetwijfeld gelegen op het gebied van de onrechtmatige daad van de rechtspersoon (...) De onrechtmatige daad van het orgaan geldt als de daad van de rechtspersoon zelf, wanneer zij verricht is, hetzij binnen de formele kring van de bevoegdheid van het handelend orgaan, hetzij wanneer elke redelijke mens mocht aannemen dat de daad binnen die sfeer is verricht »); V. SIMONART, *L'unité du concept de personnalité morale en droit privé comparé*, Thèse dactyl. U.L.B. (en cours de publication), 1993, n° 609 (« (...) 'à défaut d'avoir elles-mêmes un esprit et un corps', les personnes morales ne peuvent agir qu'à l'intervention de leurs organes, mais pour autant que ceux-ci restent dans le cadre de leurs fonctions, ils s'identifient avec elle, de sorte que leurs fautes sont les siennes et engagent directement sa responsabilité »).

(16) Pour cette observation, voy. not. P. LEWALLE, « La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents : un système ? », *Adm. Publ.*, 1989, pp. 6 et suiv. et spéc. p. 20 et les références.

(17) Pour le droit belge, voy. P. LEWALLE, *ibid.* (citant toutefois une jurisprudence très minoritaire — également évoquée par T. TILQUIN, « La société privée... », *op. cit.*, n° 41 — ayant retenu l'absorption pour exclure la responsabilité de l'organe). En droit comparé, cons. V. SIMONART, *op. cit.*, n° 641 (« (...) les fautes commises par les organes entraînent directement la responsabilité civile de la personne morale pour laquelle ils agissent, les tiers préjudiciés disposant d'un recours tant contre les premiers que contre la seconde » (souligné par nous), références en droit allemand, anglais américain, italien, néerlandais et suisse). Voy. aussi J.H. BEEKHUIS, *Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hare organen voor onrechtmatige daden*, 's-Gravenhage, Martinus Nijhof, 1934, pp. 53 et suiv. : pour l'évolution de la jurisprudence du Hoge Raad à partir du XIX^e siècle (absorption) jusqu'à l'arrêt Kretzschmar-Mendes de Leon c.s. (H.R., 25 novembre 1927, N.J., 1928, 364) consacrant définitivement le principe selon lequel la responsabilité personnelle de l'organe pourra être retenue lorsque l'acte peut également être considéré comme illicite dans le chef de l'agent qui l'a posé ; également pour l'observation de ce que même O. GIERKE (*Genossenschaftstheorie*, p. 768), qui fut le représentant le plus illustre du courant dit de la « réalité » de la personnalité morale, ne s'est pas risqué à défendre la thèse de l'absorption pure et simple.

5.2. — Premier aperçu de droit comparé, plus spécialement à propos des sociétés commerciales

Une première impression superficielle peut être tirée de l'examen des textes régissant la responsabilité aquilienne de droit commun et la responsabilité des administrateurs d'une personne morale — société commerciale — dans les droits allemand, néerlandais, français et belge. En première apparence, les droits néerlandais et allemand semblent relever d'une approche peu favorable à l'engagement de la responsabilité personnelle de l'administrateur d'une société commerciale tandis que les droits belge et français apparaissent nettement plus ouverts à cette éventualité.

Effectivement, d'une part les *droits allemands et néerlandais* consacrent, en droit commun de la responsabilité civile, le principe de l'illicéité relative ou encore de la relativité aquilienne (18). Cette particularité est susceptible d'engendrer d'importantes limitations quant à l'engagement de la responsabilité

(18) Par « relativité aquilienne », l'on entend qu'il ne suffit pas pour une personne ayant encouru un dommage de prouver, pour obtenir réparation, que l'origine de ce dommage est à retracer dans l'acte illicite imputable à la personne dont la responsabilité est recherchée. Il faut en outre que l'acte soit « relativement illicite », c-à-d qu'il apparaisse revêtir ce caractère eu égard à la personne encourant le dommage, ce qui sera le cas lorsque la norme violée vise à protéger l'intérêt lésé (G.H. LANKHORST, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 1).

Droit allemand : cons. le § 823 BGB dont la section I énonce limitativement un certain nombre d'intérêts juridiquement protégés par les règles de la responsabilité civile (c-à-d la vie, l'intégrité corporelle et la santé, la liberté, la propriété ou un droit particulier attaché à la personne). La rigueur de cette règle est tempérée par la section II du même §, laquelle énonce le principe de la « Schutzgesetz » (ou encore « Schutznorm », selon le langage courant). Celui-ci permet de puiser un droit de dédommagement à l'occasion de la violation fautive d'une norme autre que celles visées par la section I lorsque cette norme vise à protéger l'intérêt de la personne se plaignant d'avoir subi un dommage (voy. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 1991, § 823).

Droit néerlandais : nonobstant le texte de l'article 1401 BW, identique à celui de l'article 1382 des Codes civils français et belge, la relativité aquilienne fut consacrée par le Hoge Raad en 1928 (25 mai, *N.J.*, 1928, 1688). Cette orientation est confirmée par le NBW qui, en son article 6:163, dispose que la réparation en vertu de l'article 6:162 (fixant la règle générale en matière de responsabilité civile), ne devra pas avoir lieu lorsque la norme violée ne vise pas à protéger contre le dommage tel qu'il a été subi par le préjudicié (voy. G.E. VAN MAANEN, « Artikel 163 », *Onrechtmatige daad 6.3.*, Deventer, Kluwer (suppl. 2, 1992); G.H. LANKHORST, *op. cit.*, pp. 20 et suiv.)

aquillienne de l'administrateur à l'égard de tiers. Ainsi, le Professeur Van Ommeslaghe fit-il remarquer en 1960 que les tiers ne pourront que rarement se prévaloir en droit allemand de la violation d'une « Schutznorm » (19) au sens du § 823 II BGB.

D'autre part, les dispositions que contiennent les législations néerlandaise et allemande en matière de responsabilité de l'administrateur d'une société — personne morale n'évoquent pas et ne concernent pas (20) la responsabilité de l'administrateur à l'égard des tiers.

Cette première apparence est cependant trompeuse car il est incontestable que tant le droit néerlandais que le droit allemand permettent que la responsabilité aquilienne de l'administrateur d'une société — personne morale puisse être engagée envers les tiers. Ainsi, en droit néerlandais, aucun débat n'est perceptible au regard du principe de la relativité aquilienne (21) et la permissibilité d'un recours par un tiers contre l'organe d'une personne

(19) *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, C.I.D.C., Bruxelles, Bruylant, 1960, n° 332, note 6.

(20) Droit néerlandais : voy. l'article 2:9 NBW qui n'évoque que l'obligation de bonne gestion qu'assume l'administrateur envers la personne morale gérée.

Droit allemand : voy. not. les §§ 43 GmbHG (sociétés privées à responsabilité limitée) et 93 AktG (sociétés anonymes) posant de même un devoir de bonne gestion de l'administrateur envers sa société. Ces dispositions ne suscitent de responsabilité qu'envers la société et ne constituent pas des « Schutzgesetze » au sens du § 823 II BGB dont des tiers pourraient se prévaloir (voy. M. DREHER, « Die persönliche verantwortlichkeit von Geschäftsleitern nach aussen und die innergesellschaftliche Aufgabeteilung », *ZGR*, 1992, pp. 22 et suiv. et spéc. pp. 25-26 ; PALANDT, *op. cit.*, § 823, Rn 145 et 146 : les dispositions précitées de la GmbHG et de l'AktG ne sont pas citées au rang des « Schutzgesetze »).

(21) Peut-être faut-il situer la raison de cette absence de discussion au regard de l'illicéité relative dans le caractère peu contraignant que revêt ce principe en droit néerlandais. En effet, l'article 6:163 (lequel consacre la notion de relativité aquilienne dans le NBW) impose en réalité au défendeur la charge de prouver que l'acte, dont l'illicéité est établie au regard des critères fort généraux de l'article 6:162, ne peut s'analyser dans les termes de la violation d'une norme protégeant les intérêts du préjudicié (voy. G.H. LANKHORST, *op. cit.*, pp. 43-46 : l'auteur explique que le législateur néerlandais a en réalité opté pour une solution réalisant un compromis entre l'illicéité absolue et une relativité aquilienne « pure », laquelle ne serait établie qu'en présence d'une règle visant expressément le comportement dommageable. Ce compromis réside dans une présomption de satisfaction au critère de relativité dès lors que l'acte considéré entre dans les prévisions de l'article 6:162, présomption qui pourra être renversée en vertu de l'article 6:163).

morale de droit public ou de droit privé sur base des principes du droit commun de la responsabilité quasi-délictuelle est établie de longue date (22). La situation du droit allemand est encore plus surprenante puisqu'une doctrine récente constate que la responsabilité aquilienne d'administrateurs de sociétés est fréquemment recherchée alors que le fondement juridique d'un tel recours reste incertain, étant, semble-t-il, acquis qu'il ne peut que rarement être puisé dans l'une des sections du § 823 BGB (23). Cet auteur propose en conséquence de fonder cette responsabilité sur un principe général de protection des attentes que des tiers auraient, concrètement et de manière reconnaissable, formées à propos de la gestion d'une entreprise déterminée, étant entendu que la responsabilité éventuellement engagée ensuite de la mise en œuvre de ce principe ne constitue qu'une correction apportée à un système de responsabilité limitée, lequel demeure le cadre général d'attribution des responsabilités (24).

Le droit français mérite que l'on s'y attarde car il a connu d'intéressantes évolutions qui, en raison des liens de parenté bien connus existant entre le droit belge et le droit français, suscitent l'intérêt.

(22) *Supra* note 17 et la référence à J.H. BEEKHUIS. Cons. également J.D.A. DEN TONKELAAR, *Inleiding rechtspersonenrecht*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1984, pp. 70-71 ; A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenoecht. Deel III. De verbintenissen uit de wet volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 7^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, n^{os} 261-265 ; C.J.H. BRUNNER, « IV. Aansprakelijkheid zaken en personen », *Onrechtmatige daad*, Kluwer, Deventer (suppl. 244, 1989), n° 187 ; W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, 7^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, n^{os} 177-179 ; même auteur, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, 7^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, n° 117 ; L. TIMMERMAN, « Aansprakelijkheid van bestuurders van n.v.'s en b.v.'s ; een overzicht van enige recente rechtspraak », *TVVS*, 1991, p. 197 et spéc. pp. 197-198 ; F.T. OLDENHUIS, *ibid.* ; H. DE GROOT, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1993, pp. 117 et suiv.

(23) M. DREHER, *op. cit.*, pp. 62-63.

(24) M. DREHER, *ibid.* et pp. 41-42. Au titre des — rares — dispositions des lois sur les sociétés qui ont été élevées au rang de « Schutzgesetz » au sens du § 823 II BGB, l'on citera le § 92 II AktG (érigeant l'obligation de l'administration de mettre en branle la procédure de faillite en cas de cessation de paiement) : PALANDT, *ibid.*, Rn 145 ; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, p. 346.

Rappelons tout d'abord que le droit français, à l'instar du droit belge (25), ne consacre pas la relativité aquilienne (26).

Ensuite, il s'agit de relever que la législation relative aux sociétés commerciales posa d'emblée un principe de responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers. Ainsi l'article 44 de la loi de 1867 disposait que :

« Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion » (souligné par nous).

Tant la doctrine (27) que la jurisprudence du XIX^e et du début du XX^e siècle (28) semblaient considérer la responsabilité

(25) Cons. not. S.R.L. VAN NUIJS, « Relativiteit ten aanzien van de onrechtmatige daad », *R.W.*, 1980-1981, col. 553 et suiv. ; J. RONSE, *Schade en schade-loosstelling*, 2^e éd., Gent, Story-scientia, 1984, n^{os} 19-21 (l'auteur estime en outre que la notion de relativité aquilienne est inutile. Nous reviendrons, *infra* n^o 8.2.1.3., sur les raisons sous-tendant cette opinion) ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Brussel/Antwerpen/Apeldoorn, Ced samsom/Kluwer, 1984, n^o 11 (citant quelques décisions isolées ayant relevé de l'approche de l'illicéité relative) ; L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, Bruxelles/Antwerpen/Apeldoorn, Bruylant/Maklu, 1991, n^{os} 154-155 (qui exprime implicitement sa conviction de l'inutilité de la notion à l'aide d'une intéressante illustration tirée du traitement à réserver aux normes déontologiques se présentant sous forme de lois au sens matériel du terme).

Pour information, notons que la responsabilité de la Communauté européenne s'apprécie en vertu d'un principe de relativité aquilienne. Celui-ci est cependant appliqué de manière à protéger une très large gamme d'intérêts, en telle sorte que ce principe « n'a guère eu pour effet de limiter les cas dans lesquels la communauté a été reconnue responsable » (M. WAELBROECK & D. WAELBROECK, « Responsabilité (de la Communauté) », *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz (1992), n^o 27 et voy. F. SCHOCKWEILER, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *R.T.D.Eur.*, 1990, pp. 27 et suiv. et spéc. pp. 57 et suiv.).

(26) Voy. G. VINEY, *Traité de droit civil* (sous la direction de J. GHESTIN). *Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, n^{os} 336 et 441.

(27) J.H. BEEKHUIS (*op. cit.*, pp. 107-108) ne cite qu'un seul auteur (PERCEROU en 1909) qui se soit risqué à défendre la thèse de l'absorption en vue d'exclure largement la responsabilité de l'organe d'une personne morale de droit privé en proposant de lui appliquer la distinction, importée du droit administratif, entre la faute personnelle et la faute de service. Cette opinion fut toutefois également celle de G. RENARD (*La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Vol. I — partie juridique, Paris, Sirey, 1930, pp. 274-276) invoquant l'autorité de THALLER.

(28) Voy. les décisions citées par J.H. BEEKHUIS (*op. cit.*, p. 109) : à de nombreuses reprises, des administrateurs furent rendus responsables en raison de la communication au public d'informations incorrectes contenues dans des prospectus ou résultant de faux bilans ; aucune mauvaise foi dans le chef des administrateurs n'était requise en vue de conditionner l'engagement de leur responsabilité.

personnelle des dirigeants de personnes morales de droit privé comme relevant de l'évidence.

L'approfondissement des enseignements tirés de l'analyse du concept de personnalité morale, notamment ceux tirés de la théorie de l'organe (impliquant une responsabilité directe de la personne morale pour les faits de nature quasi-délictuelle posés par son organe), devait cependant aboutir à ce que l'idée de l'absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'entité personifiée fasse son chemin à propos des personnes morales de droit privé (29). Cette évolution était d'autant plus prévisible que l'idée d'absorption fut très tôt accueillie pour les personnes morales relevant du droit administratif et ce par l'avènement de la distinction entre la faute de service et la faute personnelle détachable de la fonction, seule cette dernière faute étant susceptible d'engendrer une responsabilité personnelle de l'organe (30).

(29) P. REIGNE, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à l'égard des tiers », *R.F.C.*, mai 1991, pp. 62 et suiv. et spéc. p. 63.

(30) L'absorption de la personnalité de l'agent par celle de la personne morale de droit public dont il est l'organe en telle sorte que « la responsabilité personnelle de l'agent n'est retenue que dans certains cas, en vertu de l'idée qu'il est un rouage de l'Administration, qui absorbe sa responsabilité dans la plupart des cas » (G. VEDEL & P. DELVOLVE, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1990, p. 547) résulte du fameux arrêt Pelletier rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873 (G.A., n^o 2). C'est de cet arrêt que résulte toute la jurisprudence administrative ultérieure pratiquant la distinction faute de service — faute personnelle en vue de décider s'il y a lieu de retenir la responsabilité personnelle de l'agent. Cons. à cet égard A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1980, n^{os} 1189 et suiv. ; A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA & Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I^{er}, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n^{os} 1235 et suiv. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I^{er}, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, n^{os} 1310 et suiv. ; G. VEDEL & P. DELVOLVE, *op. cit.*, pp. 546 et suiv. ; J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1990, n^{os} 296 et suiv.

Cette solution française fut pratiquée un temps en Belgique pour être finalement repoussée par deux arrêts de notre Cour de cassation en date du 5 novembre 1920 (*Pas.*, I, 239) et du 14 avril 1921 (*Pas.*, I, 142). Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 14 et 22 et F. GLANSORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe », *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 61 et suiv. et spéc. n^o 17. Ces deux auteurs (surtout le second, voy. n^{os} 18 et suiv. mais voy. également le premier, p. 17) s'inscrivent néanmoins dans un important mouvement doctrinal s'exprimant en faveur d'un retour à la distinction française entre faute de service et faute personnelle détachable de la fonction. M. GLANSORFF (n^{os} 26-27) estime toutefois qu'un tel « retour » ne pourrait s'opérer qu'en faveur des organes de personnes publiques et non pas au profit d'organes d'entités relevant du droit privé, désapprouvant en cela l'évolution que l'on s'apprête à décrire. Cette différenciation opérée par ce auteur s'explique par des impératifs de politique juridique sur lesquels l'on aura l'occasion de revenir (*infra* n^{os} 5.3. et 8.2.2.3.).

Son détonateur fut, selon un auteur (31), le retrait, opéré par la loi du 24 juillet 1966, de la référence au « droit commun » dans les dispositions qui fixent désormais le régime de la responsabilité des administrateurs d'une société commerciale. Ainsi, l'article 244 de la loi sur les sociétés commerciales (32) dispose-t-il que :

« Les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».

Cette disposition présente, par rapport à la législation belge (33), l'avantage de poser clairement un régime de responsa-

Par ailleurs, il ne nous semble pas sans intérêt de relever que, quelque peu à contre courant de la tendance doctrinale que l'on vient de décrire et qui consiste, en quelque sorte, à « déresponsabiliser » les agents de personnes morales de droit public, s'inscrit la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques autonomes. En effet, celle-ci opère renvoi notamment à l'article 62 L.C.S.C. en ce qui concerne la responsabilité des administrateurs des entreprises publiques (cons. D. DÉOM, « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 115 et suiv. et spéc. pp. 130-132).

(31) P. REIGNE, *op. cit.*, p. 64.

(32) Cette disposition est applicable aux sociétés anonymes. Comp. avec la disposition, substantiellement identique, se rapportant aux S.A.R.L. (art. 52).

(33) Rappelons que l'art. 62 L.C.S.C. dispose que :

« Les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux » (souligné par nous).

Le second alinéa de cet article est à l'origine d'une controverse entre ceux qui estiment que cette disposition épuise les possibilités de recours dont disposent les tiers et MM. VAN RYN & DIEUX (étude précitée dans cette *Revue*, spéc. pp. 96-97 et 107). Les premiers auraient pu se prévaloir de la maxime *specialia generalibus derogant* (voy. nos observations sous Liège, 1^{er} avril 1992 (« Quand J.R. manqua de discernement dans la sélection de puits de pétrole au Texas... : des vicissitudes affectant le cas échéant une cession d'actions ou de l'omniprésence discrète de la cause dans une vision contractualiste de l'entreprise »), *R.P.S.*, 1993, n° 6619, n° 6.3.2.2.). A propos de cette maxime, voy. *infra* n° 23, note 346 et les références. Quant aux derniers ils auraient pu, en lieu et place d'une réplique en termes de qualification *a contrario* qui ne nous semble pas répondre à l'objection

bilité en faveur des tiers et ce quelle que soit la nature de la faute commise (faute de gestion, violation de la loi ou des statuts).

De l'examen des décisions de la Cour de cassation de France, il nous semble ressortir que l'évolution jurisprudentielle vers l'adoption de la distinction entre faute de service et faute personnelle a connu deux phases.

Au cours de la première phase, illustrée par des arrêts du 31 mai 1978 (34), du 8 mars et du 4 mai 1982 (35) et du 4 octobre 1988 (36), la Cour semble vouloir s'en tenir à une motivation fondée en droit des obligations. La Cour y pose en effet le critère selon lequel seule la faute extérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat intervenu entre la société et le tiers s'estimant préjudicié permet d'accueillir le recours aquilien formé par ce dernier contre un administrateur. Cette motivation évoque immanquablement pour le juriste belge la jurisprudence développée par sa propre Cour de cassation à propos de la question du recours de nature quasi-délictuelle dirigé contre l'agent d'exécution d'un cocontractant (dont question *infra*, n° 5.3.).

Cette jurisprudence fut cependant critiquée en ce qu'elle apparaissait trop centrée sur le contrat intervenu entre la société et le tiers, perdant ainsi de vue qu'une faute aquilienne peut également être commise par un administrateur à l'occasion de l'exécution du contrat de mandat le liant à la société (37). Cette constatation amena d'ailleurs un auteur à proposer, s'agissant de la responsabilité aquilienne des administrateurs, la distinction suivante :

— pour les fautes commises à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat intervenu entre la société et le tiers : application du critère dit de la « faute extérieure » ;

formulée, songer à se référer au premier alinéa de l'article 62 qui, à la différence de la disposition française reprise au texte, comporte un renvoi au « droit commun ». Ce renvoi peut en effet fort bien être interprété comme préservant la possibilité de recourir au droit commun de la responsabilité civile même s'il ne permet pas de lever totalement l'incertitude quant à la question de savoir si cet alinéa s'adresse également aux tiers.

(34) *Bull.*, I, n° 213

(35) *Rev. soc.*, 1983, p. 573 et note Y. GUYON.

(36) *Rev. soc.*, 1989, p. 213 et note A. VIANDIER ; *Rép. Defrénois*, 1989, I, 557 et obs. J. HONORAT.

(37) A. VIANDIER, *ibid.*, p. 215.

— pour les autres fautes commises par un administrateur : application de l'article 1382 sans aucune limitation (38).

Cette distinction fut cependant désavouée par l'avènement de la seconde phase, annoncée ci-dessus, qui, dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France, se caractérise par un détachement du raisonnement formulé selon les termes du droit des obligations pour s'aligner clairement sur la distinction administrative entre faute de service et faute personnelle détachable de la fonction de dirigeant. Cette orientation, qu'A. Viandier appela de ses vœux (39) et qui fut pressentie par G. Viney (40), avait été annoncée par un arrêt du 9 avril 1975 de la Cour de cassation (41) où il fut constaté qu'un président de syndicat patronal, qui, déterminé par sa seule hostilité personnelle, avait tenté d'obtenir le licenciement du secrétaire général du syndicat, avait « commis une faute personnelle détachable de ses fonctions ». Elle s'est exprimée tout récemment dans un arrêt du 22 janvier 1991 (42) où la Cour, confrontée à un problème de troubles de voisinage dus aux activités de la société dont le dirigeant était poursuivi *in solidum* en responsabilité personnelle avec la société, a décidé que la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision en ne relevant aucune circonstance dont il aurait résulté que le dirigeant « avait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de dirigeant ». Elle transparaît en outre en filigrane d'un arrêt du 4 juin 1991 de la Cour de cassation (43) où il fut énoncé que « la seule constatation d'un fait délictuel ou quasidélictuel imputable à une société n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant social » (44).

Au sortir de ce bref examen de droit comparé, l'on ne peut se défier d'un sentiment de perplexité. Ainsi des droits *a priori* peu favorables à la rétention de la responsabilité personnelle (droits

(38) Y. GUYON, « Administration. Responsabilité civile des administrateurs », *Juris-classeur Sociétés Traité*, fasc. 132 (1990), n^{os} 92-106.

(39) *Ibid.*

(40) *Op. cit.*, n^o 857 (sur base d'une jurisprudence qui semblait alors encore marginale).

(41) *Bull.*, V, n^o 174.

(42) *R.F.C.*, mai 1991, p. 62 et les observations, précitées, de P. REIGNE.

(43) *Rev. soc.*, 1992, p. 55 et note Y. CHARTIER.

(44) Quant au sens qu'il s'agit de donner à cette notion de « faute personnelle » (par opposition à la faute de service) ou encore de « faute détachable de la fonction », voy. *infra*, n^o 8.2.3.

néerlandais et allemand) ne s'y montrent, finalement, pas du tout rebelles. Par contre, le droit à première vue le plus réceptif à une acceptation généreuse des actions en responsabilité en raison de la généralité même de son texte légal s'avère en fin de compte, et ce *contra legem* (45), le plus réfractaire à l'engagement de la responsabilité personnelle de l'organe d'une personne morale. Une première conclusion s'impose en tout cas : quel que soit le système juridique analysé, l'admissibilité du recours aquilien contre l'organe est acquise. Même en droit français, où les sirènes de l'absorption se sont révélées les plus séductrices, l'hypothèse de la faute personnelle a été réservée.

5.3. — *L'administrateur d'une personne morale est-il assimilable à un agent d'exécution ?*

Cette étude n'est certes pas le lieu d'une prise de position supplémentaire dans la célèbre controverse relative au cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (46). Au-delà de ses subtilités, cette discussion oppose surtout ceux qui estiment que l'action aquilienne d'un contractant ne pourra être accueillie que si une faute et un dommage étrangers au contrat ont pu être démontrés (thèse des adversaires du cumul) et ceux qui estiment que l'action quasi-délictuelle pourra toujours être dirigée contre un cocontractant à condition que la faute et le dommage allégués ne présentent pas un caractère « purement » contractuel.

(45) Cette observation est faite à la suite de J. HONORAT (*ibid.*, p. 559) qui fait observer que ni l'art. 244 ni l'art. 52 de la loi de 1966 n'établissent de distinction entre des fautes qui seraient « de service » et des fautes qui seraient « personnelles ».

(46) A titre de points de repère dans ce débat, cons. not. J. VAN RYN, « Responsabilité aquilienne et contrats », *J.T.*, 1975, p. 506 ; H. COUSY, « Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag », *T.P.R.*, 1984, p. 155 ; X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1984, pp. 255 et suiv. et spéc. pp. 309-314.

On rappellera simplement que la possibilité pour une partie à un contrat d'agir au plan aquilien contre son cocontractant (cumul ou concours des responsabilités contractuelle et quasi-délictuelle) fut admise par un arrêt du 13 février 1930 de la Cour de cassation (*Pas.*, I, 115) mais qu'une controverse s'enclencha dans la doctrine à partir d'un arrêt du 4 juin 1971 (*Pas.*, I, 940) de cette même Cour dont il ressort que l'action aquilienne d'un contractant doit être rejetée non seulement lorsque la faute commise présente un caractère purement contractuel mais aussi lorsque le dommage allégué « n'était dû qu'au seul manquement aux obligations résultant du contrat ».

Les administrateurs sont intéressés par cette controverse en raison d'un arrêt du 7 décembre 1973 (47) par lequel la Cour de cassation a assimilé (48) l'agent d'exécution d'une partie contractante à cette partie contractante elle-même pour l'application des principes — incertains en raison de la controverse précitée — gouvernant l'admissibilité de l'action aquilienne intentée par un cocontractant (49). Cette jurisprudence a évidemment pour conséquence d'instaurer une certaine immunité — plus ou moins étendue suivant la thèse adoptée en matière de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle — de l'agent d'exécution au regard de la responsabilité aquilienne qu'il est susceptible d'encourir envers le cocontractant de celui pour lequel il est intervenu. L'efficacité de la protection ainsi procurée à l'agent d'exécution se trouva par ailleurs accrue ensuite d'un arrêt du 15 septembre 1977 (50) par lequel il fut décidé que le cocontractant n'a pas non plus d'action contractuelle contre l'agent d'exécution alors que l'assimilation prédécrite aurait pu engendrer une opinion dans ce sens.

Partant de cette jurisprudence, certains ont estimé que les administrateurs pourraient être considérés comme des agents d'exécution au regard du contrat conclu entre la société et le tiers qui pourrait ultérieurement songer à intenter une action aquilienne contre l'administrateur à l'origine de l'exécution contrac-

(47) *Pas.*, 1974, I, 376, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15 et la note de R.O. DALCQ & F. GLANSORFF (« Responsabilité aquilienne et contrats »), *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317 et la note de J.-L. FAGNART (« La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution »)

(48) Pour cette observation, voy. not. X. DIEUX, « Le contrat... », *op. cit.*, pp. 310-311.

(49) La teneur de cette décision fut confirmée à plusieurs reprises : voy. la jurisprudence analysée par R.O. DALCQ (« Examen de jurisprudence (1980 à 1986) — La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 603 et suiv.) et par X. DIEUX (« Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge — Pour un retour aux sources ! », *Les obligations en droit belge et en droit français : convergences et divergences*, Paris/Bruxelles, Dalloz/Bruylant, à paraître, n° 8).

(50) Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 57, *R.C.J.B.*, 1978, p. 426 et la note de R.O. DALCQ et F. GLANSORFF (« Prohibition du concours des responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution »).

tuelle défectueuse (51). Nous avons vu (*supra* n° 5.2.) que la jurisprudence française dite « de la première phase » dans le processus conduisant à la distinction administrativiste entre faute de service et faute personnelle semblait s'inscrire dans une tendance similaire. Effectivement, celle-ci procédait en réalité de l'assimilation de l'administrateur à la société cocontractante pour ensuite exiger que l'administrateur ait commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat litigieux.

Quant à l'assimilation proposée de l'administrateur à un agent d'exécution, MM. VAN RYN et DIEUX (52) considèrent que cette opinion ne peut être suivie. Ils font valoir que l'administrateur, en sa qualité d'organe, serait « plus » qu'un agent d'exécution. Par conséquent, ils estiment devoir s'en tenir à la jurisprudence tirée d'un arrêt du 11 juin 1981 de la Cour de cassation (53) selon laquelle la violation d'une obligation contractuelle (en l'occurrence la faute commise par l'administrateur dans le cadre du contrat de mandat le liant à la société) peut également susciter une responsabilité aquilienne dans le chef de son auteur pour autant que cette faute puisse effectivement s'analyser en un manquement à l'obligation de prudence qui s'impose à tous (54). Néanmoins, à l'argument leur opposant que, précisément, *a fortiori* en raison de sa qualité d'organe, l'administrateur ne peut,

(51) R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 604. Voy. aussi P. COLLE, « De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société », *op. cit.* et même auteur (avec P. DE WOLF), « La protection financière des tiers... », *op. cit.*, n° 45. Quant à l'opinion de M. COLLE, MM. VAN RYN et DIEUX ont estimé (*op. cit.*, *J.T.*, 1988, p. 403, note 22) que celui-ci s'était trompé en prétendant que la responsabilité de l'administrateur — agent d'exécution serait subordonnée à la démonstration d'une faute étrangère à l'exécution du contrat de mandat l'unissant à la société (la jurisprudence relative aux agents d'exécution visant en effet non pas le contrat (éventuellement de mandat) le liant au débiteur principal mais le contrat intervenu entre le débiteur principal et le tiers). Plus précisément, nous semble-t-il, il semblerait que M. COLLE aurait défendu (peut-être sans en avoir conscience puisqu'il invoque l'autorité de l'arrêt — précité — du 7 décembre 1973) une opinion hybride en la matière. Effectivement, un examen plus approfondi de ses écrits (comp. folio 4 et 5 de l'étude à la *R.G.A.R.*, et pp. 60 et 61 du rapport aux *Journées Jean Dabin*) laisse apparaître que celui-ci conditionne l'engagement de la responsabilité aquilienne de l'administrateur — agent d'exécution à la preuve d'une faute extérieure à l'exécution du contrat de mandat le liant à la société et ayant causé un dommage distinct de celui résultant de l'exécution défectueuse du contrat conclu entre la société et le tiers préjudicié.

(52) *Op. cit.*, *J.T.*, 1988, p. 403.

(53) *Pas.*, I, 1159.

(54) J. VAN RYN & X. DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, pp. 98-99.

selon les termes de l'arrêt du 7 décembre 1973 précité, être considéré comme un tiers par rapport à l'exécution des contrats engageant la personne morale, ces auteurs répliquent qu'il faut se garder de « conférer à la fiction de l'identification de la personne morale à ses organes une portée qu'elle n'a certainement pas ».

Certes, ainsi que le font remarquer MM. Van Ryn et Dieux (55), la représentation organique signifie essentiellement que la personne morale sera directement responsable des actes de nature quasi-délictuelle posés par son organe (*supra* n° 5.1.). Un auteur a d'ailleurs fait récemment remarquer que la représentation organique tendait à perdre sa signification *sui generis* pour ne plus être perçue que comme un mandat comme les autres (56). Mais ces observations ne sont guère susceptibles de revêtir un caractère dirimant pour ceux qui voient en l'administrateur un agent d'exécution puisque, précisément, le fondement du principe d'immunité de l'agent d'exécution ne peut être tiré que de l'invocation, artificielle il est vrai, d'un principe de représentation du

(55) *Ibid.*

(56) Voy. les intéressantes considérations que formule le Prof. F.J.W. LÖWENSTEYN qui, pour la revue *Ars Aequi* (AA, 1985, pp. 720 et suiv. et spéc. pp. 721-722), s'est prêté au jeu de porter avec le recul un regard critique sur sa thèse de doctorat (défendue en 1959 sous le titre *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de Vereniging en de Naamloze Vennootschap*) : évoquant la qualification *sui generis* qu'il avait notamment donnée à la notion d'organe : « Maar na het begrijpelijk enthousiasme kwam, gelijk behoort, de rustige bezinning. Waren de door mij beschreven verschijnselen inderdaad zo 'sui generis' ? (...) En zo onderwierp ik mijn juridische mecanodoos aan een critische inspectie — met desastreus gevolg (...) wat rechtvaardigde bijvoorbeeld, dat ik de bestuurder als 'orgaan' in een afzonderlijke klasse rangschikte, terwijl hij alle trekken gemeen had met de gevolgmachtigde (...) Scholten zag het verschil hierin, dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het 'orgaan' werd bepaald door het objectief recht (waaronder deze schrijver ook de statuten rekende). Echter sinds wanneer worden rechtshandelingen, niet onderscheiden naar hun inhoud (rechtsgevolg) maar naar de aard van de normen, die deze inhoud bepalen ? Een koopovereenkomst blijft een koopovereenkomst, of de partijen de inhoud van de overeenkomst zelf bepalen of dit overlaten aan de wet, het marktgebruik of een standardovereenkomst (...) Welk juridisch verschil bestaat er nu tussen het besluit van het bestuur of de algemene vergadering van een rechtspersoon en een handeling krachtens een collegiale volmacht ? Generlei (...) Geconstateerd moet trouwens worden, dat de specifieke rechtspersonendogmatiek reeds aan erosie onderhevig is. Uit het leerstuk van de onrechtmatige daad is het begrip 'orgaan' zo goed als verdwenen. Als speciale vorm van vertegenwoordiging wordt het door Van der Grinten niet meer onderscheiden. Het is een kwestie van tijd. Ten laste zal er van het 'sui generis' rondom de rechtspersoon niet veel meer overblijven dan de oprichting, de ontbinding, de omzetting en de fusie » (notes infrapaginales omises).

contractant par son agent d'exécution (57). D'autre part, sans doute faudrait-il cerner davantage *in concreto* la notion d'agent d'exécution pour déterminer ensuite si l'administrateur est ou non susceptible de figurer dans la catégorie dégagée. Malheureusement, cette notion pose problème en raison de son imprécision. S'il est acquis qu'elle revêt un caractère plus large que celle de préposé (58), la qualification d'agent d'exécution est par ailleurs soumise à une casuistique génératrice d'une certaine incertitude (59). Il semble néanmoins que cette notion revête une amplitude extrêmement grande. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation dont il résulte que l'agent d'exécution est non seulement celui qui est chargé par le débiteur d'accomplir tout ou partie de ses obligations mais aussi celui dont l'intervention peut être considérée comme une « condition matérielle » de l'exécution par le débiteur de ses obligations (60). Ne pourrait-on à cet égard soutenir que l'intervention d'un organe est également une « condition matérielle » de l'exécution par une personne morale de ses obligations ? Enfin, un auteur discerne en l'éventuelle appréhension de l'administrateur de société par la qualification d'agent d'exécution un « important fond de vérité » (*belangrijke grond van waarheid*) en ce que celui-ci ne peut, vis-à-vis des tiers, être considéré comme le détenteur d'un pouvoir qu'il exerce à leur rencontre (61) (voy. en outre *infra*, n° 8.2.2.3.).

La réfutation qu'opposent MM. Van Ryn et Dieux à l'argumentation percevant en l'administrateur un agent d'exécution ne nous semble donc pas, en définitive, pleinement convaincante. En réalité, c'est essentiellement une considération relevant de la politique juridique (voy. également *infra*, n° 8.2.2.3.), à savoir la fonction préventive de la responsabilité civile, qui justifie le rejet

(57) P.-H. DELVAUX, « La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation », *J.T.*, 1987, pp. 417 et suiv. et spéc. pp. 418-419.

(58) R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 603-604 ; P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, p. 420.

(59) H. COUSY, *op. cit.*, p. 172.

(60) Cass., 3 décembre 1976, *R.C.J.B.*, 1978, p. 423 et la note (précitée) de R.O. DALCQ & F. GLANSDORFF (« Prohibition du concours des responsabilités... »). En l'espèce, la qualité d'agent d'exécution fut reconnue à une entreprise installant et entretenant des lignes à haute tension et ce vis-à-vis d'une société ayant conclu une convention de fourniture d'électricité.

(61) S. VAN CROMBRUGGE, *op. cit.*, pp. 1444-1445.

par ces auteurs d'une quelconque immunité personnelle que la qualité d'agent d'exécution pourrait conférer à l'administrateur (62). Comme annoncé, nous reviendrons sur les considérations de politique juridique susceptibles de s'appliquer au domaine de la responsabilité des administrateurs. Nous nous bornons dès à présent à souligner que de telles considérations sont évidemment (et légitimement) variables et ce parfois dans le chef d'un même auteur (63).

Pour en terminer avec l'examen — provisoire — de cette délicate question, signalons que tout récemment M. P. Colle (64) semble s'être implicitement rallié à la doctrine de MM. Van Ryn et Dieux consistant à s'en tenir à l'application du principe dégagé par la Cour de cassation en son arrêt — précité — du 11 juin 1981. La raison de cette volte-face réside dans une jurisprudence jugée novatrice de la Cour de cassation tirée d'un arrêt du 14 décembre 1990 (65). Cet arrêt mérite incontestablement que l'on s'y attarde quelque peu, d'autant plus qu'il a également retenu l'attention de M. X. Dieux (66).

En l'espèce, un contrat d'entreprise (construction d'une route) avait été conclu entre une entreprise publique (maître de l'ouvrage) et un entrepreneur général aux termes duquel ce dernier

(62) *Op. cit.*, R.P.S., 1989, p. 112 (« On pourrait craindre en effet que si la responsabilité directe de la personne morale, engagée par son organe, procurait à ce dernier une immunité personnelle, sa vigilance et sa prudence s'en trouve dangereusement affaiblie »). Pour une évocation de la controverse relative à l'attribution à l'administrateur de la qualité d'agent d'exécution dans le contexte, plus large, de l'étude des « différents tiers » au contrat, cons. notre étude « Les différents tiers au contrat », Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges (sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN), Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 100 et suiv. et spéc. n^o 33 et suiv.

(63) Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que M. X. DIEUX (voy. nos études « Les différents tiers... », *op. cit.*, n^o 33 et la note 114 et « Quand J.R. manqua de discernement... », *op. cit.*, p. 145 et la note 58, auxquelles nous nous référons pour plus de détails à cet égard) semble avoir eu dans le passé une opinion nettement moins favorable à l'engagement de la responsabilité aquilienne de l'administrateur à l'égard des tiers (« Le contrat, objet et instrument de dirigisme », *op. cit.*, p. 314 : où l'auteur exprime son souci de ne pas voir la responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur retenue trop largement « à peine de déséquilibrer complètement le système légal de la responsabilité des administrateurs tel qu'il est actuellement conçu par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales »).

(64) « La protection financière des tiers... », *op. cit.*, n^o 45bis.

(65) *Pas.*, 1991, I, 375.

(66) « Les chaînes et groupes de contrats... », *op. cit.*, n^o 9.

s'engageait notamment à procéder à l'enlèvement du bois sur tronc se trouvant sur le site du chantier. En vue d'assurer l'exécution de cette obligation, l'entrepreneur général conclut une convention d'enlèvement du bois avec un sous-traitant. Il advint néanmoins que le maître de l'ouvrage ne finalisa la vente de certaines des parcelles sur lesquelles devaient être effectués les travaux que postérieurement à l'adjudication faite à l'entrepreneur général et que l'acte de vente stipulait que les anciens propriétaires pouvaient disposer du bois sur tronc, ce qui fut fait. Le sous-traitant, frustré du bénéfice qu'il aurait pu tirer de l'exécution de la convention d'enlèvement de bois désormais sans objet, intenta une action fondée sur l'article 1382 du Code civil contre le maître de l'ouvrage. Cette action fut accueillie par la cour d'appel : le maître de l'ouvrage avait incontestablement commis une faute aquilienne en adjugeant des travaux à des conditions ultérieurement tenues en échec par une expropriation ayant préservé le droit des anciens propriétaires de disposer du bois à enlever. Le maître de l'ouvrage se pourvut en cassation en faisant valoir que le sous-traitant était en défaut de démontrer l'existence d'un dommage distinct de celui résultant de l'inexécution de son contrat avec l'entrepreneur général. La Cour rejeta le pourvoi sur la motivation suivante :

« Attendu que, pour qu'il puisse être fait droit à la demande introduite par le sous-traitant contre la maître de l'ouvrage sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, il suffit que les conditions prévues à ces articles soient remplies ; que la circonstance que le préjudicié est un sous-traitant ou que la mauvaise exécution par l'entrepreneur principal de son contrat avec le sous-traitant a contribué à causer un dommage dû aussi à la faute du maître de l'ouvrage, sont sans incidence sur la constatation de l'existence et de l'étendue du dommage »

M. X. Dieux estime qu'en vertu de cette jurisprudence nouvelle, « la responsabilité d'un contractant extrême envers un autre ne devrait plus être entravée à l'avenir par les contraintes auxquelles la Cour avait cru devoir la soumettre en 1973 » (67).

(67) *Ibid.*, *in fine*. L'auteur fait bien entendu allusion à l'arrêt — précité — du 7 décembre 1973.

Nous hésitons à suivre l'opinion de cet auteur. Certes, il est tentant d'inférer de la motivation reproduite ci-dessus une remise en cause de l'assimilation, que pratique la Cour depuis 1973, de l'agent d'exécution au cocontractant. Néanmoins, il ressort de l'examen des moyens fondant le pourvoi du maître de l'ouvrage que celui-ci ne s'est nullement prévalu de cette assimilation. En d'autres termes, il n'a pas défendu la thèse selon laquelle le sous-traitant, en raison de sa qualité d'agent d'exécution de l'entrepreneur général, devait soumettre la démonstration de la faute et du dommage allégués aux principes régissant la cumul entre parties contractantes des responsabilités contractuelle et aquilienne. Le maître de l'ouvrage s'est en réalité contenté, sans même contester qu'il eût commis une faute quasi-délictuelle, de prétendre que le dommage encouru par le sous-traitant trouvait sa source exclusivement dans le contrat conclu avec l'entrepreneur général. Il suffisait dès lors à la Cour de s'en tenir à l'application de la théorie de l'équivalence des conditions (dont question *infra*, n° 10) pour repousser le moyen invoqué par le maître de l'ouvrage. Au regard de cette théorie en effet, il suffit que le dommage ait trouvé en la faute aquilienne démontrée sa cause nécessaire, peu important par ailleurs que l'origine du dommage puisse être retracée en une *autre* cause (à savoir, en l'espèce, celle tirée de l'inexécution du contrat précité). Il reste néanmoins que le sommaire de l'arrêt à la *Pasicrisie* renvoie (note infrapaginale n° 1) à un arrêt du 21 janvier 1988 (68) qui lui-même fait référence à l'arrêt — précité — du 11 juin 1981. On ne peut s'empêcher de tirer de ces précisions l'indication de ce que la Cour était animée du souci, outre la motivation en termes de causalité répondant au moyen, d'appliquer sa jurisprudence décidant qu'une faute contractuelle peut également engendrer une responsabilité sur le plan aquilien au profit d'un tiers au contrat (en l'occurrence le maître de l'ouvrage avait bien commis une faute contractuelle qui fut réparée à l'égard de l'entrepreneur général). Cette indication, certes étrange en l'absence de tout rapport direct avec le moyen soulevé, serait-elle le signe avant-coureur d'un effectif revirement de jurisprudence quant à l'assimilation de l'agent d'exécution au cocontractant principal ? Peut-être mais il ne nous semble pas, quoique nous ayons tendance — dans

(68) *Pas.*, I, 602.

l'absolu — à partager le souhait de M. Dieux à cet égard, que l'arrêt du 14 décembre 1990 soit lui-même le lieu de ce revirement et ce d'autant plus que l'équité n'incitait pas la Cour à rendre en l'espèce une décision différente. Effectivement, l'éventuelle mise en œuvre de la jurisprudence issue de l'arrêt de 1973 — qui, on le répète, n'était pas demandée à la Cour — aurait probablement abouti à une décision contraire aux intérêts de l'agent d'exécution, résultat qui, à notre connaissance, eût été inédit (69).

Le lecteur aura compris pourquoi cette sous-section s'est vue munir, et le restera, d'un point d'interrogation : la réponse à la question posée ne nous semble pas définitivement fixée et, d'autre part, il ne semble même pas sûr que l'énoncé de la question présentera à l'avenir encore un intérêt. L'on songe, bien sûr, à un éventuel revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'assimilation de l'agent d'exécution au cocontractant pour l'application des règles régissant le concours des responsabilités contractuelle et aquilienne. Une clarification en ce domaine est en tout cas souhaitable car la matière du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle est malheureusement le plus souvent mise en exergue pour illustrer le caractère énigmatique voire byzantin de la pratique juridictionnelle, ce qui, dans le chef d'une certaine doctrine, suscite une mise en garde renouvelée contre un retour au « gouvernement des juges » (70).

(69) X. DIEUX (*ibid.*) concède lui-même : « Sans doute l'arrêt est-il rendu dans une situation où la responsabilité d'un 'contractant extrême' était mise en œuvre par un autre, dans un sens inverse de celui auquel l'on a l'habitude, puisque le plus souvent, c'est le maître de l'ouvrage qui a des raisons de se plaindre d'une défaillance des sous-traitants ».

Pour notre part, en guise d'invitation à la prudence dans l'induction de conclusions générales à partir de décisions s'appliquant à des situations marginales, nous nous contenterons de rappeler le trait célèbre du Prof. K. LLEWELLYN selon lequel : « Hard cases make bad law », que l'on pourrait traduire par : « Les décisions en pure équité font un droit inadéquat ».

(70) Pour cette observation, cons. R. KRUIHOF, « Naar een 'gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht ? », *Hulde aan Prof. Dr. R. Kruihof. Naar een « gouvernement des juges » in het Belgische verbintenissenrecht en andere opstellen*, Brussel/Antwerpen/Apeldoorn, Bruylant/Maklu, 1992, pp. 29 et suiv. et spéc. n°° 26-27.

6. — *La faute aquilienne de l'administrateur ne consiste pas nécessairement en une faute de gestion*

En d'autres termes, la faute aquilienne susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administrateur à l'égard de tiers ne correspond pas nécessairement à une faute de gestion commise à l'occasion de l'exécution du contrat de mandat liant l'administrateur à la société. Cette particularité n'est pas fréquemment mise en évidence. Outre l'hypothèse, bien connue, de la faute commise par l'organe en dehors de l'exercice de sa fonction (71), « le dirigeant peut accomplir des actes préjudiciables pour les tiers, tout en gérant la société avec le plus grand soin » (72). Ainsi, par sa décision — précitée — du 4 mai 1982, la Cour de cassation de France a-t-elle cassé une décision qui n'avait pas retenu la responsabilité aquilienne d'un dirigeant au motif que celui-ci n'avait pas commis de faute de gestion « alors que, précise la Cour, l'existence d'une faute de gestion n'était pas nécessaire pour retenir la responsabilité » du dirigeant à l'égard de tiers préjudicié (73). Le Professeur Guyon (74) approuve cette jurisprudence. Celle-ci est néanmoins, ajoute-t-il, susceptible d'engendrer une conséquence curieuse : à savoir qu'il se pourrait fort bien que la société profite des agissements de son dirigeant ultérieurement attrait et condamné du chef d'une faute quasi-délictuelle. Dans ce cas, conclut M. Guyon, « il faudrait sans doute admettre que la responsabilité du dirigeant se double d'une obligation de la société, fondée sur le principe d'équité *ubi emolumentum ibi onus* » (« là où se trouve le bénéfice, là se trouve la charge »). Ce principe fait référence à la doctrine de ceux (Saleilles, Josserand et leurs disciples) qui prônèrent la réception d'une théorie de la responsabi-

(71) Pour le rappel de ce que seule la responsabilité personnelle de l'organe pourra être engagée dans ce cas, voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 19 et Y. LEJEUNE, « La perception de la faute dans la responsabilité civile et dans la responsabilité pénale des pouvoirs publics », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit belge et droit comparé*, Séminaire « Université — Monde judiciaire », Louvain-la-Neuve, 1993, in *R.D.P.C.*, mars-avril 1994, pp. 353 et suiv. et spéc. p. 357.

(72) Y. GUYON, note sous Cass., 4 mai 1982 (précité), p. 578.

(73) En l'espèce le gérant avait opté pour un procédé de financement dont le choix n'était nullement fautif au regard de la société mais qui s'avérait fautif à l'égard de tiers agissant en responsabilité, lequel avait été empêché de percevoir immédiatement les honoraires qui lui étaient dus.

(74) *Ibid.*

lité fondée sur le risque créé (75) (dont encore question *infra*, n^{os} 9 et 19). L'hypothèse nous semble, au demeurant, illustrative de la relative « incohérence » (76) attachée à la rétention du principe de non absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'entité personnifiée (*supra* n^o 5.1.). Cette incohérence rend hasardeuse la recherche du fondement du recours dont pourrait disposer l'administrateur contre la société en droit positif belge. Ainsi, une subrogation légale (article 1251, 3^o du Code civil) semble *a priori* exclue puisque l'administrateur, en indemnisant la victime de sa faute, a acquitté sa propre dette (77). Une jurisprudence contestée de notre Cour de cassation énonce toutefois que le bénéfice de la subrogation ne peut être refusé qu'à celui qui s'acquitte *exclusivement* de sa propre dette (78). L'administrateur placé dans la situation envisagée ici pourrait à notre sens invoquer cette jurisprudence. D'autre part, l'on pourrait songer à appliquer à cette hypothèse les principes régissant l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (79). Néanmoins, sauf à admettre

(75) Voy. not. la réflexion formulée par J.-E. LABBE (note, *S.*, 1890.4.18) qui, en la matière, fit figure de précurseur : « (...) nous accordons, en équité, notre adhésion à ce principe que celui qui perçoit les émoluments procurés par l'emploi d'une machine susceptible de nuire aux tiers, doit s'attendre à réparer les préjudices que cette machine causera » (cité par G. VINEY, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n^o 49, pp. 64-65).

(76) Ainsi que le relèvent MM. VAN RYN & DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, p. 112. Voy. aussi T. TILQUIN, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1993, n^o 41, p. 139.

(77) Pour le rappel de ce que la mise en œuvre du mécanisme de la subrogation légale suppose le paiement de la dette d'autrui, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, n^o 205.

(78) Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, I, 738 et Cass., 17 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1986, p. 680 et la note critique de L. CORNÉLIS (« L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés »), spéc. n^o 7 (l'auteur estime que la Cour méconnaît le lien de causalité reconnu préalablement et dont l'existence implique que le solvens ait payé pour le tout sa propre dette, ce qui devrait exclure la subrogation). Se montre par contre nettement moins critique à l'endroit de cette jurisprudence : J.-L. FAGNART (« La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert », *R.C.J.B.*, 1993, pp. 575 et suiv., spéc. n^o 18) : « C'est pourquoi la doctrine moderne enseigne que le bénéfice de l'article 1251, 3^o du Code civil ne doit être refusé qu'à celui 'qui doit définitivement supporter seul la charge de la dette qu'il a acquittée. Celui-là ne fait que payer sa propre dette (...) ». Pour un rappel des principes en matière de subrogation, cons. X. DIEUX, « La subrogation en droit positif — règles générales », *La subrogation*, Journée d'études organisée le 22 mai 1992 par la Conférence du Jeune Barreau de Mons, n^o 3 pour la question retenant ici notre attention.

(79) Sur l'enrichissement sans cause, voy. les examens de jurisprudence en matière de droit des obligations parus à la *R.C.J.B.* (J. LIMPENS, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1949, pp. 350 et suiv. et spéc. n^o 32 ; même auteur, même chronique (1949 à 1952), *R.C.J.B.*, 1953, pp. 48

que l'hypothèse qui nous préoccupe constituerait l'application d'un principe général selon lequel « Nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui » (80), la mise en œuvre à son égard de la théorie de l'enrichissement sans cause proprement dite pose problème puisque l'appauvrissement (81) de l'administrateur trouve sa cause dans l'application des articles 1382 et suiv. du Code civil. Dans la plupart des cas néanmoins, la possibilité de recourir contre la société apparaîtra assez théorique car l'on imagine que les tiers auront le plus souvent dirigé leur recours contre l'administrateur en raison de l'état d'insolvabilité de la société.

En droit néerlandais, il est également bien établi qu'une faute aquilienne de l'administrateur ne consiste pas nécessairement en une faute de gestion susceptible d'engager sa responsabilité envers la société (82). C'est cependant une particularité du régime de la responsabilité des administrateurs à l'égard de la personne morale elle-même qui explique la différenciation pratiquée à cet égard. Effectivement, l'article 2:9 NBW précise que la responsabilité de l'organe de la personne morale ne pourra être engagée que dans les cas où un « grief sérieux » (*ernstig verwijt*) pourra être démontré à son encontre (83). Il est admis par contre que l'existence d'un tel grief n'est pas nécessaire en vue de retenir la responsabilité aquilienne de l'administrateur à l'égard de

et spéc. n^{os} 41 et suiv. ; même auteur & J. VAN DAMME, même chronique (1953 à 1955), *R.C.J.B.*, 1955, pp. 199 et suiv. et spéc. n^{os} 46-47 ; mêmes auteurs, même chronique (1956 à 1959), *R.C.J.B.*, 1961, pp. 57 et suiv. et spéc. n^{os} 8 et suiv. ; J. LIMPENS & R. KRUIHOF, même chronique (1960 à 1963), *R.C.J.B.*, 1964, pp. 467 et suiv. et spéc. n^{os} 93 et suiv. ; mêmes auteurs, même chronique, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 187 et suiv. et spéc. n^{os} 69 et suiv. ; P. VAN OMMESLAGHE, même chronique (1968 à 1973), *R.C.J.B.*, 1975, pp. 423 et suiv. et spéc. n^{os} 82 et suiv. ; même auteur, même chronique (1974 à 1982), *R.C.J.B.*, 1988, pp. 33 et suiv. et spéc. n^{os} 165 et suiv.).

(80) Dont la réception est préconisée par R. DEMOGUE (*Traité des obligations en général. Sources des obligations*, T. III, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n^o 76).

(81) Pour l'énoncé du principe selon lequel l'absence de cause doit caractériser tant l'appauvrissement que l'enrichissement corrélatif, voy. J. LIMPENS & R. KRUIHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1964, n^o 94.

(82) W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 12^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, n^o 257.

(83) Les applications de cette disposition sont rares. Au cours des dix dernières années, le Hoge Raad a été confronté à trois actions seulement qui toutes ont été déclarées non fondées (H.R., 4 februari 1983, *N.J.*, 1983, 543 ; H.R., 20 oktober 1989, *N.J.*, 1990, 308 ; H.R., 1 november 1991, *N.J.*, 1992, 32). Pour plus de détails, cons. W.C.L. VAN DER GRINTEN, *ibid.* ; L. TIMMERMAN, *op. cit.*, pp. 199-200.

tiers (84) puisque la mise en œuvre d'une telle responsabilité n'implique pas la démonstration d'une faute revêtant une gravité particulière (85). L'on considère également que l'administrateur ayant commis une faute aquilienne ne s'identifiant pas à une faute de gestion à l'égard de la société et ayant été tenu de réparer les conséquences de cette faute à l'égard de tiers dispose d'un recours contre la société (86).

Le fait que l'administrateur puisse engager sa responsabilité aquilienne envers des tiers alors même qu'il n'a commis aucune faute de gestion a de quoi susciter une certaine inquiétude. Il ne faut cependant pas exagérer la portée pratique d'un tel principe dont la mise en œuvre devrait rester rarissime.

7. — *Toute faute de gestion ne suscitera pas une responsabilité aquilienne dans le chef de l'administrateur.*

Ce point est par contre nettement mieux connu. Il a été relevé par plusieurs auteurs (87) et est excellemment explicité par MM. Van Ryn et Dieux (88). La faute de gestion, consistant en une exécution défectueuse du contrat de mandat liant l'administrateur à la société, ne peut s'analyser en une faute quasi-délictuelle à l'égard de tiers si elle ne présente pas les traits spécifiques de ce dernier type de faute, à savoir de constituer un manquement à l'obligation générale de prudence, de diligence et de compétence qui s'impose à tous. En décider autrement consisterait à permettre à des tiers de se prévaloir d'une inexécution

(84) W.C.L. VAN DER GRINTEN, *ibid.* : « Het plegen van een onrechtmatige daad als vertegenwoordiger van de vennootschap is niet noodzakelijk een onbehoorlijke vervulling (n.d.l.r. : au sens de l'art. 2:9 NBW) van de bestuurstaak, zelfs niet indien de bestuurder uit dien hoofde tegenover de derde persoonlijk aansprakelijk is ».

(85) A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht, op. cit.*, n^o 263.

(86) W.C.L. VAN DER GRINTEN, *ibid.* : « Is de daad geen wanprestatie tegenover de vennootschap, dan zal niet alleen de vennootschap haar schade niet op de bestuurder kunnen verhalen, doch heeft de bestuurder die persoonlijk de schade aan de derde vergoedt, regres op de vennootschap » (souligné par nous). L'auteur ne précise malheureusement pas le fondement qu'il convient d'attribuer à un tel recours.

(87) Not. par F. T'KINT, *op. cit.*, pp. 107-108 ; C. PARMENTIER, *op. cit.*, n^{os} 3 et 5 et Y. MERCHERS, *op. cit.*, n^{os} 14 et 15 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n^o 15 ; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n^o 128.

(88) *Op. cit.* in *J.T.*, 1988, pp. 401-402 et *R.P.S.*, 1989, pp. 97-99.

contractuelle alors qu'ils ne sont pas des parties au contrat considéré : une telle solution s'inscrirait en violation de l'article 1165 du Code civil (89).

Si le principe est clair, il semble par contre difficile de fournir, dans l'abstrait, des exemples de fautes qui ne seraient que de « pures » fautes de gestion et, à ce titre, ne seraient pas susceptibles d'engendrer une responsabilité aquilienne de l'administrateur. MM. Van Ryn et Dieux (90) se bornent à nous en fournir trois illustrations : le fait pour un administrateur de se porter contrepartie au mépris du principe général de droit dont l'article 1596 du Code civil constitue une application (91), le recours à un mandataire substitué « en dehors des conditions prévues par la loi » (92) et l'excès de pouvoir, sous réserve de l'application de l'article 62 alinéa 2 L.C.S.C.

(89) J. VAN RYN & X. DIEUX, *ibid.* (les auteurs évoquent à ce propos l'arrêt — précité — du 11 juin 1981 de la Cour de cassation).

Dans le même sens en droit français : I. MARCHESSEAU, « L'opposabilité du contrat aux tiers (La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat) », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, op. cit.*, pp. 67 et suiv. et spéc. n^{os} 29-30.

(90) *Ibid.*, p. 402.

(91) Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 408 (la Cour précise en outre la sanction s'attachant à la violation de ce principe, à savoir la nullité relative). L'opposition d'intérêts qui sous-tend la conclusion d'une opération où un mandataire se porterait contrepartie retient plus particulièrement l'attention de la doctrine (voy. not. P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, n^o 209 ; B. TEYSSIE, « Vente. Capacité des parties », *Jurisl. civ.*, art. 1594 à 1597 (1990), n^o 21 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et suiv. et spéc. n^o 49, p. 65). Plus généralement à propos de la contrepartie dans le contrat de mandat, voy., outre les références précitées, P.A. FORIERS, « Chronique de jurisprudence (1970-1980) (1^{re} partie). Les contrats commerciaux », *R.D.C.*, 1983, p. 159 ; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, Droit civil, V^o Mandat, T. V, n^{os} 192 et suiv.

Plus spécifiquement à propos de l'aménagement procuré à l'interdiction de se porter contrepartie de leurs clients pour les intermédiaires en valeurs mobilières (art. 24, al. 1^{er}, de la loi du 4 décembre 1990), voy. J.-M. GOLLIER & D. VALSCHAERTS, « Les transactions sur valeurs mobilières cotées ou non cotées », *R.P.S.*, 1992, n^o 6588, spéc. n^{os} 32-35.

(92) Nous aurons l'occasion, dans le cadre de notre chapitre II, de nous intéresser de manière plus approfondie à la substitution de mandataire.

8. — *La faute aquilienne de l'administrateur consistera soit dans la violation d'une obligation déterminée soit dans la méconnaissance de la norme générale de prudence*

8.1. — *Violation d'une obligation déterminée : cas de la violation de la loi. Renvoi au numéro 9 de cette étude.*

« Lorsque la loi ou le règlement interdit un comportement précis ou impose un acte bien défini, les auteurs et la jurisprudence considèrent que le simple manquement à cette règle (l'illicéité) constitue en soi une faute. Les considérations d'imprudence et de négligence (n.d.l.r. : *infra*, n^o 8.2.) ne sont pas de mise et il ne convient pas de s'interroger si tout homme prudent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, aurait agi de façon identique ni si le dommage était prévisible (n.d.l.r. : *infra*, n^o 8.2.2.1.) (...) Néanmoins l'agent pourra échapper à sa responsabilité s'il parvient à démontrer l'existence d'une erreur invincible ou une autre cause de justification. Il est en quelque sorte présumé avoir commis une faute comme s'il s'agissait d'une obligation de résultat » (93).

Les principes sont donc clairs : en présence d'une obligation légale déterminée, l'appréciation de la faute se trouve réduite, pour ainsi dire, à sa portion congrue : la seule constatation du manquement suffit à établir son caractère fautif, sans que l'on se

(93) G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », observations sous Bruxelles, 28 avril 1992 (sommaire), *J.L.M.B.*, 1994, pp. 45 et suiv. et spéc. n^o 4 et les nombreuses références parmi lesquelles l'on distinguera : J. DABIN & A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 58, n^o 17 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 937, n^o 941, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, Les Nouvelles, Droit civil*, T. V, vol I, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 178 et suiv. et spéc. n^{os} 301 et suiv. ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE & P. HAMELINK, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 1964-1978 », *T.P.R.*, 1980, pp. 1148 et suiv. ; G. VINEY, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n^o 448 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 128 ; J.-L. FAGNART & M. DENEVE, « La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 298, n^o 42 ; L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, p. 65, n^o 40.

préoccupe de savoir si l'auteur de la faute a été imprudent ou si le dommage était prévisible (94).

Trois arrêts de la Cour de cassation, respectivement en date du 22 septembre 1988 (95), du 18 mai 1990 (96) et du 7 septembre 1990 (97) semblent néanmoins remettre en cause ces principes classiques pour amorcer, aux dires de M^{me} Schamps (98), « une certaine désobjectivation de la faute » lorsque le comportement reproché consiste en une violation de la loi ou d'un règlement.

Dans les trois espèces, le responsabilité personnelle de l'administrateur était recherchée en ce que celui-ci avait omis de faire l'aveu de la faillite et de déposer le bilan dans les trois jours de l'état de cessation des paiements, conformément à l'article 440 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites. La Cour rejeta les pourvois dirigés contre des décisions au fond n'ayant pas retenu la faute de l'administrateur au motif qu'il n'était pas établi que l'administrateur avait ou devait avoir conscience de l'état de cessation des paiements et d'ébranlement du crédit au moment où l'acte, source du préjudice du tiers agissant en responsabilité, fut posé.

Cette jurisprudence fit l'objet de commentaires doctrinaux en sens divers. Elle fut sévèrement critiquée par le Professeur Dalcq (99) et ce au regard des principes classiques rappelés ci-avant. Par contre, elle fut le plus souvent approuvée par la doc-

(94) Nous ne pouvons donc partager l'opinion de M. X. DIEUX (« La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes », *La responsabilité des associés, organes et préposés...*, *op. cit.*, pp. 57 et suiv. et spéc. n° 7, pp. 85-86) lorsque, évoquant l'arrêt — dont question *infra* — du 22 septembre 1988 de la Cour de cassation, celui-ci estime sans préciser sa pensée que cette décision (ayant à connaître de la violation d'une obligation légale) constitue une simple application du principe de droit commun de la responsabilité aquilienne selon lequel le dommage doit, pour constituer une source de réparation, avoir été prévisible. En réalité, en vertu de la distinction dérogée ci-dessus, la question de la prévisibilité du dommage ne doit pas être posée à propos de la violation d'une obligation légale déterminée. Voy. toutefois *infra* n° 9, note 235, pour l'interprétation que nous proposons de la pensée de cet auteur.

(95) *Pas.*, 1989, I, 80, *J.T.*, 1989, p. 200, *R.P.S.*, p. 180, *R.C.J.B.*, 1990, 203 et note R.O. DALCQ, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée ».

(96) *Pas.*, I, 1069.

(97) *Pas.*, 1991, I, 17, *T.R.V.*, 1991, p. 86 et note M.W., « Bestuurdersaansprakelijkheid en aangifte van faillissement ». Voy. également, dans le même sens, Liège 29 octobre 1991, *R.P.S.*, 1992, n° 6600 et spéc. pp. 124-125.

(98) Note précitée à la *J.L.M.B.*, n° 8.

(99) Note précitée à la *R.C.J.B.* sous Cass., 22 septembre 1988.

trine dite « commercialiste ». Ainsi MM. I. Verougstraete et C. Van Buggenhout (100) insistent sur le caractère pénalement punissable de l'abstention de faire l'aveu de la faillite dans le délai précité (article 574, 4° de la loi sur les faillites). Or, observent ces auteurs, le droit pénal ne connaît pas de responsabilité sans faute. MM. P. Coppens et F. T'Kint (101) rappellent que l'infraction dont question consiste en un cas de banqueroute simple facultative, « qualification qui autorise le juge, même lorsque le fait est démontré, à considérer que dans les circonstances du cas le manquement n'est pas punissable. (...) Cette latitude sur le plan pénal rejaillit nécessairement sur les conséquences civiles du fait dommageable ». Quant à M. J.-L. Fagnart (102), il met en évidence les plans distincts dans lesquels se meuvent les diverses procédures en la matière pour conclure qu'« Il appartient au juge civil saisi d'une action civile fondée sur le délit de banqueroute simple, de déterminer souverainement, sans avoir égard à la décision du tribunal de commerce, si la société était en état de cessation de paiements, et si l'administrateur dont la responsabilité est mise en cause, avait ou devait avoir conscience d'une situation financière irrémédiablement compromise ». MM. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux semblent également approuver cette jurisprudence quoiqu'usant à cet égard d'une formulation quelque peu ambiguë (103). Effectivement, ces auteurs semblent tout d'abord rappeler les principes dits « classiques » (« En revanche toute violation de la loi, d'un règlement, ou, en vertu de l'article 62 al. 2, des statuts, imputable à un administrateur constitue nécessairement une faute à moins que cet administrateur ne puisse se prévaloir d'une cause d'exonération de sa responsabilité ») mais ils se réfèrent ensuite, pour appuyer leurs dires, à l'arrêt — précité — du 22 septembre 1988 et à un arrêt du 10 avril 1970 (104) de la Cour de cassation. Or ce dernier arrêt pose que la transgression de l'obligation légale doit, en vue de susciter la responsabilité de son auteur, avoir été « commise librement et

(100) « Faillissement en continuité van de onderneming », *T.P.R.*, 1990, pp. 1731 et suiv. et spéc. n° 17, pp. 1750-1751.

(101) « Examen de jurisprudence (1984 à 1990). Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 313 et suiv. n° 90, p. 491.

(102) « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n° 18-19.

(103) « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 128

(104) *Pas.*, I, 682

consciemment par l'intervention de l'homme ». La position de MM. Van Ommeslaghe et Dieux ne peut donc être comprise qu'en ce qu'elle poserait une identification entre la conscience qu'avait ou devait avoir l'auteur de la transgression (arrêt du 22 septembre 1988) et la volonté libre et consciente au sens de l'arrêt du 10 avril 1970. Une telle identification est néanmoins critiquable. Ainsi, il ressort des réflexions de M. L. Cornélis (105) que le critère de la volonté libre et consciente (arrêt du 10 avril 1970) se réfère, d'une part, à la faculté de discernement et, d'autre part, à l'absence d'un fait justificatif (légitime défense, état de nécessité, contrainte, ordre de la loi ou de l'autorité, erreur invincible), lequel a pour effet d'annihiler l'imputabilité de l'acte illicite à son auteur (106). L'arrêt de 1970 s'inscrit donc dans la ligne de la vision classique, laquelle semble précisément tenue en échec par l'arrêt du 22 septembre 1988. Enfin M^{me} G. Schamps estime que ces décisions étendent peut-être (cette solution semble en tout cas susciter certaines réserves dans le chef de l'auteur) à la violation d'une obligation légale déterminée l'exigence de prévisibilité du dommage (*infra* n° 8.2.2.1.) qui ne s'étendait jusqu'alors qu'aux obligations indéterminées (ou de moyens) (107).

Nous pensons pour notre part que la jurisprudence évoquée de la Cour de cassation ne procède peut-être pas d'une remise en cause de son enseignement classique mais relève d'une fine analyse de la notion d'obligation légale déterminée à laquelle, par ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion de se livrer. Relevons tout d'abord que la Cour rendit, le 22 septembre 1988, un autre arrêt (108) abordant également la question de la violation d'une obligation légale déterminée. Cet arrêt casse, rappelant à cette

(105) *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 14, 18-19 et 40.

(106) Voy. toutefois R.O. DALCQ (note précitée à la *R.C.J.B.* sous Cass., 22 septembre 1988, n° 5) qui semble estimer que le critère de la volonté libre et consciente, au sens de l'arrêt du 10 avril 1970, serait moins strict que le critère d'exonération tiré de l'erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité tel qu'il ressort d'un arrêt du 13 mai 1982 de la Cour de cassation (*R.C.J.B.*, 1984, p. 29, *J.T.*, 1982, p. 772).

(107) Note précitée à la *J.L.M.B.*, n° 6 à 8

(108) *Pas.*, 1989, I, 83.

occasion la doctrine classique évoquée (109), une décision au fond qui avait considéré comme non fautive la transgression de l'article 158sexies du Règlement général pour la protection du travail (imposant le port de la ceinture de sécurité pour les travailleurs exposés à un risque de chute d'une hauteur supérieure à deux mètres) en considérant que cette transgression n'allait pas à l'encontre d'un comportement normalement prudent et ne constituait que l'omission d'une précaution exceptionnelle. La décision prononcée sur renvoi (110) s'inscrit dans une vision que l'on pourrait qualifier d'« orthodoxe » puisqu'elle rappelle que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Les circonstances des deux espèces, semblables en ce qu'une obligation légale déterminée (faire l'aveu de la faillite dans le délai légal, porter la ceinture de sécurité) était dans chaque cas au centre du litige, différaient toutefois en ce que le comportement de soumission à l'obligation légale nécessitait dans le premier cas la mise en œuvre d'une appréciation délicate, au contraire de la seconde hypothèse où l'insoumission résultait à suffisance de la transgression matérielle de la règle. Effectivement, l'article 440 de la loi sur les faillites stipule l'obligation de déclarer la faillite dans les trois jours de l'état de cessation des paiements. Or, l'examen de la jurisprudence relative à la constatation de la cessation des paiements révèle à quel point l'appréciation est en la matière difficile, dépendant de l'examen de multiples paramètres variant souvent selon le cas d'espèce (111). Si besoin en était, cette difficulté se trouve en outre attestée par l'« habitude » (112) qu'ont les juges de faire remonter la date de cessation des paiements au maximum légal de six mois, mesure de prudence qui leur évite par ailleurs d'avoir à se livrer à cette subtile appréciation. Ainsi que l'énonce le Professeur Cornélis (113) : « Lorsque la loi au sens

(109) « Attendu que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de l'auteur à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme ».

(110) Bruxelles, 28 avril 1992 précité en sommaire et commenté par G. SCHAMPS pour la *J.L.M.B.* (*op. cit.*).

(111) Voy., par exemple, P. COPPENS & F. T'KINT, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 11-12.

(112) Selon l'expression des Prof. COPPENS & T'KINT, *ibid.*, n° 90, p. 490.

(113) *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 40, pp. 67-68.

matériel reconnaît une certaine liberté d'appréciation au sujet de droit (...) La simple constatation qu'un usage peut-être incorrect a été fait de cette liberté d'appréciation laissée à l'individu et, dès lors, que *la loi a été transgressée*, ne permet pas à elle seule de conclure à l'existence d'une faute aquilienne. Il faudra en outre démontrer que tout homme normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait aurait fait un autre usage de la liberté d'appréciation qui lui était laissée » (souligné par nous, voy. *infra*, n° 8.2.2.1. pour le renvoi à la notion de prévisibilité que l'emploi du concept d'« homme normalement prudent et raisonnable » implique notamment) (114). L'auteur cite, pour illustrer son propos, un arrêt du 8 avril 1983 de la Cour de cassation (115) où il fut décidé qu'une appréciation d'une députation permanente qui s'avéra illégale, en raison d'une décision contraire de l'autorité supérieure, ne pouvait être considérée comme nécessairement fautive au sens de l'article 1382 du Code civil (116).

En conclusion, c'est de l'analyse de l'obligation *a priori* déterminée que la loi impose que dépendra la détermination du caractère fautif d'une transgression qui, à cet égard, soit suffira par elle-même (violation d'une obligation légale déterminée n'impliquant pas la mise en œuvre d'une appréciation : application de la jurisprudence tirés des arrêts — précités — du 10 avril 1970 et du 13 mai 1982) soit devra s'accompagner de la démonstration de la prévisibilité du dommage (violation d'une obligation légale déterminée impliquant toutefois dans sa mise en œuvre une certaine appréciation : application de la jurisprudence issue notamment de l'arrêt du 22 septembre 1988 ayant eu à connaître de l'article 440 de la loi sur les faillites).

Les indications qui précèdent pourraient s'avérer précieuses, au regard de la mise en œuvre par l'administrateur d'obligations légales telles que, notamment, celles qui résultent de nos récentes législations relevant du droit financier. Ainsi par exemple, s'il est

(114) Notons toutefois que l'auteur ne tire pas les conséquences de sa propre doctrine quant aux faits ayant donné lieu à l'arrêt du 22 septembre 1988 (relatif à l'article 440 de la loi sur les faillites) puisque cette décision est citée (p. 66, note 3) comme s'inscrivant à l'encontre de l'enseignement tiré de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mai 1982 (précité).

(115) *Pas.*, I, 838.

(116) Cet arrêt est également évoqué par P. LEWALLE (*op. cit.*, pp. 15-16).

vrai que l'article 4 de l'Arrêté Royal du 18 septembre 1990 concernant l'obligation d'information occasionnelle incombant aux sociétés cotées (117) semble contenir une obligation de résultat (118), l'administrateur n'en demeure pas moins autorisé à faire prévaloir les intérêts légitimes de la société sur cette obligation (119).

Cette illustration nous permet de passer tout naturellement à l'analyse du premier élément subversif de notre schéma des conditions de mise en œuvre de la responsabilité aquilienne, à savoir la notion d'intérêt légitime. La linéarité de l'exposé nous a imposé de la ranger sous l'analyse de la violation de la norme générale de prudence mais la lecture de ce qui suit révélera que cette notion tend à se montrer rebelle à un champ exclusivement limité à la norme générale de prudence.

Un tout dernier mot toutefois quant à la violation d'une obligation légale. Il se peut que l'obligation en question ne s'impose pas à l'administrateur de la personne morale. Cette dernière précision est d'importance car elle fournit un argument supplémentaire permettant de justifier la solution dégagée par la Cour de cassation à propos de la violation de l'article 440 de la loi sur les faillites (voy. *infra*, n° 9).

(117) Plus précisément, cette disposition impose à la société de rendre immédiatement public tout fait ou décision dont elles ont connaissance et qui, s'il était rendu public, serait susceptible d'influencer de manière sensible le cours du titre.

(118) T. TILQUIN, « Occasionelle informatie... », *op. cit.*, p. 204.

(119) En ce sens (alors que le texte de la disposition visée se contente de prévoir que la Commission bancaire et financière peut dispenser la société concernée de la publication d'informations lorsque cette publication serait de nature à porter atteinte aux intérêts légitimes de la société) et pour la signification de cette notion d'« intérêts légitimes », qui en l'occurrence s'analyse essentiellement en un droit au secret qui rejoint le secret des affaires, laquelle ne se confond pas comme telle avec la notion d'intérêt social, voy. T. TILQUIN, *ibid.*, n° 20. Il faut donc se garder d'une vision trop littérale du texte de l'art. 4 précité car celui-ci suscite à tort l'impression que seule la Commission bancaire et financière serait maîtresse de l'appréciation de ce qui relève des intérêts légitimes de la société (voy. T. TILQUIN, *ibid.*, nos 16 et 17 pour le rôle de la Commission en la matière).

Sur ce que M. TILQUIN considère toutefois que la disposition évoquée ne créerait pas, à charge de l'administrateur, d'obligation susceptible d'entraîner sa responsabilité personnelle, voy. *infra*, n° 9.

8.2. — Méconnaissance de la norme générale de prudence

8.2.1. — L'intérêt légitime, notion subversive

L'intérêt, notion éminemment subversive (*infra* n° 8.2.1.1.), a vocation à gouverner la recevabilité de l'action en responsabilité aquilienne (*infra* n° 8.2.1.2.). On peut d'ailleurs se demander s'il ne pourrait constituer un substitut à l'illicéité relative (*infra* n° 8.2.1.3.).

8.2.1.1. — L'intérêt, notion subversive

Le Professeur Ost, dans le passionnant ouvrage qu'il consacre à la notion d'intérêt en droit (120), en démontre la caractère profondément subversif. Ainsi, l'intérêt est une notion fonctionnelle (121), qui, à l'opposé du concept de droit subjectif, ne se

(120) F. OST, *Droit et intérêt. Volume II. Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990. L'auteur envisage notamment : l'impossible partage entre droit subjectif et intérêt, la fonction créatrice exercée par l'intérêt (en droit de la responsabilité civile, dans le Code civil, à propos des groupements et personnes morales, dans le cadre de l'aide sociale, des droits de la personnalité et des droits sur le vivant) et la fonction limitative exercée par l'intérêt (abus de droit, intérêt commun et autre types d'intérêts modérateurs).

(121) F. OST, *ibid.*, not. pp. 12, 18 et 185. Pour une évocation de la doctrine fonctionnelle, à forte coloration sociologique, cons. l'ouvrage classique de G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, 3^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, not. pp. 40-41 : pour les tenants de cette doctrine, l'« invention du droit » (*rechtsvinding*, il ne s'agit pas de création pure du droit mais d'invention au sens de découverte de celui-ci ; l'expression *rechtsvinding* nous semble par ailleurs improprement traduite par celle d'interprétation du droit — voy. la traduction française du célèbre ouvrage de W. VAN GERVEN (*Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle, Standaard/Tjeenk Willink, 1973) où l'attention sur ce problème de traduction est attirée (*La politique du juge*, Bruxelles, Swinnen, 1983, p. 8) — car il s'agit essentiellement de partir à la découverte des fondements et principes à la base du droit) consiste avant tout à rechercher la solution visant à répondre à une situation particulière de la manière la plus appropriée s'inscrivant en conformité aux besoins de la vie en société et aux aspirations des individus eu égard aux « règles du jeu » sociétaire. La loi n'apparaît donc pas, dans cette orientation, comme une norme abstraite et obligatoire mais plutôt comme une méthode d'orientation pour le juge dans la recherche de la solution à procurer au cas concret. Parmi les partisans de cette analyse, M. WIARDA cite TER HEIDE, VAN SCHOORDIJK et le Prof. belge W. VAN GERVEN et sa monographie précitée. L'ouvrage de M. VAN GERVEN, contrairement à ce que laisse entendre M. WIARDA, n'est sans doute pas un plaidoyer unilatéral en vue d'une analyse fonctionnelle du droit mais il n'en demeure pas moins qu'il peut être rattaché à ce courant dans la mesure de l'insistance qu'il déploie (cf. son titre) à démontrer l'autonomie voire le pouvoir créateur du juge dans la sphère juridique (voy. *infra*, note 130).

laisse pas enfermer par une définition essentialiste (122) : il s'agit d'une notion paradoxale qui, comme telle, se montre rebelle aux classifications dichotomiques de la logique analytique (123). A l'inverse du droit subjectif, impliquant une préconstitution, l'intérêt ne prend consistance qu'à l'occasion du litige, ce qui lui confère un caractère d'imprévisibilité indéniable (124). D'autre part, à la méthode d'allocation des droits subjectifs (syllogisme, *Normgerechtigheit*, esprit de géométrie, hétéronomie du juge) s'oppose la méthode de la pesée des intérêts (balance, *Einzelfallgerechtigheit*, esprit de finesse, autonomie du juge) (125), sans que,

(122) F. OST, *ibid.*, not. pp. 12. et 185 (« Notion subversive, il introduit, tel un cheval de Troie, quelque chose du fait et du désir dans la forteresse juridique. A ce titre, il a souvent suscité la peur des juristes, soucieux de préserver la cohérence dogmatique du système dont ils ont la garde »). La notion fonctionnelle d'intérêt (concrète et relative) s'oppose en effet à la notion conceptuelle (abstraite et essentialiste) : voy. les explications de G.J. WIARDA, *ibid.*, spéc. pp. 32-33.

(123) F. OST, *ibid.*, p. 16. De manière plus générale, pour la constatation de ce que le droit repose sur un paradoxe fondamental (résultant de contradictions constantes entre formalisme et substantialisme, entre individualisme et altruisme), cons. l'ouvrage de G. TEUBNER (*Le droit : un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993, spéc. chapitre I^{er}). L'auteur y rappelle les nombreuses occurrences de circularité dans le raisonnement juridique, notamment celles résidant dans le *self-amendment* en droit constitutionnel, dans le précepte *equity must come with clean hands*, dans la technique du renvoi en droit des conflits de lois, dans l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », dans l'interprétation téléologique du droit et, *last but not least*, dans la constitution du concept d'intérêt de l'entreprise. Dans un même ordre d'idées, X. DIEUX (« L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisse de la raison finaliste en droit privé », *J.T.*, 1991, pp. 201 et suiv. et spéc. p. 206) a récemment fait observer que « Des finalités axiologiques contradictoires peuvent au demeurant être servies par une seule et même notion légale large, la variabilité de son contenu étant précisément tributaire d'un jugement de valeur à la hauteur de ces finalités » (souligné par nous). A titre d'illustration, l'auteur évoque la notion de bonne foi qui consacre des théories servant des finalités contradictoires telles que celles de l'« utile » (par la théorie de l'apparence) ou du « juste » (par la théorie de l'abus de droit) dans les relations juridiques.

(124) F. OST, *ibid.*, p. 39.

(125) F. OST, *ibid.*, not. pp. 13 et 183 (« (...) l'intérêt, à intensité variable, aux objets multiples et aux titulaires diffus, se prête aisément à tous les glissements de plan du fait au droit, de l'individuel au collectif, du privé au public, de l'éthique au politique ou de l'économique au juridique. Sous cet angle, l'intérêt apparaît comme le 'grand communicateur' de l'ordre juridique. Quelque chose comme l'« équivalent universel » — la monnaie du droit. Tout, d'une certaine façon, procède de l'intérêt et se ramène à lui. Du moins tout est-il comptabilisable en intérêt. Du reste, la méthode propre au traitement juridique de l'intérêt est bien celle du calcul, de la pesée ou de la balance. Pesée des intérêts, balance de la justice ». La méthode de la pesée des intérêts était déjà préconisée par F. GENY en 1919 : voy. la citation de cette auteur reproduite en p. 155).

cependant, l'un de ces modèles apparaisse exclusif de l'autre (126). En résumé, l'intérêt subvertit les caractères de

Pour l'évocation du passage d'un système se caractérisant par le syllogisme exégétique où le juge, hétéronome, n'est que la « bouche de la loi » (*Normgerechtigkeit* : justice fondée sur la norme, esprit de géométrie selon une expression reprise à PASCAL) vers un système de pesée fonctionnelle des intérêts où le juge apparaît comme largement autonome (*Einzelfallgerechtigkeit* : justice fondée sur le cas d'espèce, esprit de finesse selon le même PASCAL), voy. G.J. WIARDA, *ibid.*, pp. 32-38. Plus précisément cet auteur souligne le rôle qu'ont joué la doctrine (qui s'écarte de l'interprétation littérale pour s'orienter vers une *rechtsvinding* s'attachant à dégager les fondements et principes à la base du droit, rôle de la doctrine fonctionnelle, pp. 38-42), la jurisprudence (abandonnant l'interprétation littérale même en présence d'un texte clair — *adde* : sur la réalité de ce phénomène en Belgique, cons. M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13 et suiv. et, même auteur, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 291 et suiv. — et recourant de manière croissante à des notions vagues telles que celles de bonne foi ou d'acte illicite, pp. 42-50) et la législation récente (se caractérisant notamment par une véritable fuite vers les notions vagues, pp. 50-54) dans l'avènement d'une indéniable autonomie du juge.

Pour la constatation que le juge exerce aujourd'hui une activité autonome et à légitimité primaire : cons. P. MARTENS, « Rapport de synthèse », *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, Story-scientia, 1992, p. 267 et suiv. et spéc. pp. 283 et 284 (« Dès lors qu'entre juge et législateur s'établissent non plus des liens d'obéissance mais un rapport de complémentarité, d'interaction et de subordination réciproque, puisque la différence qui les sépare encore est que le législateur exerce spontanément un travail impersonnel, général et synthétique, tandis que le juge n'intervient que s'il est saisi pour accomplir une œuvre analytique, d'individualisation et de distribution, ne peut-on considérer qu'ils sont investis, chacun, d'une légitimité primaire et non dérivée ? (...) C'est au juge qu'il appartient, dans la zone ouverte entre la loi et son application, de faire office de 'législateur ad hoc' ») et pour une mise en garde contre les dangers qu'une trop grande autonomie du juge entraîne dans son sillage, voy. G.J. WIARDA, *ibid.*, pp. 97-104 (not. risques d'arbitraire, d'insécurité juridique, manque d'outillage du juge dans l'analyse des situations sociales par rapport au législateur, caractère inconciliable de l'image du juge-arbitre des intérêts avec le principe de la séparation des pouvoirs où le juge doit apparaître neutre et indépendant ; l'auteur évoque (p. 99) la superbe image du juge Holmes dénonçant la « tendency to think of judges as if they were independent mouthpieces of the Infinite and not simply directors of a force that comes from the source that gives them their authority ») et R. КРИТНОВ, « Naar een 'gouvernement des juges'... », *op. cit.*, spéc. pp. 64 et suiv. (réserves similaires).

(126) F. Ost, *ibid.*, p. 183 (« Entre les deux modèles, les traits contrastés sont de l'ordre de la différenciation et non de l'exclusion, dès lors du moins qu'on les détache du dogmatisme théorique et politique qui en a souvent nourri l'énoncé ». L'auteur, s'inspirant d'une étude de M. A. DE THEUX, évoque une intéressante catégorie de « droit-fonction discrétionnaire », en matière de licenciement abusif. Celle-ci procède d'une interpénétration entre les deux modèles puisque, d'une part, l'employeur ne peut faire prévaloir un droit pleinement discrétionnaire de

généralité, d'intemporalité, et d'abstraction de la règle de droit (127).

En cas de conflits entre intérêts, le critère de tri est tiré de la notion de légitimité (128). Il apparaît ainsi que l'intérêt entretient des rapports étroits avec la notion d'ordre public fonctionnel (ou de protection) car le titulaire d'intérêt est toujours amené à composer avec des intérêts rivaux (129). Il ressort de l'examen de la doctrine que la recherche de légitimité prend deux orientations principales par ailleurs non exclusives l'une de l'autre : la voie systémique (ou autoréférentielle ou encore faisant référence à la nature des choses) et la voie téléologique ou encore axiologique (130).

licencier (droit-fonction) mais que, d'autre part, « l'intérêt de l'entreprise » n'a pu « s'affranchir réellement de l'interprétation privilégiée qu'en donne l'employeur » (droit discrétionnaire).

(127) F. Ost, *ibid.*, not. pp. 13-14 (« L'intérêt semble (...) avoir partie liée avec la réalité ; une réalité diverse et variable qui, faisant irruption au creux des règles de droit, en subvertit les caractères d'abstraction, de généralité et d'intemporalité qu'on se plaît généralement à leur reconnaître »).

(128) F. Ost, *ibid.*, not. p. 185.

(129) F. Ost, *ibid.*, not. p. 18 (« L'intérêt privatif traduit (...) les nombreuses accointances qu'il entretient avec un ordre public fonctionnel, ordre public de protection représenté par l'activisme croissant du ministère public, organe de la loi. C'est que si le titulaire du droit subjectif dispose, en principe, d'une large maîtrise sur son droit, le porteur de l'intérêt est toujours amené, au moins potentiellement, à composer avec des intérêts rivaux dont il n'est jamais tout à fait affranchi »).

(130) Quant à la méthode systémique, voy. F. Ost & M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989 et, mêmes auteurs, « L'interprétation téléologique : un objectif clair et distinct ? », *Le recours aux objectifs de la loi dans son application. Travaux préparatoires*, Bruxelles, Story-scientia, 1990, pp. 303 et suiv. (la seconde étude constitue, en quelque sorte, une synthèse de la première. Elle retrace brièvement l'évolution de la doctrine belge en matière d'interprétation, partant de la période exégétique (not. F. LAURENT) ayant suscité la réaction sociologique des méthodes positives ou fonctionnelles (not. DE PAGE et CORNIL) pour aboutir, depuis 1945, à la pratique d'un indéniable éclectisme méthodologique. Celui-ci vise un dépassement et une conciliation des approches statique/dynamique, littérale/fonctionnelle au nom d'une méthode systémique dont la finalité réside dans le maintien de la cohérence du système juridique considéré (not. DUMON et PERELMAN). Dans l'optique du service de cette cohérence systémique, l'argument téléologique (référence à l'intention du législateur) ne constitue qu'un outil parmi d'autres. Le but de la loi est plutôt pensé dans la perspective systémique elle-même, comme en témoigne l'usage de la notion d'« effet utile », exprimant la volonté de faire produire à la règle un effet juridique compatible avec les normes situées à un niveau hiérarchique supérieur).

L'autoréférentialité (déjà évoquée *supra*, note 123) qui semble caractériser, dans une certaine mesure, l'approche systémique évoque par ailleurs une notion

Enfin, l'intérêt a beau être subversif, le droit ne peut toutefois pas s'en passer car son fondement réside dans la liberté d'ac-

de « nature des choses », sorte de droit naturel inhérent à une situation déterminée (not. GOLDSCHMIDT, cité par W. VAN GERVEN, « La politique du juge », *op. cit.*, p. 49, cf. le *situation sense* ou *immanent law* du cas concret de LLEWELLYN : W. VAN GERVEN, *ibid.*, pp. 65 et 73-74) ou encore sorte de force normative inhérente à la vie sociale (la réalité sociale se donnant comme un tout structuré en équilibre et produisant spontanément les normes qui le gouvernent) (GENY, évoqué par W. VAN GERVEN, *ibid.*, pp. 31 et 113).

L'intrication des approches téléologique et systémique a par ailleurs été soulignée par X. DIEUX (« L'application de la loi par référence à ses objectifs... », *op. cit.*). L'auteur souligne (p. 205) que l'approche systémique peut résulter en une téléologie herméneutique sélective (p. 203 : la portée de la norme peut être tribunaire du but poursuivi par l'ensemble des règles auquel elle appartient ou par l'institution à laquelle elle se rattache), laquelle permet de définir une priorité entre les objectifs. A notre avis, cette position se rapproche de la pratique de la motivation par référence à la nature des choses. Ainsi, la référence à l'esprit commun des finalités de l'ordre juridique permet d'apporter à chaque occurrence de conflit une solution « qui concorde avec les attentes ou anticipations légitimes de la raison commune à un moment déterminé de la vie en société et leur légitimité » ou encore qui correspond à une « idée supérieure d'équilibre et de proportionnalité entre les intérêts en présence » (X. DIEUX, *ibid.*, p. 206. La Cour de cassation elle-même se rallia au critère de proportionnalité que l'on vient d'évoquer en décidant (Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, 65) qu'« Entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui » : citée par L. SILANCE, « Arguments d'autorité et arguments de raison dans le droit des obligations », *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, pp. 177 et suiv. et spéc. p. 191). L'existence de cette raison commune supérieure, constituée, d'une part, d'une rationalité axiologique reposant sur une structure historique originale et particulariste (voy. JOSSERAND, cité par F. OST, *Droit et intérêt...*, *op. cit.*, p. 139 : « autour de la règle formelle, autour du droit écrit, vit et bouillonne tout un monde de principes, de directives et de standards ») et s'appuyant, d'autre part, sur une sorte de convivialité universelle (COING, cité par W. VAN GERVEN, *ibid.*, p. 39) explique que des finalités axiologiques contradictoires puissent être servies par une même notion (*supra* note 123 ; cet état de choses n'était pas ignoré de l'ancien droit : voy. E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, *op. cit.*, pp. 273 et suiv. et spéc. pp. 284-285 : la pratique des « brocards », dans l'ancien régime, servit e.a. à « révéler que parfois des principes opposés réglementent une même matière : les commentateurs rapprochaient souvent des principes contrastants pour essayer de les concilier, en 'brocardisant' ») puisque, en réalité, le fondement de ces notions se situe en dehors d'elles-mêmes (X. DIEUX, *ibid.*, p. 206. Voy. F. OST (*ibid.*, p. 141) à propos de la notion d'abus de droit : ce concept présente un caractère paradoxal car comment peut-on être à la fois « en droit » (faire usage de son droit) et « en tort » (usage abusif du droit) ? Ce paradoxe s'explique par l'esprit « sous-tendant tout droit subjectif qui ne trouve pas sa fin en lui-même. Cons. aussi SALEILLES (cité par W. VAN GERVEN, *ibid.*, p. 81) qui estime que l'origine du droit ne se trouve pas dans la loi mais dans une sorte de conscience populaire qu'il convient de décrypter au travers des relations sociales).

tion (131) et sa reconnaissance est assurée par la mise en œuvre des principes de la responsabilité civile (132).

W. VAN GERVEN (*ibid.*, pp. 59 et suiv.) observe par ailleurs que le mouvement axiologique (LASSWELL, MC DOUGAL) ou fonctionnel (CARDOZO) américain prend clairement position en faveur d'une implication active du juge dans la résolution de conflits de valeurs (par contraste avec d'autres doctrines posant que le juge, confronté à un conflit de valeurs, doit se refuser à statuer) : toute interprétation implique en effet un jugement de valeur ; le juge, en présence d'un conflit de valeurs, devra agir en se laissant gouverner par la considération de ce que commande le bien social. Dans un ordre voisin d'idées, C. PERELMAN (évoqué par W. VAN GERVEN, *ibid.*, pp. 95 et suiv.) préconise pour le juge confronté à un conflit de valeurs la pratique d'un dialogue dialectique à l'issue duquel la motivation de son jugement se présentera comme une argumentation recherchant l'assentiment social. Cette vision de l'office juridictionnel justifie le rejet du « phénomène Magnaud » (évoqué par W. VAN GERVEN, *ibid.*, pp. 83 et suiv.), du nom d'un obscur juge français (fin du XIX^e siècle et début du XX^e siècle) qui prétendit pouvoir se fonder sur son appréciation purement subjective dans la pratique de son office (il s'agit du juge totalement autonome, correspondant à l'image de l'Etat despotique décrit par MONTESQUIEU : voy. G.J. WIARDA, *ibid.*, p. 14 : « le juge est lui-même sa règle »). Une telle approche subjective — et arbitraire — de l'office du juge est unanimement rejetée aujourd'hui (on trouve régulièrement des traces de ce rejet dans la jurisprudence de notre Cour de cassation. Ainsi par arrêt du 15 octobre 1992 (*J.T.*, 1993, p. 226), la Cour a cassé une décision au fond dont la motivation était la suivante : « il doit être supposé (...) (...en fonction d'expériences personnelles du magistrat présidant le tribunal) que le 'premier intimé' (...) vu son caractère 'latin' (...) s'est cru, de façon toutefois inadmissible, autorisé à freiner brusquement pour 'embêter' le défendeur ». La Cour de cassation a estimé (extrait de la motivation) « qu'en statuant notamment 'en fonction d'expériences personnelles', le juge d'appel a violé les dispositions légales invoquées par les demandeurs » (il s'agissait des dispositions relatives à la charge de la preuve, au principe dispositif et au respect des droits de la défense)). G.J. WIARDA (*ibid.*, pp. 132 et suiv.) propose au juge, soucieux de ne pas verser dans le subjectivisme alors qu'il est confronté à une situation délicate ou inédite, d'appliquer une « méthode des comparaisons ». Cette méthode consiste pour le juge à comparer la situation qui lui est présentée avec d'autres situations factuellement proches où la solution pose moins de problèmes. Elle constitue, selon W. VAN GERVEN (*ibid.*, pp. 73-74), « un bon moyen de rechercher et de formuler, dans le choix de la règle adaptée, la 'Natur der Sache', l'immanent law' (n.d.l.r. : voy. *supra*) du cas concret ».

(131) F. OST, *ibid.*, p. 185 (« Le fondement de l'intérêt juridiquement pertinent peut sans doute être recherché du côté de la liberté. Une liberté d'action qui prétend être reconnue et protégée, sinon consacrée juridiquement. Cette reconnaissance implique un jugement pré-juridique de légitimité qui consacre, outre l'effectivité de la prétention formulée, son acceptabilité sociale »).

(132) F. OST, *ibid.*, pp. 185-186 (« Quant à la contrepartie de l'intérêt — la charge que sa reconnaissance impose dans le chef d'autrui — il est permis de la voir dans l'idée générale de responsabilité, ce dont atteste le rôle-moteur joué par les principes de la responsabilité civile (...) dans la dynamique de la reconnaissance des intérêts »).

8.2.1.2. — *Intérêt légitime et norme générale de prudence*

La légitimité de l'intérêt lésé est une condition de recevabilité de l'action en responsabilité aquilienne (133). L'intérêt légitime constitue à cet égard l'une des normes vagues, ou encore l'une des notions à contenu variable, de notre droit (134). Il évolue à ce titre avec l'ordre juridique auquel il appartient et correspond à une exigence, inhérente à l'époque, d'équité, d'honnêteté et de bienséance dans la conduite de la vie en société (135). L'illégitimité de l'intérêt, déterminant l'irrecevabilité de l'action en responsabilité, ne se limite pas à une appréciation au regard de l'ordre public. « La question relève de l'appréciation du juge du fond (...) Une situation illégitime, même si elle ne lèse que des intérêts privés, ne peut recevoir une consécration légale, même indirecte » (136). Il est vrai que, en raison d'une jurisprudence estampillant de plus en plus généreusement — surtout au regard des bonnes mœurs — l'intérêt lésé du sceau de légitimité (137), l'on n'est plus guère accoutumé à concevoir l'intérêt légitime comme posant une limite dans la mise en œuvre de l'action en

(133) J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, op. cit., spéc. n^{os} 34 et 35.

(134) J. RONSE, *ibid.*, n^o 35. Sur les notions à contenu variable, cons. plus spécialement l'ouvrage publié sous la direction de C. PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de Recherche de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1984 et la synthèse de M. Perelman aux pp. 363 et suiv.

(135) J. RONSE, *ibid.*

(136) R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, n^o 2922.

(137) La question de savoir si l'action en responsabilité peut être fondée non pas nécessairement sur l'atteinte portée à un droit mais aussi sur la lésion d'un intérêt légitime a fait l'objet d'une controverse en Belgique, laquelle s'est résolue en faveur de l'intérêt légitime (J. DABIN s'illustra dans la défense de la thèse adverse : voy. sa note « Les notions d'intérêt légitime » et de « lésion de droit » dans la réparation des dommages » sous Gand, 11 février 1956, *R.C.J.B.*, 1957, pp. 8 et suiv. Pour une critique de la pensée de J. DABIN, cons. F. OST, *ibid.*, pp. 53 et suiv.). Voy. not. Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, I, 25 (intérêt légitime du frère qui formait un ménage commun avec la victime, sa sœur) ; Cass., 2 mai 1955, *Pas.*, I, 950 et 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 1 (intérêt légitime issu de la perte d'un avantage accordé à titre bénévole mais dont le demandeur jouissait de manière stable) ; Cass., 17 juin 1975, *Pas.*, I, 999 (commune se plaignant d'une entrave à la circulation sur une place ou une voie publique. Voy. les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles sous cet arrêt) ; Cass., 1^{er} février 1989, *Pas.*, I, 582 (le concubin peut obtenir réparation du préjudice moral issu du décès de sa concubine adultère sans que le responsable de ce décès puisse lui opposer le caractère illicite des relations entretenues entre les concubins) et Cass., 15 février 1990, *R.G.A.R.*, 1990, n^o 11658 (partie civile en situation de concubinage adultère).

responsabilité quasi-délictuelle. Il n'en demeure pas moins que cette notion peut tout à fait « légitimement » prétendre exercer un rôle de filtrage des actions en responsabilité aquilienne fondées sur la violation de la norme générale de prudence. Ainsi, M. X. Dieux (138), s'appuyant sur des considérations rejoignant ce qui vient d'être rappelé à propos de l'intérêt en général (*supra* n^o 8.2.1.1.), énonce que la notion de faute aquilienne « a de tout temps requis de la part du juge une recherche de la norme de comportement dans les impératifs 'métajuridiques' de la morale sociale, lorsque la faute ne se réduit pas à une obligation expressément imposée par la loi ». En outre M. L. Cornélis (139) fait observer que la faute aquilienne revêt toujours un caractère relatif en ce qu'un même comportement, considéré comme fautif lors d'un litige, pourra fort bien, à l'occasion d'une espèce ultérieure, ne plus être considéré comme revêtant ce caractère. M. Cornélis se réfère à cet égard aux circonstances de l'espèce. Il ne nous semble pas douteux que des considérations liées aux intérêts en présence figurent immanquablement au nombre de ces circonstances. Enfin, il n'est pas sans... intérêt de relever que la récente définition néerlandaise de l'acte illicite, issue de l'article 6:162 NBW, indique que le caractère aquilien est notamment acquis au comportement qui s'inscrit en violation « met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt » (souligné par nous) (140). Les finalités d'ordre systémique et/ou axiologique, évoquées ci-avant, doivent dès lors pouvoir s'exprimer au travers de la notion d'intérêt légitime déterminant la recevabilité de l'action en responsabilité aquilienne.

(138) « L'application de la loi par référence à ses objectifs... », op. cit., p. 205.

(139) *Principes du droit belge...*, op. cit., n^o 21, p. 42.

(140) Rappelons que la définition de l'acte illicite par l'art. 6:162 NBW peut être comparée à nos définitions de la faute aquilienne sans que des considérations inhérentes à l'illicéité relative, présente aux Pays-Bas mais absente en nos régions, puissent engendrer une quelconque réticence à cet égard. Effectivement, la relativité aquilienne résulte de l'art. 6:163 (possibilité pour le défendeur de prouver que la norme violée ne visait pas à protéger contre le dommage tel que le préjudice l'a encouru) et non pas de l'art. 6:162 (*supra* note 21). Pour l'observation de ce que le « droit non écrit » visé au texte — précité — de l'art. 6:162 se réfère à des normes non écrites variant éventuellement suivant le type de responsabilité considéré, voy. C.H.M. JANSEN, *Onrechtmatige daad 6.3.*, Art. 6:162, lid 2, Kluwer, Deventer (1991), n^o 86.

S'inscrivant dans cette perspective, X. Dieux a tout récemment proposé, dans le contexte des groupes de contrats (141), d'utiliser la notion d'intérêt légitime pour circonscrire la portée du recours aquilien que pourrait tenter un contractant extrême contre l'autre. Ainsi par exemple, si le contrat du débiteur actionné contenait une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, « rien n'interdit *a priori* au juge de décider, en fonction des circonstances, que l'expectative créée chez le créancier par l'intervention du sous-débiteur n'est 'légitime' que dans les 'limites' du contrat conclu entre ce dernier et le débiteur intermédiaire » (142).

Quant à la fécondité possible d'une analyse en termes d'intérêt légitime dans la matière de la responsabilité aquilienne de l'administrateur, une espèce, déjà abondamment commentée (143), jugée le 15 mars 1991 par la cour d'appel de Bruxelles nous semble exemplaire. Des candidats-acquéreurs de titres, frustrés à la suite d'un refus d'agrément, avaient agi en responsabilité aquilienne contre la société dont ils avaient projeté d'acquérir les titres, en invoquant la faute de la société dans la mise en œuvre d'une clause d'agrément qui n'aurait pas été utilisée en vue de servir l'intérêt de la société mais en vue d'éviter que la responsabilité des administrateurs ne soit ultérieurement engagée à

(141) « Les chaînes et groupes de contrats... », *op. cit.*, n° 11.

(142) Prendre position sur la construction proposée par l'auteur sortirait du propos de cette étude. Signalons simplement que celle-ci suppose préalablement que la Cour de cassation soit effectivement revenue sur sa jurisprudence inaugurée en 1973 et posant l'assimilation de l'agent d'exécution au contractant pour l'application des principes régissant le cumul des responsabilités contractuelle et quasi-délictuelle (*supra*, n° 5.3. et les doutes que nous exprimons à cet égard). Ensuite, il est probable que d'aucuns reprocheront à l'auteur de méconnaître le principe de la relativité des conventions tiré de l'art. 1165 du Code civil. L'auteur répond d'ailleurs à cet argument en prétendant que sa construction demeure dans les limites de l'effet externe (opposabilité) de la convention dont les tiers doivent tenir compte. Sur l'opposabilité des contrats, cons. M. FONTAINE, « Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats », *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 40 et suiv.

(143) T. TILQUIN, « Bevoegdheidsafwending door de raad van bestuur en sanctionering van een intentie », note sous Bruxelles, 15 mars 1991, *T.R.V.*, 1992, pp. 261 et suiv. ; nos observations sous la même décision, « Sanction, au profit de tiers, de l'application d'une clause d'agrément discrétionnaire sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.P.S.*, 1992, n° 6610, pp. 233 et suiv. ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme. Principes et sanctions », *Rev. U.L.B.*, 1992/2, pp. 63 et suiv. et spéc. n° 11 ; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 96 et 104.

l'égard des cédants en raison de la plus-value dont ils auraient été privés à l'occasion de l'O.P.A. ultérieurement lancée. En conséquence de cette faute, nécessairement aquilienne à leur égard en ce que ceux-ci n'étaient jamais devenus des associés, les cessionnaires éconduits demandaient que leur soit versée, à titre de dédommagement, la différence entre le prix de cession projeté et celui qui fut offert à l'occasion de l'O.P.A. évoquée. En l'espèce, la cour décida d'accueillir l'action des cessionnaires évincés. Cette décision est unanimement critiquée (pour la critique au regard du lien de causalité, inexistant en l'espèce, voy. *infra*, n° 10, note 237). L'on se contentera ici de quelques précisions au regard des notions d'intérêt social et d'intérêt légitime.

L'intérêt social, comme tout intérêt, exerce pleinement son pouvoir subversif en droit des sociétés. On sait les controverses dont cette notion fait l'objet, certains y voyant un concept correspondant à l'intérêt de l'entreprise au sens large (englobant non seulement l'intérêt des associés mais aussi ceux des créanciers, des travailleurs, de la région etc.), d'autres entendant le limiter au seul intérêt des associés éventuellement inscrit dans le long terme (144). On peut néanmoins se demander s'il importe vraiment de prendre parti dans cette controverse après ce qui vient d'être dit à propos de la variabilité et de l'adaptabilité possibles

(144) Pour un ample exposé des termes de cette controverse, voy. X. DIEUX, « La société anonyme — armature juridique de l'entreprise ou 'produit financier' ? », *Het vernieuwd juridisch kader van de onderneming : financieel, vennootschaps — en boekhoudrecht*, Brugge, Die keure, 1993, également *Acte des XIVèmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve, 1992. *Adde* Dans le contexte de cette controverse, il est intéressant d'évoquer l'opinion qui a été exprimée dans la codification officielle fondamentale — et attendue de fort longue date — que vient d'achever l'*American Law Institute* à propos des *Principles of corporate governance* (en cours de publication, actuellement disponible sous forme de *final draft*, A.L.I., 1992, voy. § 2.01, Reporter's note, n° 8) : évoquant les *other constituencies statutes* (édités dans de nombreux Etats, surtout en réaction contre l'inquiétude suscitée par une vague d'O.P.A. agressives, pour permettre aux administrateurs de prendre en compte les intérêts des travailleurs, des fournisseurs, des clients, de la communauté etc. dans la considération de ce qui relève des *best interests of the corporation*) : « The Committee on Corporate Laws concluded : The Committee believes that the better interpretation of these statutes... is that they confirm what the common law has been : directors may take into account the interests of other constituencies but only as and to the extent that the directors are acting in the best interests, long as well as short term, of the shareholders and the corporation ».

de l'intérêt en fonction des circonstances de l'espèce (145). Dès lors, une même juridiction pourrait faire prévaloir une conception large ou étroite de la notion d'intérêt social dès lors qu'elle aura été persuadée de l'adéquation de l'une ou l'autre formule aux circonstances de la cause. D'autre part, il est frappant de constater à quel point les conceptions des tenants de l'une ou l'autre thèse peuvent en réalité se rapprocher étrangement. Ainsi, par exemple, M. T. Tilquin considère que la notion d'intérêt social, comme concept de gestion, ne peut susciter de responsabilité des administrateurs qu'envers la société (les dirigeants ne devant rendre compte de leur gestion qu'à l'assemblée générale) et non envers les tiers. Néanmoins, ajoute-t-il, le principe de la bonne foi exige des administrateurs qu'ils tiennent compte des intérêts des tiers (146). D'autre part, MM. Van Ommeslaghe et Dieux (147), prenant par contre parti pour une conception large de l'intérêt social rejoignant l'intérêt de l'entreprise, estiment que cette conception prend appui sur... « le principe de la bonne foi, en tant que celui-ci commande le respect des attentes légitimes créées dans le chef d'autrui ». Il n'est donc pas étonnant de voir qu'en ce qui concerne l'espèce précitée, ces deux auteurs joignent leurs critiques au concert unanime et ce y-compris à propos de l'intérêt social. Si, précisent MM. Van Ommeslaghe et Dieux, « le conseil d'administration exprime, à l'appui de sa décision de refuser l'agrément, une motivation étrangère à l'intérêt social, il ne peut automatiquement s'en déduire que le refus est effectivement contraire à cet intérêt social (...) De même, du fait que (...) les administrateurs avaient en l'espèce failli à un devoir d'information 'du marché', il ne résultait pas nécessairement que

(145) En ce sens, à première vue : T. TILQUIN, « La société privée... », *op. cit.*, n° 21 (iii) : « (...) l'évolution récente fait apparaître qu'il (n.d.l.r. : l'intérêt social) ne s'agit ni de la synthèse des intérêts des associés, ni de la synthèse des intérêts de l'entreprise, mais d'un équilibre mouvant d'intérêts homogènes, voire 'hétérogènes' qui entourent la société ». M. Tilquin ne procure toutefois pas à la « mouvance » qu'il évoque le sens que nous lui donnons au texte : la mouvance de l'équilibre qu'il conçoit semblant être avant tout le fruit de l'intervention du législateur. Il faut cependant souligner que le passage que nous avons reproduit ne vise l'intérêt social qu'en ce qu'il vise la structure d'un groupement personnalisé. Il n'est dès lors pas étonnant que cet auteur prenne parti pour une conception restrictive de l'intérêt social lorsqu'il en vient à appréhender cette notion en tant que concept de gestion (n° 35, dont question *infra*, au texte).

(146) « La société privée... », *op. cit.*, n° 36.

(147) « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 125.

le refus d'agrément était contraire à l'intérêt de la société, même en assimilant celui-ci à l'intérêt de la généralité des actionnaires » (148). En s'exprimant de la sorte, ces auteurs n'ont-ils pas mis en évidence que la notion d'intérêt social aurait dû être concrétisée *in casu*, en veillant à indiquer soigneusement en quoi les intérêts des tiers auraient justifié la protection de l'article 1382 du Code civil ?

Ces considérations nous amènent à nous pencher sur la légitimité de l'intérêt des tiers agissant en l'espèce. Cette condition de légitimité n'était pas, à notre avis, remplie. Effectivement, nous avons déjà eu l'occasion de relever (149) que le refus d'agrément du conseil d'administration pouvait s'analyser en une sorte de rétablissement acrobatique visant à expurger le caractère fautif de son comportement vis-à-vis des associés (en raison du manque d'informations dont ils furent les victimes). Or les tiers ne pouvaient espérer qu'en la seconde alternative de comportement possible du conseil d'administration, à savoir la persistance dans la faute à l'égard des actionnaires par l'agrément des cessions projetées. Usant de la méthode des comparaisons (voy. *supra*, note 130), nous avons montré que l'espoir déçu en la persistance d'un comportement fautif n'est certes pas en soi source de responsabilité aquilienne.

8.2.1.3. — *Intérêt légitime et obligation imposée par la loi : panacée à l'absence d'illicéité relative ?*

Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer (*supra* n° 5.2.) que notre droit ne connaît pas le principe de la relativité aquilienne. L'on enseigne que cette particularité exclut *a priori* que le bénéfice de l'action en responsabilité aquilienne contre l'administrateur d'une personne morale puisse être réservé à certains tiers (150). Les développements qui précèdent révèlent que cette affirmation est trop absolue. Effectivement, l'appréciation de la légitimité de l'intérêt lésé doit être admise au regard de la violation de la norme générale de prudence qui s'impose à chacun (*supra* n° 8.2.1.2.). Mais qu'en est-il si la faute alléguée résulte de

(148) *Ibid.*, n° 104.

(149) Nos observations précitées sous Bruxelles, 15 mars 1991, n° 7.

(150) J. VAN RYN & X. DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, p. 110 ; X. DIEUX, « La divulgation d'informations... », *op. cit.*, pp. 111-112.

la violation d'une obligation légale ? MM. J. Ronse (151) et L. Cornélis (152) ont souligné l'inutilité de cette théorie eu égard aux besoins auxquels elle prétend répondre. Le premier auteur cité observe que les solutions équitables obtenues à l'étranger à l'aide de la relativité aquilienne pourraient tout aussi bien être atteintes chez nous par une appréciation mettant en avant l'absence de faute (153) ou de lien de causalité. Quant à M. Cornélis, sa conviction implicite de l'inutilité de cette théorie s'exprime par une illustration tirée de la violation d'une norme déontologique présentant le caractère d'une loi au sens matériel du terme (154). Au sens de cet auteur, il aurait suffi de se poser la question de savoir si la partie agissante avait subi, ensuite de la violation avérée, un « dommage portant atteinte à un de ses intérêts légitimes » pour écarter le recours en responsabilité (155). L'expression précitée du Professeur Cornélis est toutefois ambiguë. A-t-il entendu introduire un jugement portant sur la légitimité de l'intérêt invoqué alors que l'on se trouve confronté à la violation d'une disposition légale ? Rien n'est moins sûr en raison du clair rejet par cet auteur de la théorie de l'illicéité relative. L'adoption, par ailleurs non réclamée, d'une telle théorie en Belgique ne nous semble pas non plus souhaitable en raison de la casuistique abstruse à laquelle elle semble donner lieu dans les pays qui la connaissent (156). Il reste qu'il ne faudrait pas se voi-

(151) *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, n° 21.

(152) *Supra*, note 25. Également dans le sens de l'inutilité de la réception, par le droit belge, de la théorie de la relativité aquilienne : D.-M. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne », *Mélanges R.O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 467 et suiv.

(153) *Voy. supra*, n° 8.1. pour les nuances qu'il s'agit d'apporter à l'affirmation selon laquelle la violation d'une obligation légale serait automatiquement fautive.

(154) Il s'agit de la norme obligeant l'avocat à s'abstenir, hors les cas d'urgence, de toute intervention pour le compte de son client aussi longtemps que ce dernier n'aura pas acquitté les frais et honoraires réclamés par son précédent conseil. En l'occurrence, l'auteur désapprouve la doctrine qui, en présence d'une violation de cette norme, dénie, à la partie adverse contre laquelle une condamnation aurait, ensuite de cette violation, été obtenue « plus rapidement », la possibilité d'un recours en responsabilité au motif que la règle envisagée ne protégerait que les intérêts professionnels des avocats.

(155) En l'espèce en effet, le demandeur ne pourrait se plaindre que d'un préjudice issu d'une condamnation précoce. Or, par hypothèse, la condamnation elle-même est, tôt ou tard, inévitable. Quant à son caractère précoce, sa seule incidence est que le demandeur aurait en réalité moins d'intérêts de retard à payer.

(156) *Cons.* pour s'en convaincre la thèse, précitée, de G.H. LANKHORST.

ler la face. Dans un système juridique désormais largement acquis aux principes de l'interprétation téléologique de la norme (157), l'on ne peut s'empêcher de raisonner par référence au cercle des intérêts que le législateur a entendu protéger (158). D'autre part, le Professeur Van Ryn n'a-t-il pas présenté l'intérêt légitime comme une tentative de fixer la « limite des droits » ? (159). L'appréciation de la légitimité de l'intérêt lésé conserve en tout cas une importance indéniable en présence d'un *conflit de droits* qu'il s'agit de résoudre (160).

8.2.2. — *L'appréciation de la faute*

8.2.2.1. — *La prévisibilité, notion subversive*

L'engagement de la responsabilité aquilienne de l'administrateur d'une personne morale suppose, ainsi qu'il est de règle (*voy. supra*, n° 8.1.) pour toute responsabilité de nature quasi-délictuelle, que le demandeur démontre que le dommage subi était prévisible (161). Bien entendu, « il ne suffit pas qu'un dommage soit prévisible pour qu'il y ait nécessairement faute » (162).

(157) *Voy.* G.H. LANKHORST (*op. cit.*, pp. 117 et suiv.) pour qui la relativité aquilienne se résume essentiellement en une détermination des intérêts protégés à l'aide d'une interprétation téléologique (qui devrait, selon l'auteur, combiner les approches subjective (volonté historique du législateur) et objective (le but de la loi étant susceptible d'être « adapté » eu égard aux évolutions de la morale sociale)) de la norme envisagée.

(158) Est révélateur à cet égard un passage d'une étude de X. DIEUX (« La divulgation d'informations... », *op. cit.*, n° 15, pp. 111-112) où l'auteur évoque l'éventualité de la responsabilité de l'administrateur en conséquence de la violation d'une obligation légale d'information ne figurant pas dans les L.C.S.C. : « En ce domaine au demeurant, la tâche de l'interprète sera souvent facilitée par la circonstance que les obligations d'informations découlant de la loi comportent, de manière expresse ou implicite, une extension au bénéfice des tiers auxquels l'information est due, des devoirs incombant aux administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions (...) ». Toutefois, l'auteur ajoute, comme à regret : « (...) même si cette indication n'exclut pas en soi que d'autres tiers puissent se prévaloir le cas échéant du manquement reproché aux administrateurs (...) puisque notre droit ne reconnaît pas la théorie de l'illicéité relative ou de la relativité aquilienne ».

(159) Note sous Bruxelles, 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 123, citée par F. Ostr, *Droit et intérêt*, *op. cit.*, p. 52.

(160) *Voy.* F. Ostr, *ibid.*, pp. 58-59 (évoquant la théorie des troubles de voisinage, laquelle a été envisagée par certains en termes de conflit de droits).

(161) Pour le rappel de ce principe à propos de la responsabilité des administrateurs de sociétés, *voy.* J. VAN RYN et X. DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, p. 102.

(162) R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, p. 611, n° 9.

Selon nous, il résulte d'une excellente étude, élaborée récemment par M^{me} G. Schamps (163), que la notion de prévisibilité du dommage figure également parmi les éléments subversifs de notre droit de la responsabilité civile. Effectivement, il s'avère que cette notion joue, à l'instar de l'« intérêt légitime » évoqué précédemment, le rôle d'une sorte de « grand communicateur » se jouant des cloisonnements que notre esprit cartésien impose dans la description de ces éléments constitutifs de la responsabilité aquilienne que constituent la faute et le lien de causalité.

Ainsi quant à la faute, M^{me} Schamps fait observer que la mise en œuvre de cette notion tend à introduire une certaine personnalisation du critère, pourtant abstrait en principe (164), du « bon père de famille », lequel critère constitue, la chose est bien connue, le standard de comparaison qui permettra au juge de se prononcer quant au caractère ou non fautif du comportement qu'il lui est demandé d'apprécier. Plus précisément, à l'encontre de ce que commande l'abstraction de la référence au bon père de famille, l'examen de la jurisprudence révèle que les supériorités physiques ou intellectuelles de l'auteur du comportement prétendu fautif sont bel et bien prises en considération. Dans le domaine, qui nous intéresse, des responsabilités professionnelles, la nature de l'activité exercée et le niveau de spécialisation sont ainsi déterminants. La prévisibilité sera donc appréciée au regard de l'« alter ego de la même spécialité ou du même niveau ». « Cette concrétisation, observe M^{me} Schamps, n'est pas nécessairement favorable à l'agent car son comportement devra correspondre au degré d'aptitude qu'il possède et sera donc plus sévèrement

(163) « La prévisibilité du dommage en matière de responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*

(164) G. SCHAMPS, *op. cit.*, n° 6 (« Il convient donc de comparer la conduite de l'auteur du préjudice avec celle qu'aurait adoptée un type d'homme abstrait, le bon père de famille, transposé dans des circonstances de fait similaires appréciées concrètement. Il ne s'agit donc pas d'un surhomme mais de l'homme moyen, 'normal, avec ses imperfections et ses limites, qui sont propres au commun des mortels' »).

Il est généralement enseigné par les auteurs que l'appréciation concrète est restreinte aux seules circonstances externes qui ont entouré l'agent, celles qui se rapportent à la région, au milieu, à l'époque, aux circonstances atmosphériques, à la classe sociale, aux habitudes sociales, par opposition aux éléments subjectifs, propres à l'individu. Ceux-ci, tels que l'âge, le sexe, l'intelligence, les aptitudes personnelles, l'instruction ne sont en principe pas pertinents » (notes omises).

apprécié » (165). Il est à cet égard intéressant de relever que « le juge est parfois tenté de s'identifier au type d'abstrait de référence. Il se demandera ce que lui-même aurait fait à la place de l'agent. S'il s'appuie au contraire sur les qualités personnelles énoncées (166), il s'efforcera de se distancer de cette identification et donc de sa propre appréciation subjective » (167).

Quant au lien de causalité (plus précisément envisagé *infra*, n° 10) d'autre part, G. Schamps montre, par une analyse jurisprudentielle extrêmement convaincante, que, en dépit de l'attachement de principe du droit belge à la théorie de l'équivalence des conditions, un nombre appréciable de décisions appliquent un principe de causalité adéquate, lequel traduit la mise en œuvre d'un concept soit objectif (168) soit subjectif (169) de prévisibilité (170).

(165) G. SCHAMPS, *ibid.*, n° 7. Pour cette constatation également, en droit suisse et en droit comparé, voy. P. GAUCH, « Der vernünftige Mensch — Ein Bild aus dem Obligationenrecht », *L'image de l'homme en droit*, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg, Editions universitaires, 1990, pp. 177 et suiv. et spéc. pp. 195-196 : « Obwohl man die 'Normalperson' auf die es bei diesem 'reasonable man test' ankommt, richtigerweise in den Alters-, Berufs- und Verkehrskreis des Schädigers versetzt und derart 'konkretisiert', bedeutet die Objektivierung, dass die Verschuldensform der (privatrechtlichen) Fahrlässigkeit keinen persönlichen Schuldvorwurf mehr enthält, der gerade auf den fraglichen Schädiger abzielt. Damit entsteht das Paradoxum eines 'Verschuldenshaftung ohne Verschulden' » (souligné par l'auteur qui fait référence à R.L. RABIN, « Fault became a judgment about the risk, rather than about the responsibility of the individual who created the risk », souligné par nous).

(166) N.d.l.r. : ce qui est le cas, comme on vient de le relever, dans le domaine des responsabilités professionnelles.

(167) G. SCHAMPS, *ibid.*, n° 11. Rappelons au passage que l'appréciation subjective dont question ne peut toutefois pas s'analyser en une appréciation purement subjective du juge (voy. *supra*, n° 8.2.1.1. et la note 130).

(168) Selon cette conception, « ne sont retenues comme causes du dommage que celles qui renferment en elles-mêmes la possibilité objective de produire normalement, d'après le cours naturel des choses, le résultat préjudiciable » (G. SCHAMPS, *op. cit.*, n° 13).

(169) En vertu de cette approche, « est considérée comme cause, l'acte dont l'agent devait ou pouvait prévoir les effets dommageables tels qu'ils se sont réalisés » (G. SCHAMPS, *ibid.*). Comp. la jurisprudence évoquée *supra*, n° 8.1.

(170) Ce sont d'ailleurs des considérations liées aux critiques que fait surgir à son endroit la théorie de l'équivalence des conditions qui amènent M. L. CORNÉLIS (*Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 27) à proposer que le critère de prévisibilité du dommage soit élevé au rang d'une condition spécifique de la responsabilité aquilienne : « la théorie de l'équivalence des conditions généralement suivie en Belgique suppose qu'une fois la faute établie, le dommage même imprévisible doit être indemnisé, pourvu qu'un lien causal existe entre la faute et le dommage.

L'administrateur étant un professionnel (personnalisation du standard du bon père de famille) officiant dans le cadre d'une entreprise souvent complexe et susceptible, de ce chef, d'engendrer un réseau de faits causals multiples, il est clair que la notion de prévisibilité concerne tout particulièrement, dans son aspect subversif, la mise en œuvre de sa responsabilité. Elle révèle à quel point l'appréciation du juge devra, en cette matière, être empreinte d'une prudence toute spéciale.

8.2.2.2. — *Appréciation a priori*

Cette exigence n'est en quelque sorte qu'une variation sur le thème de la précédente. Une appréciation correcte de la prévisibilité du dommage suppose que l'on se place dans des circonstances de fait identiques à celles dans lesquelles se trouvait placé le défendeur en responsabilité car il est souvent « aisé de déterminer *a posteriori* comment le dommage a pu être occasionné et de quelle manière il aurait pu être évité » (171). Cette observation est, bien sûr, particulièrement pertinente en ce qui concerne les responsabilités potentiellement encourues par l'administrateur d'une société, spécialement lorsque celle-ci se trouve en situation déficitaire. Ceci explique sans doute pourquoi l'accent est souvent mis sur cette composante de l'appréciation de la faute dans la matière de la responsabilité des administrateurs de sociétés (172).

Parce qu'elle a vocation à étendre largement le champ d'application de la responsabilité, cette théorie peut mener à des conséquences jugées inacceptables.

En considérant le caractère prévisible d'un dommage comme une condition de la responsabilité, on parvient à contourner le problème du 'dommage imprévisible' rencontré dans tous les systèmes juridiques, en l'appréciant non au niveau de la causalité mais au niveau de la faute. Il n'y a donc pas de faute lorsque l'on constate qu'un homme normalement prudent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances de fait, n'aurait pas prévu que la comportement incriminé aurait une conséquence dommageable. Sur les liens très perceptibles qu'entretiennent en droit suisse les notions de prévisibilité du dommage et de causalité adéquate, voy. P. GAUCH, *op. cit.*, p. 198.

(171) L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, p. 41. Voy. aussi R.O DALCQ, *Traité de la responsabilité...*, *op. cit.*, 1967, n^{os} 314 et suiv. et spéc. n^o 318 (pour la relation d'une espèce amusante où il faut jugé que la tenue par la voie de presse de propos excessifs et fantaisistes, au ton acerbe, émaillé de plaisanteries d'un goût douteux et d'insinuations méchantes ne pouvait être retenue comme dommageable en des circonstances de période électorale).

(172) Récemment, voy. not. Liège, 29 octobre 1991, *R.P.S.*, 1992, n^o 6600, spéc. p. 123 (« Que pour apprécier la faute éventuelle d'un gérant de société, il importe de tenir compte 'des réalités de la vie des affaires et du mode de fonc-

8.2.2.3. — *Appréciation marginale ?*

A dater de la parution (en 1977) de l'étude du regretté Professeur J. Ronse sur l'appréciation marginale en droit privé (173), il est petit à petit devenu un lieu commun d'affirmer que le comportement de l'administrateur dont la responsabilité est recherchée doit être apprécié de manière « marginale » (174). Seules quelques voix discordantes se sont élevées dernièrement. Ainsi, quant à la matière de la responsabilité des administrateurs, MM. C. Parmentier (175) et S. Van Crombrugge (176) ont estimé que le critère de l'appréciation marginale n'apportait rien d'autre que, peut-être, une reformulation du critère classique de la faute en droit de la responsabilité civile. Plus généralement à propos des responsabilités professionnelles, M. Cornélis (177) considère que la notion d'appréciation marginale est étrangère à ces hypothèses, lesquelles sont appréhendées de manière satisfaisante par l'« application correcte des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

Nous pensons pouvoir joindre notre voix à celle des derniers auteurs cités. L'analyse de la signification de la notion d'appréciation marginale révèle que celle-ci est en réalité étrangère à la matière de la responsabilité aquilienne des administrateurs et la prudence que manifestent les juges dans la rétention de cette responsabilité s'explique par d'autres raisons.

tionnement usuel des entreprises' et tenter de se placer 'dans les circonstances de temps et de lieu où se sont produits les faits critiqués, sans céder à la tentation de les juger *a posteriori* à la lumière d'éléments d'information et d'appréciation dont ne pouvaient disposer ceux qui avaient à prendre leurs difficiles décisions', citant MM. J. VAN RYN & P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, n^o 62 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n^o 5.

(173) J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et suiv. Voy. également, du même auteur : « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », *La motivation des décisions de justice*, Travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 403 et suiv.

(174) Voy. not. J. RONSE & J. LIEVENS, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n^o 10 ; J. VAN RYN & X. DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, p. 102 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n^o 5 ; T. TILQUIN, « Occasionelle informatie... », *op. cit.*, n^o 25 ; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n^o 128.

(175) *Op. cit.*, n^o 6.

(176) *Op. cit.*, n^o 16.

(177) *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n^o 36, pp. 59-60.

La notion d'appréciation marginale est étrangère à la matière de la responsabilité aquilienne des administrateurs de sociétés

Ainsi que le rappelle M. Ronse, la notion de *marginale toetsing* est issue du droit administratif néerlandais où elle fut élaborée en vue de préciser la portée de l'intervention du juge confronté à une action en responsabilité contre la puissance publique ayant fait usage d'un pouvoir discrétionnaire (178). M. Wiarda (179) confirme cette observation. Il constate par ailleurs que cette notion a ultérieurement gagné un large droit de cité en droit privé, évolution confirmée par un nombre appréciable de dispositions du NBW (180). De l'examen de l'ample commentaire que consacre cet auteur à l'appréciation marginale, il apparaît en outre que ce critère s'applique lorsqu'il s'avère qu'une personne s'est vue confier un pouvoir (181) dont l'exercice pèse sur des intérêts tiers. Ainsi, par exemple, les organes d'une personne morale peuvent, lorsqu'ils se trouvent dans une telle situation, bénéficier d'une *marginale toetsing* dans l'appréciation de leur action (182).

(178) J. RONSE, « Marginale toetsing... », *op. cit.*, p. 208.

(179) *Drie typen van rechtswinding...*, *op. cit.*, pp. 115 et suiv.

(180) Voy. not. art. 6:2 (2) (une norme tirée de la loi, d'une coutume ou d'un acte juridique pourra être déclarée inapplicable lorsqu'une telle application dans les circonstances de l'espèce apparaîtrait *inacceptable en raison et en équité* (onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid)); 6:94 (modération de la clause pénale lorsque la raison et l'équité l'exigent); 6:109 (possibilité de modérer les dommages-intérêts par rapport à ce qu'eût impliqué la réparation intégrale du dommage lorsque la raison et l'équité l'exigent) NBW. Ces dispositions ne justifient, selon G.J. WIARDA, l'intervention du juge que dans des cas « manifestes » (*kennelijk*) d'inéquité ou de rupture par rapport à ce que la raison tolère.

(181) L'auteur utilise (comme le Prof. Ronse) le terme *bevoegdheid* que nous rendons par le terme *pouvoir*, nous conformant ainsi à la traduction éclairée que propose S. STIJNS (« Abus mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 33 et suiv. et spéc. n° 2.2.2. *in fine*).

(182) G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtswinding*, *op. cit.*, spéc. pp. 120-121 (évoquant l'appréciation de la validité de décisions d'organes de sociétés) et pp. 128-129 (« Wanneer aan de organen van de overheid en van rechtspersonen met betrekking tot de vervulling van hun bestuursstaak binnen het kader van hun wettelijke of statutaire bevoegdheden een zekere *slechts marginaal te toetsen beleidsvrijheid* wordt gegund, dan ligt daarvoor het bestaan van zo'n speciale rechtsgrond duidelijk voor de hand. Dit is in het bijzonder het geval waar dat *bestuursbeleid bestaat (...)* in de afweging van belangen, algemene belangen van allerlei aard tegenover elkaar of tegenover bijzondere belangen, of van bijzondere belangen onderling. Bij die afweging moet stellig de redelijkheid worden betracht. het zou echter een onaanvaardbare vermenging van rechterlijke en bestuurlijke bevoegdheden betekenen, indien die redelijkheid door de rechter anders dan mar-

Quant à préciser ce que signifie concrètement la mise en œuvre d'un contrôle marginal, deux approches, qui n'apparaissent pas nécessairement pratiquées de pair, se dessinent dans la doctrine. La première approche, substantielle dirions-nous, consiste à induire le caractère fautif du comportement considéré de la constatation de ce qu'*aucun* agent rationnel, placé dans les mêmes circonstances de fait, n'aurait agi de la sorte (183). La seconde approche, complémentaire à la première et selon nous de nature plutôt procédurale, dicte au juge une conduite dans le traitement de l'espèce à propos de laquelle il lui est demandé d'apprécier marginalement. Soit on lui indique qu'il doit se garder de son appréciation subjective (184), soit on décrète au juge qu'il convient pour lui de se conformer à une vertu de retenue (*terughoudendheid*) de manière à laisser s'exprimer le pouvoir reconnu (185).

De l'énoncé de ces observations résulte immédiatement la constatation que si les caractères substantiel et procédural inhérents à la mise en œuvre d'un contrôle marginal évoquent inmanquablement la manière dont le juge exerce son office en matière de responsabilité aquilienne d'administrateurs de sociétés, la notion d'appréciation marginale est toutefois étrangère à cette hypothèse de responsabilité. En effet, il est clair qu'un administrateur de société ne se trouve pas, *dans sa relation aux tiers* susceptibles d'encourir un préjudice du fait de ses agissements, dans une situation de pouvoir l'habilitant à exercer une influence déterminante sur les intérêts desdits tiers (186). Certes,

ginaal zou worden getoetst. De jurisprudentie van de burgerlijke rechter waarin deze zich uitdrukkelijk tot een marginale toetsing beperkte, heeft in het algemeen ook juist op dit aspect van het bestuursbeleid van de organen van overheid en rechtspersonen betrekking. Andere aan een behoorlijk bestuursbeleid inherente aspecten worden vaak niet marginaal of minder marginaal beoordeeld » (souligné par nous)).

(183) J. RONSE, « Marginale toetsing... », *op. cit.*, p. 209; H.G. VAN DER WERF, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1982, p. 75; F.J.W. LÖWENSTEYN, *op. cit.*, p. 724; L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, p. 90 (à propos de l'abus de droit à l'endroit duquel l'auteur préconise une appréciation marginale).

(184) L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, not. p. 89 (à propos de l'abus de droit : « Le juge ne peut établir les limites d'un droit subjectif à l'aune de ses considérations personnelles »); T. TILQUIN, « Occasionele informatie... », *op. cit.*, n° 25.

(185) H.G. VAN DER WERF, *op. cit.*, p. 78.

(186) En ce sens : S. VAN CROMBRUGGE, *op. cit.*, pp. 1444-1445.

l'administrateur est, dans le cadre sociétaire, titulaire d'un pouvoir qu'il est susceptible de détourner (187). Néanmoins, les tiers ne sont pas concernés par l'exercice de ce pouvoir. S'il peut arriver qu'un détournement de pouvoir commis par un administrateur cause un dommage à un tiers, la responsabilité aquilienne de l'administrateur ne sera engagée envers ce tiers que dans la mesure où son comportement aura pu être qualifié de quasi-délicte, au regard des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité.

(187) Dans le classement qui peut être dressé des droits subjectifs, l'administrateur apparaît titulaire d'un droit-fonction qui, dans la sous-catégorie des pouvoirs figurant dans ce classement, correspond au droit conférant à son titulaire le moins de liberté dans sa mise en œuvre (pour l'énoncé du classement des droits subjectifs, cons. S. STIJNS, *op. cit.*, n^{os} 2.2. et suiv.). Effectivement, le droit-fonction est étroitement finalisé et son détournement sera établi dès lors que celui-ci aura été utilisé à une fin autre que celle pour le service de laquelle il aura été institué (pour le rappel de la différenciation à établir entre le pouvoir/droit-fonction et le pouvoir/droit-pouvoir au sens strict, lequel confère à son titulaire la faculté de se laisser largement déterminer — sauf abus — par son intérêt égoïste, voy. S. STIJNS, *ibid.*, n^{os} 2.3.2. et 2.3.3. En conséquence, l'associé (dont le droit revêt à la fois les caractères d'un droit-pouvoir au sens strict et d'un droit-fonction) se voit appliquer distributivement les notions d'abus de droit et de détournement de pouvoir tandis que l'administrateur, titulaire d'un droit exclusivement fonctionnel, voit son comportement apprécié sous l'angle du détournement de pouvoir : voy. X. DIEUX, « La responsabilité civile des associés... », *op. cit.*, p. 80, pour le rappel de ces principes). Plus précisément quant à l'administrateur de société, l'exercice de son pouvoir-droit fonction est finalisé par le service de l'intérêt social (voy. F.J.W. LÖWENSTEYN, *op. cit.*, p. 725). Dès lors, tout agissement de l'administrateur s'avérant contraire à l'intérêt social est susceptible d'être analysé dans les termes d'un détournement de pouvoir. Toutefois, ainsi que le précise MM. P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX (« Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n^o 104) à propos de l'arrêt (évoqué *supra*, n^o 8.2.1.2.) du 15 mars 1991 rendu par la cour d'appel de Bruxelles, « si le conseil d'administration exprime, à l'appui de sa décision de refuser l'agrément, une motivation contraire à l'intérêt social, il ne peut automatiquement s'en déduire que le refus est effectivement contraire à cet intérêt social (...) L'application des articles 1382 et 1383 du Code civil suppose qu'un comportement fautif soit imputable à ceux dont on prétend mettre en cause la responsabilité et, sauf à faire de ces dispositions des instruments d'inquisition mentale, il ne suffit pas d'établir que les titulaires d'une compétence n'étaient pas animés d'un mobile conforme au but dans lequel elle leur est dévolue pour que l'exercice qu'ils en ont effectivement fait soit *ipso facto* contraire à cette finalité et donc constitutif d'une faute » (les auteurs citent en ce sens la note précitée de M. T. TLQUIN sous l'espèce commentée). Plus sévère est, semble-t-il, Mme S. STIJNS (*ibid.*, n^o 2.3.2., p. 38) lorsqu'elle indique qu'« il y a abus dès qu'on use d'un droit-fonction à d'autres fins que celles en vue desquelles ce droit a été attribué, même si cet autre but est désintéressé, honorable ou même charitable ».

La prudence que manifestent les juges dans la rétention de la responsabilité aquilienne de l'administrateur s'explique d'une part à suffisance par la mise en œuvre des conditions d'une telle responsabilité et, d'autre part, par un conflit de valeurs ou de politiques juridiques s'exprimant à l'endroit de cette hypothèse de responsabilité

Nous avons vu (*supra* n^o 8.2.2.1.) avec M^{me} Schamps que la personnalisation du critère de bon père de famille, telle qu'observable à propos de la mise en œuvre des responsabilités professionnelles, n'est pas nécessairement favorable à l'agent dont le comportement pourra être apprécié plus sévèrement (188). Toutefois, cette personnalisation telle qu'appliquée à l'administrateur de société implique également que, eu égard à la complexité concrète inhérente à la gestion d'une société, son comportement ne soit considéré comme fautif que s'il s'inscrit en dérogation de tous les comportements rationnels possibles (189). D'autre part, nous avons vu (*supra* n^o 8.2.1.1. et la note 130) que l'appréciation juridictionnelle *purement* subjective n'est jamais tolérée.

Quant à l'attitude de retenue ou, en tout cas, de grande prudence que manifeste le juge dans l'engagement de la responsabilité aquilienne d'un administrateur de société, celle-ci nous semble s'expliquer par le conflit de valeurs ou de politiques juridiques sous-tendant cette matière (déjà effleuré *supra*, n^o 5.3.) qui, s'il n'habilite certes pas le juge à s'abstenir de statuer (*supra* note 130), l'invite néanmoins à n'intervenir que dans des cas particulièrement manifestes (190). Ainsi à l'affirmation de principe

(188) En ce sens à propos de la responsabilité des administrateurs : J. RONSE & J. LIEVENS, *op. cit.*, n^o 7.

(189) L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, p. 60 (à propos des responsabilités professionnelles). Voy. également F. GLANSDORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe », *op. cit.*, n^o 15 (qui assimile le bon père de famille personnalisé à l'appréciation marginale dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'organe en droit privé) ; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Bruxelles/Antwerpen/Apeldoorn, Bruylant/Maklu, 1992, n^{os} 169 et 178 (l'auteur observe qu'il existe aujourd'hui une nette tendance, dans le domaine des responsabilités professionnelles, à s'écarter d'une méthode d'appréciation marginale. Néanmoins, l'appréciation pleine et entière (volledige toetsing) ne s'oppose pas à ce que le comportement de l'auteur du fait dommageable puisse être considéré comme non fautif alors même qu'il avait utilisé une technique qui n'était pas la plus généralement acceptée).

(190) Cons. G.J. WIARDA (*op. cit.*, p. 115) où l'auteur évoque des réflexions du Prof. MEIJERS à propos de la force et de la faiblesse de la référence à l'équité en tant que source de droit que contient le futur art. 3:12 NBW (« kracht omdat 'zij

selon laquelle la qualité d'organe ne s'oppose pas à la responsabilité personnelle de celui-ci (*supra* n° 5.1.) répond la persistance d'une attirance pour une certaine absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'entité personnifiée (*supra* n° 5.3.), attirance qui peut en outre se trouver renforcée par les incohérences (notamment *supra*, n° 6) qu'engendre le maintien de la responsabilité personnelle de l'organe. A la fonction préventive de la responsabilité civile (*supra* n° 5.3.) est opposée le souci d'efficacité dans la gestion d'une entreprise éventuellement caractérisée par un principe de limitation de responsabilité dont les tiers doivent s'accommoder (191). A l'observation que « les dirigeants de sociétés agissent pour leur profit personnel, ce qui n'est pas le cas des fonctionnaires » (192), il est répliqué que l'angélisme n'est certes pas de mise pour les organes de pouvoirs publics (193) etc.

beoogt de gerechtigheid op meer onmiddellijke wijze te benaderen dan het wettenrecht'; zwakheid omdat zij dikwijls niet in staat is dit beter te doen dan de wet, aangezien 'een algemene rechtsovertuiging ontbreekt en de belangen die bij de rechtsregels zijn betrokken, geheel verschillend door de belanghebbenden worden gewaardeerd'. In zodanige gevallen 'schept een verwijzing naar de billijkheid veelal onzekerheid'; anders is dit, aldus Meijers, slecht gesteld in gevallen 'waarom iets in hoge mate onbillijk is'; want 'wat in hoge mate onbillijk wordt geoordeeld, beschouwt ieder redelijk oordeelend mens als onbillijk' » (souligné par nous); R. КРИТЧОВ (« Naar een 'gouvernement des juges'... », *op. cit.*, n° 30, p. 73) qui met en évidence la retenue conseillée au juge en l'absence d'un consensus social (« Het hof van cassatie zal dan veelal met behulp van de cassatietechniek een principiële stellingname behoren te ontwijken, maar de lagere rechters bezitten die mogelijkheid in de regel niet (...) W. Van Gerven onderstreept dienengaande terecht dat de rechter zich in zo'n situatie in ieder geval moet laten leiden door objectieve overwegingen en hij er zich dus niet toe mag laten verleiden om zijn persoonlijke overtuigingen en verlangens van levensbeschouwelijke, politieke, sociale of economische aard door te drukken. En Scholten wijst er — met recht en reden — op dat de rechter er voor zal moeten waken dat zijn uitspraak niet slechts 'zijn eigen rechtsgevoel bevreemdt, maar tegelijk tegenover het rechtsbewustzijn van de kring waarvoor zij bestemd is, verantwoord is'. Toegegeven, het zijn vage aanwijzingen. Grote terughoudendheid van de rechter in deze is hoe dan ook geboden » (souligné par nous).

(191) T. TILQUIN, « La société privée... », *op. cit.*, n° 43.

(192) F. GLANSDORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe... », *op. cit.*, n° 27.

(193) T. TILQUIN, *ibid.*, n° 45 et note 344. La réflexion de M. GLANSDORFF nous semble en outre fondée sur la conviction implicite que les administrateurs doivent « payer », par leur responsabilité, le pouvoir (économique) réel qu'ils détiennent dans la société qu'ils gèrent alors que les organes de personnes morales de droit public seraient dénués d'un tel pouvoir. A cette conviction, l'on pourrait répondre que le phénomène de glissement du pouvoir du législatif vers l'exécutif dans la société politique a été excellemment mis en évidence par F. HAYEK (in *Droit, Législation et Liberté*, 3 vol., Paris, P.U.F., de 1973 à 1979). Pour cette observation

Comment s'étonner que le juge, confronté à ces tiraillements incessants, ne manifeste pas un activisme débordant en la matière (194) ?

Résumons-nous : le succès du critère de l'appréciation marginale nous semble imputable au caractère ramassé d'une formule qui, dans la concision, traduit fort bien la nécessaire modération dont doit faire preuve le juge dans la reconnaissance de la responsabilité aquilienne d'un administrateur. Néanmoins, cette constatation ne saurait occulter que la *marginale toetsing* n'a pas vocation à s'appliquer à l'hypothèse précitée et que la modération évoquée peut désormais tout aussi bien s'expliquer par une mise en œuvre bien comprise du critère de la faute aquilienne envisagée dans le chef de l'administrateur d'une personne morale.

8.2.2.4. — Développement d'une responsabilité aquilienne liée au renforcement d'un pouvoir : cas de l'associé dominant

L'attention exclusive que nous portons, dans le cadre de cette étude, à la responsabilité des administrateurs d'une personne morale ne peut nous permettre d'occulter un phénomène en pleine expansion : celui du développement de la responsabilité de l'associé dominant, corollaire « de l'accroissement des pouvoirs de l'assemblée générale, au détriment du conseil d'administra-

également, voy. F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 236-237.

(194) La situation sera évidemment différente dans d'autres secteurs du droit où, par contre, un large consensus existe et invite le juge à se montrer particulièrement hardi dans ses interventions. Ainsi, par exemple, dans le domaine de la résolution des contrats synallagmatiques, Mme S. STIJNS (*De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten naar Belgisch recht*, Thèse dactyl., K.U.L., 1993, n° 229 et suiv.) a observé que le contrôle juridictionnel exercé à l'occasion de la mise en œuvre du droit d'option du créancier (art. 1184 al. 2 du Code civil) manifestait une évolution d'une appréciation marginale à une appréciation pleine et entière (*volledige toetsing*). Cette évolution s'explique notamment, ainsi que le relève l'auteur, par la confiance accordée (singulièrement par le législateur lorsqu'il interdit dans certains cas les clauses résolutoires expresses) au juge dans l'hypothèse d'une résolution. Celui-ci est en effet considéré comme particulièrement à même de procéder à une analyse concrète de la situation des parties tout en tenant compte de la nécessaire protection du débiteur.

tion » (195). Au surplus, celui-ci « intéresse » la responsabilité des administrateurs car, fréquemment, l'associé dominant est également impliqué dans l'administration de la société. Dans une telle hypothèse, l'intentement d'une action en responsabilité contre l'administrateur fait surgir la question de savoir si l'action n'est pas, en réalité, dirigée contre l'associé dominant dont l'omnipotence suscite l'attitude ambivalente observée par P. Martens, en exergue de cette étude.

L'évolution des jurisprudences néerlandaise et allemande nous paraît éclairante à cet égard. Le principal enseignement que l'on peut en tirer, à notre sens, est que le pouvoir réel que détient l'administrateur — associé dominant sur l'information s'inscrivant dans le cadre de sa société est susceptible de lui imposer, en matière d'administration de la preuve, des devoirs plus étendus que ceux qui peuvent être mis à charge d'un administrateur « ordinaire ».

Aux Pays-Bas, le Hoge Raad a rendu, le 3 avril 1992 (196), une décision très remarquable (197). Dans cette espèce, un certain Van Waning (VW), ex-travailleur d'une B.V. qui se trouvait de ce fait en situation de lui devoir une certaine somme, agit en responsabilité aquilienne contre le Sieur Van der Vliet (VdV), unique gérant de la B.V. concernée et, par ailleurs, unique associé

(195) X. DIEUX, « La responsabilité civile des associés... », *op. cit.*, p. 109 (cette étude apporte une vue d'ensemble de ce développement. L'auteur y aborde notamment les cas de responsabilité civile des associés précisés par les L.C.S.C., l'extension de la faillite, les groupes de sociétés, l'abus de majorité et de minorité, les responsabilités issues de la mise en œuvre du droit financier). Sur l'évolution récente de notre droit des sociétés vers un renforcement des pouvoirs de l'assemblée générale au détriment de ceux reconnus au conseil d'administration (et ce surtout — mais pas exclusivement — dans le contexte entourant le lancement d'offres publiques d'acquisition, voy. T. TILQUIN (« La société privée... », *op. cit.*, pour une perspective d'ensemble) et les considérations disséminées dans notre étude « Questions actuelles en droit allemand des sociétés : de quoi nourrir la réflexion au sein d'un droit (belge) en mutation », *R.P.S.*, 1992, n° 6607.

(196) (Van Waning/Van der Vliet), *RvdW*, 1992, n° 104 ; *N.J.*, 1992, n° 411 et note MAEIJER. Pour une application récente de cette jurisprudence, voy. Pres. Rb. Almelo, 18 december 1992, *TVVS*, 1993, p. 132 et commentaire L.T.

(197) Voy. L.T., « Rechtspraak. Vennootschapsrecht. Doorbraak van aansprakelijkheid bij een b.v. », *TVVS*, 1992/5, p. 129 ; C.H.W.M. STERK, « Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen », *Bb*, 1992/11, p. 110 ; G. NOORDRAVEN, « Aansprakelijkheid bestuurder voor het niet betalen van schulden door een BV », *Bb*, 1992/14, p. 133 ; M.J.G.C. RAAIJMAKERS, « Van Waning/Van der Vliet », *AA*, 1993, p. 201.

et gérant d'une autre B.V. détenant toutes les parts de la première B.V. La raison pour laquelle VW dirigea son action contre VdV réside dans la circonstance que toutes ses tentatives en vue de voir la B.V. s'acquitter de sa dette envers lui furent des échecs, la B.V. n'offrant aucun actif saisissable. VW décida en conséquence d'agir en responsabilité civile contre VdV, prétendant que le non paiement de la somme qui lui était due était causé non pas par l'impossibilité de payer (*betalingsonmacht*) dans laquelle se trouvait la société mais par l'absence de volonté de le payer (*betalingsonwil*) dans le chef du gérant de la B.V. A l'appui de sa thèse, VW pouvait se prévaloir de la démonstration de faits concordants (notamment qu'une proposition de paiement d'un montant inférieur à celui réclamé lui avait été faite par la société ; que des tiers, notamment un établissement bancaire, se révélaient disposés à prêter des sommes à la B.V., ce qui indiquait à suffisance que son crédit n'était pas ébranlé) semblant corroborer la *betalingsonwil* du gérant VdV. L'argumentation de VW fut rejetée en appel : le gérant d'une B.V. n'est pas personnellement responsable des obligations de sa société et VW reste en défaut de prouver que la B.V. est en état d'honorer ses engagements. VW se pourvut en cassation en faisant valoir que la décision au fond était insuffisamment motivée dans la réponse à son moyen tiré de la *betalingsonwil*, eu égard notamment au fait que sa tentative de faire prononcer la faillite de la B.V. s'était enlisée. Le Hoge Raad accueillit favorablement le pourvoi de VW en décidant en substance que celui qui exerce une totale maîtrise (*volledige zeggenschap*) sur la société débitrice doit rendre plausible (*aannemelijk maakt*) l'impossibilité dans laquelle se trouve la société de faire face à ses obligations (*niet in staat is te betalen*). En outre, précise le Hoge Raad, le paiement de la dette de la société ne doit pas nécessairement s'effectuer au moyen d'actifs saisissables. Un tel paiement peut également résulter de l'utilisation de facilités de crédit ouvertes à la société, en sorte qu'il n'est pas exclu que celui qui détient la totale maîtrise de la société puisse engager sa responsabilité aquilienne envers un créancier sociétaire du fait de son abstention de faire en sorte que de telles possibilités de paiement soient mises en œuvre.

En Allemagne, la BGH souleva, le 23 septembre 1991 par la décision dite « Video » (198), une émotion considérable dans la communauté préoccupée de droit des sociétés et, plus spécifiquement, dans le monde des P.M.E. Par cette décision la BGH renforça sa jurisprudence prétendant appliquer par analogie les dispositions qui, en droit des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, tirent certaines conséquences de l'existence d'un groupe de fait caractérisé (*qualifizierter faktischer Konzern*) aux sociétés à responsabilité limitée (*GmbH*). Plus précisément, ces dispositions (voy. §§ 302 et 303 AktG) instaurent une responsabilité de l'entreprise dominante (*herrschendes Unternehmen*, laquelle peut être l'associé majoritaire ou unique de l'entreprise dépendante) pour les pertes et dettes encourues par une entreprise dépendante (*abhängiges Unternehmen*). Leur application au groupe de fait (c'est-à-dire existant *de facto*, en l'absence de la conclusion d'un contrat de domination ou de transfert de bénéfices) dépend d'une double démonstration : l'existence d'une direction effective et permanente (*zeitlich dauernde und sachlich umfassende Leitung*) exercée par l'entreprise dominante sur l'entreprise dépendante et l'absence d'égard pour l'intérêt propre de l'entreprise dépendante au profit de l'intérêt du groupe. Par la décision « Autokran » (199) notamment, la BGH manifesta clairement sa volonté d'étendre par analogie l'application des règles précitées aux GmbH. La nouveauté de la décision « Video » fut d'instaurer une présomption quant à la démonstration du second élément précité : l'existence d'une direction permanente et effective faisant présumer l'absence d'égard pour l'intérêt propre de la société dominée, cette présomption étant toutefois réfractable (200). Cette décision suscita des commentaires plutôt négatifs

(198) BGHZ, 115, 187, DB, 1991, p. 2176, GmbHR, 1991, p. 520.

(199) BGHZ, 95, 330, GmbHR, 1986, 78.

(200) Sur tout ceci, voy. notamment (il ne s'agit que d'échantillons d'une littérature pléthorique en la matière), pour toutes les nuances et évolutions jurisprudentielles que les besoins de notre exposé n'imposaient pas de conter par le menu : M. LEHMAN, « Schranken der beschränkten Haftung. Zur ökonomischen Legitimation des Durchgriffs bei der GmbH », GmbHR, 1992, p. 200 ; W. GÄBELEIN, « Ende der Haftungsgrenzen im Konzern ? Video-Urteil des BGH vom 23.9.1991 — II ZR 135/90 », GmbHR, 1992, p. 273 et surtout D. KLEINDIEK, « Haftung, freie beweiswürdigung und beweisleichterung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern », GmbHR, 1992, p. 574.

de la part de la doctrine (201) et fit naître une certaine inquiétude à l'étranger (202). En outre, elle fut mal accueillie par l'opinion publique allemande (n'oublions pas que le tissu économique allemand consiste essentiellement en un réseau de P.M.E. prenant la forme de GmbH) qui y vit l'expression d'une conviction de ce que les acteurs s'inscrivant dans le contexte de P.M.E. se comporteraient en règle de manière peu honorable (203). C'est pourquoi la toute récente décision « T.B.B. », rendue par la BGH le 29 mars 1993 (204), fut accueillie avec un certain soulagement en ce qu'elle exprime un véritable revirement (205) (ou un éclaircissement, si l'on suit le terme utilisé par la BGH) par rapport à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt « Video ». Effectivement, par cette décision, la BGH fit savoir que l'existence d'une direction effective et permanente exercée par l'entreprise dominante ne fonde aucunement une présomption de méconnaissance des intérêts de la société dominée. Ainsi, le demandeur devra démontrer l'existence de circonstances permettant de supputer une telle méconnaissance (*Umstände darzulegen und zu beweisen, die eine solche Annahme nahelegen*). La tâche du demandeur dans l'administration de la preuve pourra être allégée, précise enfin la BGH, pour autant qu'il apparaisse que l'entreprise dominante détient les éléments d'informations déterminants en l'espèce et que l'exposé de ceux-ci puisse lui en être raisonnablement demandé.

Les ressemblances entre les jurisprudences néerlandaise et allemande dont on vient de relater la teneur sont frappantes. Il s'agit d'engager la responsabilité de celui qui détient la maîtrise de la société (*degene die de volledige zeggenschap over de vennoot-*

(201) Voy. D. KLEINDIEK, *op. cit.*, p. 575.

(202) Voy., par exemple, l'étude de MM. J.-G. RECQ & A. SCHRÖDER (« La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichtshof du 23 sept. 1991) », *Rev. soc.*, 1992, pp. 707 et suiv.) par laquelle les auteurs entendent mettre en garde les sociétés françaises développant leurs activités en Allemagne par l'intermédiaire d'une GmbH dont elles dirigeraient les affaires depuis la France.

(203) D. KLEINDIEK, *ibid.*

(204) DB, 1993, 825, AG, 1993, 371 avec les observations de E. SCHANZE (not. note 10 pour la référence aux nombreux commentaires doctrinaux que cette décision a déjà suscités). Pour un commentaire en français de cette jurisprudence nouvelle, voy. K.G. WEIL, « Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une SARL filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice », *Rev. soc.*, 1993, pp. 767 et suiv.

(205) E. SCHANZE, observations précitées, p. 377.

schap heeft; einer, der die zeitlich dauernde und sachlich umfassende Leitung ausübt) envers un tiers. Bien sûr, le fondement de cette responsabilité est tiré, en droit allemand, de la mise en œuvre par analogie d'une législation spécifique en matière de groupes de sociétés. Mais cette particularité (206) n'affecte nullement la vocation du droit commun de la responsabilité aquilienne, observée en droit comparé, à régir les cas d'utilisation fautive d'une domination qualifiée exercée sur une société (207). D'autre part, tant les auteurs néerlandais qu'allemands ne s'y sont pas trompés : le principal enseignement à tirer des jurisprudences commentées se situe au niveau de l'administration de la preuve. A cet égard les arrêts Van Waning/Van der Vliet (Pays-Bas) et T.B.B. (Allemagne) convergent. Effectivement, ils s'inspirent tous deux d'un principe selon lequel celui qui, en raison de sa position de totale maîtrise des éléments d'information circulant dans la société issue de la domination qu'il exerce sur celle-ci, s'avère le plus à même d'apporter la démonstration d'éléments factuels déterminants en l'espèce, doit fournir ces éléments probants à peine de voir la charge de la preuve incombant à la partie adverse substantiellement alléguée (208). Cette démarche dif-

(206) A laquelle n'est probablement pas étrangère la timidité de principe du droit allemand à appliquer largement son droit de la responsabilité civile (voy. *supra*, n° 5.2.). Comment, dans un tel contexte, reprocher au juge allemand d'appliquer par analogie une réglementation toute faite plutôt que de recourir à des principes généraux dont la mise en œuvre risque de s'avérer aléatoire ?

(207) Cons. V. SIMONART, *L'unité du concept de personnalité morale...*, *op. cit.*, n° 623 et suiv. et spéc. n° 624 et 626.

(208) A propos de la décision Van Waning/Van der Vliet, voy. not. G. NOORDRAVEN *op. cit.*, p. 135 : « De Hoge Raad geeft nu een invulling aan het begrip redelijkheid en billijkheid en lijkt als uitgangspunt aan te nemen dat degene die de volledige zeggenschap over een vennootschap heeft in een geschil met een buitenstaander waarin het reilen en zeilen van de vennootschap een rol speelt, moet worden belast met het bewijs omtrent de gang van zaken binnen de vennootschap. Waar de rechter in de praktijk al degene die over de relevante informatie beschikte veelal met het bewijs belaste, schijnt de Hoge Raad hier een vuistregel te formuleren voor het geval een bestuurder/enig zeggenschapshouder partij in het geding is » ; M.J.G.C. RAALJMAKERS *op. cit.*, p. 204 : « Het belang van het onderhavige arrest ligt er in de eerste plaats in dat de HR (...) duidelijk maakt dat in omstandigheden als de onderhavige het bewijs van die onmacht behoort te worden geleverd door degene die daartoe naar de eisen van redelijkheid en billijkheid het best in staat is : 'degene die de volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap'. Zie ook artikel 177 BRv ».

A propos de l'arrêt T.B.B., voy. D. KLEINDIEK *op. cit.*, p. 581) dont les réflexions évoquent de manière frappante l'arrêt — ultérieurement rendu — dont question : « Der BGH legt dem Gegner der (primär) behauptungs- und beweis-

fère, bien entendu, de celle qui aurait consisté à imposer au titulaire de la domination évoquée la charge de démontrer l'absence d'une faute présumée (209).

A notre sens, la mise en œuvre des principes qui, en droit belge, régissent l'administration de la preuve permettrait d'atteindre une solution similaire à celle se dégageant des décisions Van Waning/Van der Vliet et T.B.B. Effectivement, notre droit judiciaire consacre le principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve (210). S'il est entendu que cette

belasteten Partei 'eine gewisse (sekundäre) Behauptungslast' auf, wenn die beweisbelastete Partei ausserhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der massgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (n.d.l.r. : suit la référence à la jurisprudence de la BGH en ce sens). Dies ist wohl auch die von Stimpel zitierte 'schlichte Regel', die allerdings nicht zu einer Umkehrung der Beweislast führt. Vielmehr greift die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO ein, wenn die nicht beweisbelastete Partei ihrer Substantiierungspflicht nicht oder nicht hinreichend nachkommt.

Und das bedeutet : wenn das herrschende Unternehmen auf Haftung aus qualifizierter Konzernherrschaft in Anspruch genommen wird, so muss der Kläger — insbesondere sofern er (wie ein Einzelgläubiger der abhängigen GmbH) ausserhalb des für den geltend gemachten Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht — im Rahmen des ihm jeweils Möglichen lediglich Indizien für die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der GmbH darlegen. Ein solches Indiz kann — ganz nach den Umständen des Einzelfalls und neben anderen — die intensiviertere Konzernleitung oder die Übernahme der Geschäftsführerfunktion durch den herrschenden Unternehmensgesellschafter sein. Dessen Aufgabe ist es dann, substantiiert darzulegen, dass er die Eigeninteressen der abhängigen GmbH gewahrt hat ».

(209) Il s'agit, bien sûr, de la différence séparant les décisions Video et T.B.B. (voy. en outre D. KLEINDIEK, *ibid.*). Pour une observation similaire à propos de la décision Van Waning/Van der Vliet : voy. L.T. *op. cit.*, p. 129 : « Opmerking verdient, dat de omkering van de bewijslast een beperkte strekking heeft. De zeggenschapshouder moet in de visie van de Hoge Raad gegevens overleggen, waaruit blijkt, dat de vennootschap geen vermogen heeft. Hij hoeft niet aan te tonen, dat hijzelf in geen enkel opzicht onrechtmatig tegenover de onbetaald gebleven crediteur van de vennootschap heeft gehandeld ».

(210) Et ce à l'encontre de l'adage *Nemo tenetur edere contra se* que notre jurisprudence rejette depuis le XIX^e siècle (A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège/La Haye, Martinus Nijhof, 1971, p. 11. Voy. aussi N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 50). Le fondement du principe de collaboration est à rechercher dans l'équité, la bonne foi (art. 1134 al. 3 du Code civil) et dans une obligation de collaborer à la découverte de la vérité réelle (vers laquelle doit tendre la vérité judiciaire) (A. KOHL, *ibid.*, pp. 44-45 ; G. DEMEZ, « La participation des parties à l'administration de la preuve », note sous Cass., 16 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 149 et suiv. et spéc. n° 24-25). Une application particulière du principe évoqué peut être trouvée dans les art. 877 et suiv. du Code judiciaire réglant la procédure applicable à la production de documents

obligation ne peut être analysée dans les termes d'une altération de la disposition que porte l'article 870 du Code judiciaire (211) quant à la charge de la preuve (212), il n'en demeure pas moins que la sanction de sa violation peut notamment consister en ce que soient considérés comme établis les faits allégués par la partie adverse (213) (cf. la *Geständnisfiktion* du droit allemand, *supra* note 208). D'autre part, la matière de la responsabilité aquilienne relève du régime d'administration de la preuve par toutes voies de droit (214) et donc, notamment, de la preuve par présomptions de l'homme (215). Or, la technique d'administration de la preuve par la voie de présomptions humaines s'inscrit en étroite relation avec la nécessaire collaboration des parties à la découverte de la vérité. Ainsi, de l'attitude d'une partie refusant de collaborer dans le sens évoqué (notamment du fait de son refus de produire une pièce) pourra être tirée une présomption en faveur de la partie adverse (216). En outre, une telle présomption favorable au demandeur pourra également être inférée de l'élimination de toutes les causes du dommage autres que la faute allé-

(voy. J. VAN COMPENOLLE, « La production forcée de documents dans le Code judiciaire », *Ann. dr. Louvain*, 1981, pp. 89 et suiv.).

(211) C. jud., art. 870 :

« Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

(212) A. FETTWEIS, *Droit judiciaire privé*, fasc. II, Liège, P.U.L., 1980, n° 296, p. 359.

(213) A. KOHL, *op. cit.*, pp. 137 et suiv. et spéc. pp. 143 et suiv. (cette sanction est étudiée ensuite de celle, traditionnelle, des dommages-intérêts. L'auteur voit dans la sanction énoncée au texte une « sorte de réparation en nature ». L'on retiendra plus particulièrement la référence (p. 149, note 1) à la réflexion suivante, formulée par le Commissaire Royal VAN REEPINGHEN : « aucune sanction formelle n'a été prévue à l'égard de la partie qui refuse de comparaître ou de répondre. Semblable défaillance peut donner lieu, par application des principes généraux en matière de responsabilité civile, à la réparation des dommages qui en résultent, sans préjudice, il va sans dire, des appréciations que cette carence comporterait sur le plan de la bonne foi » (souligné par nous).

(214) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 239 et 263 (étant donné que les quasi-délits ne constituent pas des actes juridiques soumis au régime de l'art. 1341 du Code civil).

(215) Sur cette notion, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 950 (« Les présomptions humaines sont (...) le résultat d'un raisonnement (...) c'est le juge qui, par induction, tire des conséquences d'un fait connu pour admettre la réalité d'un fait inconnu et lui faire produire des conséquences juridiques »).

(216) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 52 et 958.

guée (217). Ainsi que l'observe le Professeur Cornélis à propos de la preuve par présomptions humaines (218), « Si la charge de la preuve n'est pas à proprement parler renversée, on assiste assurément à un phénomène d'assouplissement de l'appréciation de la preuve qui permet de faire supporter au défendeur en responsabilité une partie des difficultés qui sont liées à l'administration de celle-ci ». Bref, la flexibilité du droit belge, dans la matière de l'administration de la preuve en droit de la responsabilité aquilienne, permettrait, à notre sens, d'aboutir à une jurisprudence identique à celle des arrêts Van Waning/Van der Vliet et T.B.B.

Toutefois, il convient de limiter l'enseignement tiré de cette jurisprudence néerlandaise-allemande à la casuistique à laquelle celle-ci prétend s'appliquer : celle où une personne se trouve en situation de totale maîtrise de la société, circonstance lui permettant d'accéder à l'intégralité de l'information circulant dans le cadre sociétaire (219). En outre, même dans cette hypothèse, le juge ne pourra demeurer insensible à l'invocation par le demandeur de la nécessaire protection des intérêts légitimes (liés à la préservation du secret des affaires, voy. la réserve formulée à l'occasion la décision T.B.B. — ci-dessus — et *supra*, n° 8.1. et la note 119) de la société.

(217) L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 33, p. 56. Pour le principe — voisin — selon lequel le vice d'une chose peut-être induit de l'élimination de toutes les autres causes que le vice, voy. L. CORNÉLIS, *ibid.*, n° 300-301 et N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 66, note 7.

Ainsi dans l'espèce qui a donné lieu à la décision Van Waning/Van der Vliet, il aurait été défendable d'affirmer que le demandeur avait démontré une série de faits concordant pour indiquer que le dommage encouru ne pouvait être expliqué autrement que par la *betalingsonwil* du défendeur.

(218) *Ibid.*, n° 33, p. 56.

(219) Ainsi, s'il est admis que l'administrateur dispose d'un droit d'investigation individuelle, l'exercice de son droit à l'information connaît certaines limites tirées, notamment, de la légitimité du but poursuivi et de la préoccupation que l'exercice de son droit ne perturbe pas le fonctionnement normal de l'entreprise (L. SIMONT, « L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle ? », *R.P.S.*, 1963, n° 5148, pp. 189 et suiv. et spéc. pp. 198-199). Voy., pour un cas de refus d'exercice du droit d'investigation individuelle d'un administrateur représentant un actionnaire minoritaire qui se trouvait être en situation de concurrence directe avec la société, Comm. Bruxelles, 21 juin 1968, *R.P.S.*, 1968, n° 5457, pp. 268 et suiv. (cité par T. TILQUIN, « Occasionelle informatie... », *op. cit.*, n° 25, note 154).

D'autre part, l'actionnaire ne dispose pas d'un droit individuel d'investigation dans les affaires de la société, selon l'opinion couramment admise (X. DIEUX, « La divulgation d'informations... », *op. cit.*, n° 3, p. 66).

8.2.3. — Incidence du caractère intentionnel ou de la gravité de la faute

Nous avons eu l'occasion d'observer que le droit français de la responsabilité aquilienne des administrateurs de sociétés avait connu une évolution allant dans le sens d'un alignement des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité sur celles applicables aux organes de personnes morales relevant du droit administratif (*supra* n° 5.2.). Il s'agit donc de distinguer la faute personnelle (ou la faute détachable de la fonction), susceptible d'engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur, et la simple faute de service laissant l'administrateur indemne de toute responsabilité. Or la doctrine est unanime pour souligner que la faute personnelle détachable de la fonction équivaut *in concreto* soit à la faute intentionnelle soit à la faute lourde (220).

Les droits belge et néerlandais admettent par contre que le caractère intentionnel ou la gravité de la faute ne constituent pas des conditions de mise en œuvre de la responsabilité aquilienne en général et de la responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur d'une personne morale en particulier (221). Toutefois, l'ambiguïté n'est pas absente de la plupart des rappels du principe à l'égard de la responsabilité aquilienne des organes d'une

(220) A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, 8^e éd., n°s 1192 et 1193 ; A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA & Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, 10^e éd., n° 1239 ; G. VEDEL & P. DELVOLVE, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 556-557 ; J. RIVERO, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 296.

(221) Pour le droit néerlandais : voy. *supra*, n° 6. Droit belge : L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 89 ; J. VAN RYN & X. DIEUX, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1989, p. 111 ; T. TILQUIN, « La société privée... », *op. cit.*, n° 43. La gravité de la faute peut cependant être une condition de mise en œuvre de certaines responsabilités spécifiques telle que, par exemple, celle fondée sur la « faute grave et caractérisée » ayant contribué à la faillite (art. 63ter L.C.S.C.). Sur la faute grave ou lourde en droit de la responsabilité aquilienne : voy. L. CORNÉLIS, *ibid.*, n°s 92-94 (l'auteur considère qu'une faute lourde est « celle qui porte atteinte à une norme de comportement légale ou réglementaire ou à une règle générale de prudence dont le respect est nécessaire pour la conservation et le maintien de l'ordre social existant »). Plus spécifiquement quant à la responsabilité issue de l'application de l'art. 63ter L.C.S.C., voy. J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n° 23 (l'auteur observe la rareté de la jurisprudence appliquant cette disposition. Signalons que l'une des illustrations jurisprudentielles citées par M. Fagnart, à savoir Comm. Bruxelles, 17 mai 1983 (*R.D.C.*, 1984, p. 55), fondée notamment sur le caractère fautif de la pratique systématique de ventes « au noir », a fait l'objet d'une réformation en appel : Bruxelles, 22 février 1993, *R.P.S.*, 1993, n° 6620, p. 168 et observations F. T'KINT).

personne morale. Ainsi MM. Van Ryn et Dieux (222) estiment que « Si la gravité de la faute n'est donc pas en droit une condition de la responsabilité, elle ne saurait être en fait totalement absente de l'appréciation du Juge, auquel il appartient de ne point confondre l'erreur ou la défaillance admissibles et la faute civilement répréhensible » (223). En s'exprimant de la sorte, ces auteurs nous semblent admettre que le juge n'aura tendance à considérer *en fait* la faute comme établie qu'en présence d'une faute présentant un certain caractère de gravité ce qui, vu le conflit énoncé (*supra* n° 8.2.2.3.) de politiques juridiques caractérisant la matière, paraît plus fondé encore en droit de la responsabilité aquilienne des administrateurs que dans le cadre de la mise en œuvre d'autres responsabilités quasi-délictuelles. D'autre part, l'influence qu'est susceptible d'exercer la gravité ou le caractère intentionnel de la faute sur la rétention du lien causal (*infra* n° 10) a été soulignée de longue date par le Professeur J. Dabin, au titre de l'intensité accrue du pouvoir causal qui pourrait être reconnu à la faute grave ou intentionnelle (224).

(222) *Ibid.*

(223) Voy. aussi F. GLANSORFF, « Réflexions sur la théorie de l'organe », *op. cit.*, n°s 7 et 15 (se référant à la doctrine — que l'on vient d'évoquer — de MM. VAN RYN & DIEUX, cet auteur observe qu'il a été rappelé récemment qu'indépendamment même de toute violation de la loi ou des statuts, les dirigeants de sociétés pouvaient voir leur responsabilité engagée à l'égard des tiers même pour une simple faute de gestion, pour autant qu'elle présente une certaine gravité » (souligné par nous). D'autre part, M. Glansdorff présente la pratique de l'appréciation marginale (*supra*, n° 8.2.2.3.) comme la réponse aux « atteintes à l'équité dénoncées par les auteurs soucieux de limiter les cas de la responsabilité personnelle à la faute lourde tout en respectant les termes mêmes de l'article 1382 du Code civil » (souligné par nous)).

(224) « La relation de cause à effet entre la faute et le dommage dans la responsabilité extra-contractuelle », note sous Cass., 2 septembre 1960, *R.C.J.B.*, 1961, pp. 168 et suiv. et spéc. p. 185 (évoquant une analyse du Prof. TUNC reposant sur une conception morale du lien de causalité : « (...) si l'analyse ainsi menée en paraphrase de M. Tunc apparaît fondée, on y découvrira peut-être l'un des secrets de la variabilité du pouvoir causal (...) des différentes fautes en liaison avec le dommage dont elles auraient été l'antécédent : à savoir la diversité de caractère et de qualification des fautes, les unes volontaires, les autres involontaires, les unes plus lourdes, les autres plus légères. Selon le degré de gravité de la faute, le lien de la causalité et, avec lui, la responsabilité, se resserrerait ou se relâcherait. Le champ de la responsabilité de la faute grave serait ainsi plus étendu que celui de la faute légère, soit qu'elle couvrirait un dommage plus lointain dont la faute légère serait indemne, soit qu'elle assumerait seule, à l'exclusion des autres facteurs, la causalité entière du dommage. A cette thèse on opposera qu'elle introduirait entre les fautes une irrégularité de traitement ignorée de notre droit de la responsabilité

Enfin signalons que, récemment, le Professeur Van der Grinten a proposé de limiter les cas de responsabilité aquilienne de l'organe d'une personne morale aux cas de dol, de faute grave et d'« imprévoyance consciente » (*bewuste roekeloosheid*) et ce en raison du caractère secondaire de cette responsabilité par rapport à celle de la personne morale elle-même (225). On en revient ainsi à des considérations proches de celle de l'absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'entité personnifiée, notion généralement rejetée (*supra* n° 5.1.) mais dont on manifestement peine à détacher complètement l'esprit (*supra* nos 2., 5.2., 6. et 8.2.2.3.). La position de M. Van der Grinten nous semble ainsi fort proche de celle préconisée par M. Tilquin (*supra* n° 2.) lorsqu'il propose de ne retenir la responsabilité de l'administrateur d'une société qu'en présence de la commission d'un abus de la protection que lui confère sa qualité d'organe. De telles considérations ne sont, par ailleurs, certes pas absentes du dernier point relatif à la faute que l'on se propose d'examiner maintenant.

9. — *L'obligation violée doit incomber à l'administrateur personnellement*

Les droits belge, français et néerlandais convergent sur ce point : il peut arriver que des normes imposent à la personne morale une obligation dont la violation l'expose à ce que sa responsabilité soit engagée sans pour autant que ces normes prescrivent, dans le chef de l'organe qui fut l'agent matériel de cette violation, une obligation dont il pourrait être personnellement tenu.

civile, lequel, d'une part, se contente, pour la réparation, de la faute la plus minime et, d'autre part, oblige à la même réparation intégrale du dommage l'auteur de la faute dolosive ou lourde et l'auteur de la faute légère. Sans doute tel est notre droit positif. Mais le problème est différent : il a trait au lien de causalité, matière en laquelle la loi n'édicte aucune règle, laissant la voie libre à l'interprète. Or, de ce point de vue, rien n'interdit au chercheur de reconnaître l'existence d'un pouvoir causal plus intense, plus exclusif chez la faute grave que chez la faute légère (...) il s'agit de discerner le dommage qui, en l'espèce, fut la suite immédiate et directe de la faute et, dans cette appréciation, la nature volontaire ou non et, spécialement, le degré de gravité de la faute peuvent offrir des données ou une direction valable de décision » (souligné par nous).

(225) W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, op. cit., n° 179.

Ce principe nous semble dégagé avec une particulière acuité en droit néerlandais. Il est déjà évoqué en 1934 par J.H. Beekhuis (226) et n'a pas été démenti depuis (227).

En droit français, la distinction entre la faute personnelle et la faute détachable de la fonction recouvre (228) et va même au-delà (en raison du critère de gravité ou d'intentionnalité de la faute retenu *in concreto*) de la solution enseignée en droit néerlandais.

En droit belge, rappelons qu'il est bien connu des administrativistes que la personne morale de droit public puisse engager sa responsabilité du fait de sa faute « sans que cette même faute puisse être reprochée à titre personnel à l'organe qui a mal accompli tel acte relevant de sa fonction » (229). En outre M^{me} V. Simonart (à propos des personnes morales en général) (230) et M. T. Tilquin (cet auteur évoquant plus spécifiquement l'article 4 de l'arrêté royal du 18 septembre 1990 : *supra*, n° 8.1.) ont également fait observer que la responsabilité de la personne morale peut en certains cas s'avérer exclusive de celle de l'organe. Cette voie mérite incontestablement d'être approfondie.

(226) *Aansprakelijkheid van rechtspersonen*, op. cit., not. pp. 63-64 : « (...) is het ook mogelijk, dat de norm, die overtreden is, *in concreto* slechts een verplichting vestigde voor deze, doordat de vereisten, die voor hare toepasselijkheid aanwezig moeten zijn, in het concrete geval wel bestonden bij de rechtspersoon, maar niet bij het orgaan persoonlijk ». A titre d'illustration, l'auteur cite les obligations légales en matière de voisinage dont la titularité suppose la détention d'une qualité particulière : celle de propriétaire.

(227) A.S. HARTKAMP, *Verbintennissenrecht*, op. cit., n° 261 : « Het orgaan is niet steeds persoonlijk aansprakelijk (n.d.l.r. : suit la citation d'un arrêt du Hoge Raad) omdat het door zijn daad niet steeds persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld, ook al was die daad met betrekking tot de rechtspersoon wèl onrechtmatig ».

Als algemene regel zal kunnen worden aanvaard, dat naast de rechtspersoon ook het orgaan aansprakelijk is, indien dit heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die het naar verkeersnormen persoonlijk jegens de benadeelde had behoren in acht te nemen ».

(228) L'on relèvera que l'espèce — précitée — ayant donné lieu à l'arrêt du 22 janvier 1991 de la Cour de cassation de France (*supra*, n° 5.2. et note 42) était une affaire de troubles de voisinage (*supra* note 226 pour l'attention que cette hypothèse a également suscitée en droit néerlandais) à propos de laquelle la Cour de cassation décida, en conformité avec la position adoptée par elle, qu'il n'était pas démontré que l'administrateur assigné en réparation avait commis une « faute qui soit séparable de ses fonctions de dirigeant et lui soit imputable personnellement » (souligné par nous).

(229) P. LEWALLE, op. cit., pp. 24-25 et la jurisprudence citée.

(230) *L'unité du concept de personnalité morale...*, op. cit., n° 609.

die, notamment en vue de dégager un critère permettant de distinguer les dispositions légales créant une obligations exclusivement à charge des personnes morales et les « autres ». H. De Groot (231) propose à cet égard, en droit néerlandais, une typologie intéressante. De celle-ci résulte quatre cas où seule la responsabilité de la personne morale elle-même pourrait être engagée : celui où l'organe a agi sur ordre d'une autorité supérieure (232) ; l'organe a agi sur base d'une appréciation qui s'est révélée ultérieurement illégale (233) ; la norme ne s'adresse qu'à la personne morale elle-même ; la responsabilité de la personne morale repose sur la prise d'un risque (*risico-element*) qui comme tel ne doit être assumé que par la personne morale. Le dernier élément de la typologie énoncée pourrait donner lieu au développement d'une réflexion extrêmement féconde (234). La notion de risque, déjà rencontrée au cours de cette étude (*supra* n° 6), réapparaîtra encore dans la suite de nos réflexions (*infra* n° 19).

En outre et pour en revenir un instant à la question — déjà évoquée *supra*, n° 8.1. — de la violation d'une obligation légale, il nous semble que le critère du caractère personnel de l'obligation permet à l'administrateur, qui ne s'est montré ni négligent ni imprévoyant, d'échapper à l'automaticité dans l'engagement de sa responsabilité aquilienne en raison du simple fait matériel

(231) *Bestuurdersaansprakelijkheid*, *op. cit.*, p. 121.

(232) Dans notre droit l'ordre de l'autorité figure au rang des faits justificatifs éliminés d'imputabilité de son comportement à l'agent : voy. L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n° 19 et *supra*, n° 8.1. et texte accompagnant la note 105.

(233) Voy. n° 8.1. et le texte accompagnant les notes 108 à 116. H. DE GROOT (*ibid.*) s'exprime en ces termes : « hij (n.d.l.r. : l'organe) handelde in de redelijke veronderstelling dat hij bevoegd was ». Comp. avec C.H. BRUNNER (*op. cit.*, n° 188) à propos du même élément de la typologie : « Het orgaan handelt in de uitoefening van een vermeend recht van de rechtspersoon ».

(234) La question de l'allocation des risques (ou celle de savoir qui va supporter la charge de la survenance de circonstances éventuelles) a particulièrement retenu l'attention des rédacteurs du NBW au titre des *verkeersopvattingen* qui constituent, outre la *redelijkheid en billijkheid* (art. 3:12 NBW) et les *maatschappelijke opvattingen* (art. 6:3 NBW), l'une des sources auxquelles s'alimente le droit non écrit (*ongeschreven recht*) reconnu par le NBW. Ainsi, les dispositions du NBW quant à la force majeure (art. 6:75), l'imprévision (art. 6:258) et la responsabilité aquilienne (6:162) intègrent cette notion de risque. Plus spécifiquement, l'art. 6:162(3) dispose que :

« Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt » (souligné par nous).

Sur tout ceci, voy. G.J. WIARDA, *op. cit.*, pp. 54 et suiv. et spéc. pp. 62-63.

de la violation de la disposition légale ou réglementaire. Il s'agit là d'une autre lecture qui pourrait être faite des arrêts contestés de la Cour de cassation rendus à propos de la transgression de l'article 440 de la loi sur les faillites (*supra* notes 95, 96 et 97). Effectivement, l'examen de la disposition envisagée révèle que celle-ci ne s'adresse qu'au « failli » ou encore au commerçant dans le chef duquel les conditions de la faillite sont réunies. Il apparaît donc clairement que seule la société (qui est la seule à détenir la qualité de commerçante) est visée par l'article 440 précité. En conséquence la transgression matérielle de l'article 440 de la loi sur les faillites ne peut comme telle engendrer de responsabilité que dans le chef de la personne morale. Toutefois, les arrêts dont question réservent expressément l'hypothèse où le comportement de l'administrateur, à l'occasion de la transgression de l'article 440, constituerait une violation de la norme générale de prudence et serait, de ce fait, susceptible de provoquer l'engagement de sa responsabilité aquilienne (235).

SECTION II. — LE LIEN DE CAUSALITÉ

10. — On pourrait dire du lien de causalité que celui-ci constitue le « grand méconnu » du droit de la responsabilité aquilienne des administrateurs de sociétés. Les tribunaux (236) mais aussi, et peut-être surtout, les parties au litige ne s'en préoccupent guère (237). A tort, pensons-nous, car la démonstration du lien de

(235) Cette position nous semble être la seule apte à justifier l'opinion — énoncée *supra*, note 94 — de M. X. DIEUX qui semble considérer que la jurisprudence évoquée ne s'inscrit en réalité qu'en prolongement du droit commun stipulant la prévisibilité du dommage en matière de responsabilité aquilienne. Cette observation est évidemment tout à fait pertinente si l'on considère que l'arrêt concerné ne se préoccupait pas de la transgression matérielle d'une norme légale mais bien de l'appréciation d'une faute des administrateurs au sens des art. 1382 et 1383 du Code civil. Au moment que nous clôturons la relecture des épreuves de cette étude, nous prenons connaissance de la contribution de L. CORNÉLIS (« Fout en wetsovertreding in het handelsverkeer : enkele beschouwingen ») aux *Mélanges R.O. Dalcq. Responsabilités et assurances* (Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 17 et suiv. et spéc. pp. 23 et suiv.), laquelle exprime une opinion substantiellement identique à celle que nous venons d'exposer à propos de la transgression de l'article 440 de la loi sur les faillites.

(236) B. VAN BRUYSTEGEM, *op. cit.*, p. 492 ; C. PARMENTIER, *op. cit.*, n° 11 ; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 128.

(237) Une espèce que nous avons récemment commentée pour cette Revue en témoigne encore : Gand, 3 mars 1992, *R.P.S.*, 1993, n° 6629, p. 310. D'autre part, il fut relevé par les commentateurs de l'arrêt — précité — rendu le 15 mars 1991

causalité, et ce même dans un pays qui, comme le nôtre reste attaché à la théorie de l'équivalence des conditions (238), est fréquemment le lieu de l'affrontement feutré entre des valeurs relevant de politiques juridiques différentes (239). Or, l'on a déjà eu l'occasion de montrer à quel point la matière de la responsabilité

par la cour d'appel de Bruxelles (*supra* note 143 et texte) que le lien de causalité faisait défaut en l'espèce puisque si le conseil d'administration avait agi adéquatement (en s'acquittant de son obligation d'information), les tiers demandeurs n'auraient pu davantage participer à la plus-value dont ils se plaignaient d'avoir été frustrés (voy. X. DIEUX, « La divulgation d'informations... », *op. cit.*, n° 11, p. 92 ; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 96).

Voy. toutefois, pour une décision accordant l'attention qui lui revient à la preuve du lien causal : Civ. Gand, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935 et spéc. pp. 943 et 944-945 (à propos d'une recherche de responsabilité de fondateurs en raison d'une sous-capitalisation : « De curatoren moeten immers bewijzen dat de onderkapitalisatie noodzakelijk als gevolg moest hebben dat de vennootschap om die reden failliet zou gaan met de daaruit voortspruitende schade voor de vennootschap en haar schuldeisers (...) Uit de latere verslagen (...) moet blijken dat de oorzaak van het faillissement in feite te wijten is aan andere externe factoren. Zo wordt regelmatig verwezen naar de marktsituatie. Het zijn precies deze externe factoren zoals de verslechtering van de conjunctuur in 1981-1982 en de overcapaciteit op wereldvlak die de crisis in de textielsector hebben tweeweggebracht ». En conséquence, l'existence d'un lien de causalité est rejetée).

(238) En vertu de cette théorie, le lien de causalité entre la faute et le dommage sera considéré comme établi lorsque le juge constate que, sans la faute démontrée, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* : Cass, 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 201 ; Cass., 11 juin 1956, *Pas.*, I, 1094 et 1096 (deux espèces) ; Cass., 6 juin 1978, *Pas.*, I, 1151 ; Cass., 30 mai 1980, *Pas.*, I, 1204 ; Cass., 26 février 1981, *Pas.*, I, 708 ; Cass., 8 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 388 et les conclusions de M. le premier avocat général J. VELU ; Cass., 11 décembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11147 ; Cass., 28 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 117, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11958. Voy. également R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 2426.

(239) L'illustration topique, souvent évoquée à cet égard, est celle du propriétaire abandonnant son véhicule muni de ses clés : le véhicule est volé et le voleur au volant provoque un accident ; la responsabilité du propriétaire doit-elle être retenue ? W. VAN GERVEN (*La politique du juge*, *op. cit.*, pp. 115-116) souligne le conflit de valeurs sous-jacent : devoir civique du conducteur de veiller à ce que la sécurité de ses concitoyens ne soit pas menacée ou atteinte à sa liberté individuelle dans l'hypothèse de la reconnaissance d'un tel devoir ? « Juridiquement, poursuit M. Van Gerven, ce jugement de valeur s'ordonne autour de la question de la causalité (...) La règle de causalité requiert une certaine souplesse, tout en indiquant une orientation : la reconnaissance de ce lien sur base d'un jugement de valeur peut apparaître comme une application trop large de la règle et sera pour cette raison écartée ». A ce propos, Mme G. SCHAMPS (« La prévisibilité du dommage en responsabilité civile... », *op. cit.*, n° 14, note 62) observe que la jurisprudence actuelle révèle deux tendances : l'une se focalisant sur la faute du propriétaire (qui sera retenue et engagera la responsabilité de son auteur sans que l'on ne se montre trop préoccupé de la démonstration du lien de causalité) et

quasi-délictuelle apparaît sous-tendue d'un conflit de politiques juridiques (*supra* n° 8.2.2.3.). D'autre part nous avons vu que la causalité n'est pas sans entretenir certains liens avec la notion de prévisibilité du dommage (*supra* n° 8.2.2.1.), notion éminemment flexible s'il en est. Enfin, M. X. DIEUX a fait remarquer que la difficulté la plus importante risquant de surgir à propos de l'engagement de la responsabilité de la société ou de son administrateur ensuite du manquement à une obligation d'information lui incombant (notamment en vertu du droit financier) réside dans la démonstration du lien de causalité (240).

SECTION III. — LE DOMMAGE

11. — L'on fera simplement observer ici que, contrastant avec notre droit dominé par le principe de la réparation intégrale du dommage (241), le nouveau Code civil néerlandais formule un principe (article 6:109) autorisant le juge à modérer le montant des dommages-intérêts pour les cas où il s'avérerait que la réparation intégrale du préjudice générerait des « conséquences manifestement inacceptables » (*kennelijk onaanvaardbare gevolgen*). Cette disposition, incontestablement applicable dans la matière de la responsabilité des administrateurs (242), a surtout vocation à régir les cas où une responsabilité a été engagée ensuite d'une faute légère (243). Peut-être l'existence de cette disposition incitera-t-elle les juges néerlandais à se montrer à l'avenir moins timides dans la rétention d'une responsabilité quasi-délictuelle d'un administrateur. Si tel devait être le cas, l'on ne pourrait guère en tirer de conclusion en termes d'orientation de politique

l'autre appréciant davantage la causalité « par une application moins stricte de l'équivalence des conditions ou même adoptant la causalité adéquate ».

(240) « La divulgation d'informations... », *op. cit.*, n° 11 et 15.

(241) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Les obligations*, 3^e éd., T. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 1021.

(242) W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, *op. cit.*, n° 257

(243) P. ABAS, *Rechterlijke matiging van schulden*, 2^e éd., Monografieën Nieuw BW, A 16, Deventer, Kluwer, 1992, p. 19 : « Bij lichte schuld klinken de pleidooien om matiging het meest overtuigend. Al in 1932 verdedigde Marx in W12404 het standpunt dat in civilibus rekening moet worden gehouden met de schuldgraad en dat in voorkomende gevallen slechts plaats is voor een gedeeltelijke schadevergoeding ».

juridique, le propos se trouvant, en quelque sorte, étouffé par la mise en œuvre d'une démarche pragmatique.

12. — Conclusion provisoire

Le droit de la responsabilité aquilienne des administrateurs constitue manifestement une hypothèse de mise à l'épreuve des conditions qui, classiquement, régissent la mise en œuvre de la responsabilité quasi-délictuelle. A l'issue de cet exposé, l'on s'aperçoit qu'il n'est pas vraiment souhaitable de s'engager dans la « voie française » en la matière. Néanmoins, il apparaît nettement que l'engagement de la responsabilité aquilienne de l'organe d'une personne morale se trouve plus ou moins ouvertement influencé par des considérations relevant de l'idée d'absorption de la personnalité de l'organe par celle de l'entité personnifiée. D'autre part, la flexibilité des notions « subversives » (intérêt légitime, prévisibilité) conditionnant également la mise en œuvre d'une responsabilité aquilienne convient merveilleusement à des espèces souvent factuellement complexes et politiquement controversées.

CHAPITRE II. — L'administrateur, personne morale : permissibilité de la désignation par elle d'un mandataire (e.a. cas particulier de l'employé de la personne morale — administrateur) pour la représenter dans l'exercice de sa fonction et questions de responsabilités (plus spécialement au regard de l'article 1994 du Code civil)

13. — La revue *DAOR* a récemment (244) assuré la publication de deux études sous le thème fédérateur de « L'administrateur, personne morale ».

L'une d'entre elles, de la plume de M^{me} H. Laga (245), aborde essentiellement la question de la permissibilité pour une personne

(244) *DAOR*, n° 27, mai 1993.

(245) « De uitoefening van een bestuurdersmandaat door een vennootschap », pp. 19-24. Cette étude fit également l'objet d'une publication (texte identique, sous réserve de quelques précisions supplémentaires — ne modifiant pas fondamentalement l'élaboration doctrinale — au n° 14) dans la revue *T.R.V.* (1993,

morale — administrateur d'une société (246) de se faire représenter par un mandataire spécial dans l'exercice de cette fonction. La réponse de l'auteur est négative : le caractère *intuitu personae* du mandat d'administration s'oppose à ce que son titulaire puisse se faire représenter de manière permanente par un mandataire. Le mandat d'administrateur doit donc être exercé personnellement par la personne morale concernée. Pour cette dernière, l'exercice personnel de la fonction s'identifie à l'intervention de ses organes qui seuls sont habilités à manifester la présence de la personne morale dans le commerce juridique (247). Le caractère *intuitu personae* de la fonction d'administration s'impose, selon l'auteur, impérativement en vertu de la loi elle-même. Si un mandat d'administrateur était exercé par un mandataire spécial en dépit du principe énoncé, les actes posés par ce représentant seraient ceux d'une personne sans pouvoir. Ils pourront néanmoins être ratifiés avec effet rétroactif par un organe compétent (248).

L'autre étude, portant la signature de M. O. Ralet (249), procède d'une démarche à vrai dire assez curieuse. L'auteur ignore délibérément l'objection formulée par M^{me} Laga à ce qu'un mandataire spécial puisse licitement représenter une personne morale dans l'exercice de sa fonction d'administrateur pour raisonner « comme si » cette pratique était admissible (250). Nous ne nous

pp. 313 et suiv.) sous le titre « De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuurdersmandaat ».

(246) L'auteur rappelle que la possibilité pour une personne morale d'exercer la fonction d'administrateur n'est plus contestée depuis l'arrêt du 17 mai 1962 de la Cour de cassation (*Pas.*, 1962, I, notes). Cons. P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration des sociétés anonymes », note sous l'arrêt précité, *R.C.J.B.*, 1964, pp. 74 et suiv.

(247) Etude précitée, p. 21.

(248) *Ibid.*, p. 23. Sur la ratification, cons. not. C. PAULUS & R. BOES, « Lastgeving », *Algemene Practische Rechtsverzameling*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1978, nos 246 et suiv. ; P.A. FORLERS, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 105 et suiv. et spéc. pp. 157-159 ; même auteur, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents », *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1990, pp. 29 et suiv. et spéc. pp. 79-80 ; L. SIMONT, « Exposé introductif », *Les intermédiaires commerciaux*, *op. cit.*, pp. 7 et suiv. et spéc. pp. 24-25.

(249) « L'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne morale — Questions de responsabilités », pp. 9-18.

(250) p. 9 : « Bien que la personne morale administrateur doive, dans la rigueur des principes, se faire représenter dans l'exercice de son mandat par ses organes (voir sur ce sujet, l'étude de Me LAGA...), il faut bien constater que la

attarderons qu'à un point particulier envisagé par l'auteur lequel, nous a-t-on rapporté, suscita un émoi certain au sein du public de praticiens présent lors d'une présentation orale que fit M. Ralet (251) de l'étude reproduite dans la revue *DAOR*. Envisageant l'hypothèse où la personne morale — administrateur ins-titueraient, à titre de mandataire pour la représenter dans l'exercice de ses fonctions, l'un de ses employés, l'*actio mandati* de la société administrée ne pourrait être exercée ni à l'encontre de l'employé mandataire, en vertu de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail (252), ni à l'encontre de la personne morale — administrateur en raison de la règle d'irresponsabilité (totale ou partielle) résultant *a contrario* de l'article 1994 du Code civil pour le cas d'une substitution de mandataire autorisée par le mandant (253) (les statuts de sociétés administrées précisant fréquemment que les administrateurs — personnes morales sont habilités à se faire représenter dans l'exercice de leur fonction par la personne physique de leur choix) (254). A cette constatation « difficilement admissible en pratique » (255), l'auteur ne voit que le remède de la dérogation conventionnelle à l'article 1994 précité (256), solution qui nous semble au demeu-

pratique s'éloigne souvent de ce principe et que la personne morale administrateur se fait représenter par un mandataire spécial, qui est quelquefois d'ailleurs son préposé (...) Indépendamment des doutes que l'on peut avoir sur la régularité d'une telle pratique, il nous faut bien entendu ici en tenir compte (...) »

(251) C.I.E.A.U., Bruxelles, 12 février 1993.

(252) Lequel porte qu'

« En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde.

Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel (...) »

(253) Article 1994 du Code civil :

« Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion,

1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;

2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation de personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

(254) Etude précitée, part. pp. 11-12.

(255) *Ibid.*, p. 12.

(256) *Ibid.*, p. 16 : il s'agirait pour la société administrée de préciser dans ses statuts ou de faire stipuler à son profit, à l'occasion de la nomination d'une personne morale au titre d'administrateur, que la personne morale — administrateur assume la pleine responsabilité des actes de la personne choisie par elle en vue de la représenter dans l'exercice de sa fonction.

rant bien peu réaliste puisqu'elle implique, d'une part, une volonté de la personne morale — administrateur d'aggraver sa responsabilité et, d'autre part, la volonté de la société administrée de rechercher une telle aggravation alors que la formation de sa volonté est précisément déterminée par ses associés majoritaires, au rang desquels figure éventuellement la personne morale concernée.

Nous ne pouvons adhérer aux opinions exposées par ces deux auteurs. Les considérations qui suivent procèdent du sentiment qu'un certain nombre de confusions sont entretenues à propos des matières envisagées. Notre seule ambition est de contribuer à la clarification du débat à cet égard.

SECTION I^{re}. — QUANT À L'OPINION DE M^{ME} LAGA
SELON LAQUELLE UNE PERSONNE MORALE — ADMINISTRATEUR
NE POURRAIT CONFIER À UN MANDATAIRE SPÉCIAL
LE SOIN DE LA REPRÉSENTER
DANS L'EXERCICE DE SA FONCTION

14. — A titre liminaire, nous devons souligner notre impuissance à trouver dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales un quelconque principe fixant le caractère impérativement *intuitu personae* de la fonction d'administrateur (257), caractère

Les clauses extensives ou limitatives de la responsabilité du mandataire sont effectivement valables selon les conditions fixées par le droit commun : voy. P.A. FORTIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 47-49.

(257) Il nous semble à cet égard que l'auteur suscite à tort l'impression qu'une intervention législative expresse (article 91 de la loi du 24 juillet 1966, dont question *infra*, n° 16, note 267) aurait été nécessaire en France en vue de consacrer la validité du mandat conféré par la personne morale — administrateur pour la représenter au sein du conseil d'administration de la société administrée (voy. n°s 13-14 de l'étude de Mme LAGA). En réalité, cette disposition ne fut édictée qu'aux fins d'asseoir une certaine permanence du mandat considéré et de régler des questions de responsabilités (voy. D. BASTIAN, « Administration. Conditions de nomination des administrateurs », *Juriscl.*, Sociétés Traitée, fasc. 130-2 (1983), n°s 19-22). Il est par ailleurs intéressant de relever que la toute récente loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée (article 262-8) n'impose plus à la personne morale — administrateur d'une société par actions simplifiée d'instituer un « représentant permanent » au sens de l'article 91 précité. Cette observation confirme que l'institution d'un mandataire par la personne morale — administrateur d'une société anonyme, dont la société par actions simplifiée constitue une manifestation particulière, ne voit pas sa validité suspendue à l'accomplissement d'une formalité substantielle, à savoir la nomination d'un

dont il faudrait inférer l'invalidité des clauses statutaires dérogatoires. L'auteur s'appuie d'ailleurs sur une doctrine dont l'examen ne permet pas, à notre sens, d'induire la conclusion qu'elle énonce.

Certes, la doctrine s'accorde pour souligner la nécessité d'un exercice personnel de son mandat par l'administrateur, celui-ci ayant été choisi en raison de ses qualités et capacités propres (258). Cette prise de position n'est, à vrai dire, guère étonnante si l'on se rappelle que tout mandat est, en principe, conféré *intuitu personae* (259). La même doctrine ajoute néanmoins, et de manière tout aussi unanime, que les statuts de la société au sein de laquelle est exercé le mandat d'administrateur pourraient autoriser ces administrateurs à désigner un mandataire pour les représenter dans l'accomplissement de leur mission (260).

représentant permanent (sur l'article 262-8 de la loi précitée, voy. not. *Société par actions simplifiée*, Paris, Editions Francis Lefebvre, 1994, spéc. p. 86).

(258) Cons., notamment, C. HOUPIN & H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, T. II, 7^e éd., Paris, Sirey, 1935, n° 1065 ; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Fecheyr, n° 427 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 592 ; P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire... », *op. cit.*, pp. 100-101 ; C. RESTEAU par A. BENOÎT-MOURY & A. GREGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, T. II, Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 918.

(259) Pour un rappel de ce principe, cons. e.a. M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, Paris, L.G.D.J., 1932, n° 1469 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Bruxelles, Bruylant, 1952, n° 414. L'on envisagera (*infra*, n° 18) les tempéraments qu'apportent à ce principe la doctrine et la jurisprudence contemporaines en matière de substitution de mandataire.

(260) C. HOUPIN & BOSVIEUX, *ibid.* ; L. FRÉDÉRICQ, *ibid.* ; J. VAN RYN, *ibid.* ; C. RESTEAU, *ibid.*, P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire... », *op. cit.*, pp. 100-102 (« On enseigne généralement que les fonctions d'administrateur de société sont conférées *intuitu personae* (...) les administrateurs pourraient cependant se voir autorisés à se substituer un sous-mandataire ; eu égard au caractère personnel de la fonction, cette autorisation est indispensable pour qu'une substitution soit possible. Il faudrait donc que les statuts le prévoient expressément (...) Comme il résulte des développements qui précèdent que seuls les organes prévus par la loi ont réellement la qualité d'organes — et que les 'organes statutaires' sont en réalité des mandataires —, il faut en déduire que seuls les organes de la société administrateur pourront en principe exercer les fonctions d'administrateur dont elle est investie (...) Il ne pourrait en être autrement que si les statuts de la société au sein de laquelle sont exercées les fonctions d'administrateur autorisaient expressément ses administrateurs à se substituer un tiers. Dans cette hypothèse, mais dans cette hypothèse seulement, la société administrateur pourrait désigner un mandataire pour la représenter au sein du conseil dont elle fait partie. »)

15. — En réalité, deux hypothèses doivent être distinguées : la délégation par la société elle-même, agissant à l'intervention de son organe d'administration, de certains pouvoirs à des tiers et le mandat conféré par un administrateur en vue de le représenter dans l'exercice de sa fonction (261). Dans la première hypothèse, celle de la délégation de pouvoirs conférée par la société, l'on fait observer que seul le mandat spécial est permmissible, la délégation de pouvoirs à caractère général étant interdite (262). Dans la seconde hypothèse, celle du mandataire institué par l'administrateur en vue de l'accomplissement de sa mission, nous venons de voir que ce mandat est licite, en tout cas (263) lorsque celui-ci a fait l'objet d'une autorisation statutaire. Ce rappel n'est pas inutile, vu que la meilleure doctrine n'a pas toujours évité la confusion à cet égard (264).

Pour la considération que le droit commun permet qu'il soit contractuellement dérogé au caractère *intuitu personae* d'une convention, voy. P. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, Paris, L.G.D.J., 1992, spéc. p. 45.

(261) Etablissent très clairement cette distinction : P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, *ibid.*, p. 101 ; J. RONSE, « De vertegenwoordiging van rechtspersonen bij rechtshandelingen naar Belgisch recht », *De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht*, Kluwer, Deventer, 1978, pp. 47 et suiv. et spéc. p. 58.

(262) Cons., e.a., J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, n° 645 ; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent/Leuven, Story-Scientia, 1973, n° 344.

(263) Sous réserve de ce qui sera dit *infra*, à propos de la substitution non autorisée, en particulier eu égard à la question de savoir si le mandataire substitué non autorisé engage toutefois le mandant.

(264) Voy. J. VAN RYN, *ibid.* : l'auteur énonce que la société ne saurait conférer que des mandats spéciaux (première hypothèse distinguée ci-dessus) mais il justifie erronément cette affirmation par l'observation que les organes doivent exercer personnellement leurs fonctions (seconde hypothèse exposée ci-dessus) ; il fait ensuite immédiatement remarquer que l'objet du mandat spécial conféré par la société doit rentrer dans la compétence de l'organe qui le confère au nom de ladite société (première hypothèse) ; enfin, M. VAN RYN considère que le mandataire spécial éventuellement désigné par la société serait un mandataire substitué au sens de l'article 1994 du Code civil, ce qui apparaît manifestement inexact puisque ce fondé de pouvoirs est en réalité un mandataire direct de la société (l'auteur énonce lui-même, dans les lignes qui précèdent cette affirmation, que la société est leur mandante). La seule façon d'expliquer cette dernière réflexion consiste à penser que l'éminent auteur a en réalité entendu viser le mandataire désigné par l'administrateur de la société en vue de le représenter dans l'exercice de ses fonctions (seconde hypothèse). Nous verrons effectivement (*infra*, n° 17) que ce second mandataire peut le cas échéant (quoique pas nécessairement) être qualifié de mandataire substitué au sens de l'article 1994 du Code civil.

Il résulte de ce qui précède que l'*intuitus personae* caractérisant en principe le mandat d'administrateur n'a rien d'impératif puisque la société administrée peut, par la voie statutaire, autoriser ses administrateurs à se faire représenter. Par conséquent, il nous paraît inexact d'affirmer, ainsi que le fait M^{me} Laga, que l'acte posé par le mandataire valablement institué (tel que, par exemple, l'employé mandaté par la personne morale — administrateur en vue de la représenter et ce conformément à une clause statutaire de la société administrée lui conférant ce pouvoir) ne peut engager la société administrée en ce qu'il aurait été posé sans pouvoir (265). Cet acte, posé dans les conditions que nous venons de rappeler, engagera son mandant, c'est-à-dire l'administrateur — personne morale et, par voie de conséquence, la société administrée en vertu des principes régissant la représentation organique.

SECTION II. — QUANT AUX OBSERVATIONS,
FORMULÉES PAR M. RALET, D'APRÈS LESQUELLES
L'*ACTIO MANDATI* NE POURRAIT ÊTRE EXERCÉE
DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LA PERSONNE MORALE —
ADMINISTRATEUR INSTITUERAIT L'UN DE SES EMPLOYÉS
EN QUALITÉ DE MANDATAIRE POUR LA REPRÉSENTER
DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

16. — M. Ralet était donc à notre sens fondé à ne pas s'attarder à la « rigueur des principes » professés par M^{me} Laga.

(265) L'apaisement (évoqué par Mme LAGA) qui pourrait être tiré d'une possible ratification par la société administrée n'est par ailleurs rassurant qu'en apparence. En effet, hormis les hypothèses — certes importantes en pratique — des ratifications tacites (qui pourraient être inférées notamment de l'exécution volontaire par la société des conventions passées à l'intervention du mandataire sans pouvoir de même que, à notre sens, de la décharge des administrateurs prononcée à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire (cons. l'art. 79 L.C.S.C. : aucune indication spéciale dans la convocation ne devra être faite à cet égard puisque l'acte aura, par hypothèse, été autorisé par les statuts)), une ratification de la société nous semble poser question puisqu'elle émanerait d'un organe — le conseil d'administration — qui, de par la présence en son sein d'un mandataire dépourvu de pouvoir, serait irrégulièrement constitué... Sur la nullité des décisions d'organes d'une société anonyme, cons. l'étude, classique, de J. RONSE (« Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap », *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966). Voy. aussi, quant à la nullité d'une décision d'assemblée générale, l'article 190bis L.C.S.C. introduit par la loi du 29 juin 1993.

Il est néanmoins permis de se demander si cet auteur s'est suffisamment interrogé sur la nature juridique précise des rapports instaurés, dans le cas envisagé par lui, entre la société administrée, la personne morale — administrateur et l'employé de cette dernière.

M. Ralet semble considérer comme relevant de l'évidence (aucune autre qualification n'est envisagée ; l'invocation d'une quelconque doctrine ou jurisprudence est par ailleurs omise) que l'employé concerné soit un mandataire substitué de la personne morale — administrateur.

Le sentiment de cette évidence semble, il est vrai, partagé par les quelques auteurs ayant (rapidement) traité la question de l'institution d'un mandataire par l'administrateur d'une personne morale (266). L'interprétation qui fut donnée à l'article 22 § 2 de la loi française du 24 juillet 1867 (267), permettant aux administrateurs, si les statuts le permettent, de « *se substituer* un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle » (souligné par nous), appréhendé comme une déroga-

(266) Voy., par exemple, C. HOUPIN & H. BOSVIEUX, *op. cit.*, n° 1101 (ces auteurs perçoivent l'article 22 § 2 de la loi française du 24 juillet 1867 comme une dérogation légale à la règle tirée de l'article 1994 du Code civil) ; L. FRÉDÉRICQ, *op. cit.*, n° 427 (évoquant d'emblée l'article 1994 du Code civil et la problématique de la substitution) ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial, op. cit.*, n° 645 (qui lorsqu'il vise, à notre sens (voy. *supra*, note 264), le mandataire de l'administrateur, énonce que « Dans le cadre interne de la société, ils seront considérés comme des mandataires substitués, et l'on fera éventuellement application de l'article 1994 du Code civil. ») ; P. VAN OMMESLAGHE & L. SIMONT, « La notion de l'organe statutaire... », *op. cit.*, p. 101 (ces derniers auteurs usent d'une formulation plus ambiguë en ce qu'ils évoquent la possibilité pour un administrateur de se « substituer un sous-mandataire » — souligné par nous).

(267) Cette disposition n'existe plus dans l'actuelle législation française relative aux sociétés anonymes. Aujourd'hui, il faut se référer à l'article 91 de la loi du 24 juillet 1966 (cons. *Jurisl. Sociétés textes*), lequel impose à la société-administrateur d'instituer un représentant permanent « qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ». Ce représentant est un mandataire de la personne morale — administrateur. La réforme de 1966 a visé essentiellement à conférer une certaine permanence dans l'exercice de ce mandat (celui-ci est en principe donné pour la durée du mandat d'administrateur de la personne morale qu'il représente : art. 78 du décret du 23 mars 1967) et à régler la question des responsabilités (voy. B. OPPÉTIT, « Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme », *J.C.P.*, 1969, éd. G, I, 2227 ; A.P.S., « La représentation des personnes morales dans les fonctions d'administrateur », *Gaz. Pal.*, 1974, I, doctrine, p. 22 ; D. BASTIAN, *Jurisl.*, fasc. 130-2, *op. cit.*, n° 19-40).

tion à la règle d'irresponsabilité érigée par l'article 1994 du Code civil (268), a probablement joué un rôle dans la naissance d'un tel sentiment. D'autre part, l'autorisation statutaire (dont il a été question *supra*, n° 15) exigée en vue de permettre à un administrateur de désigner un mandataire le représentant dans l'exercice de sa fonction d'administration, évoque immanquablement le pouvoir de substitution conditionnant l'application du régime d'irresponsabilité (totale ou partielle) instauré par l'article 1994 du Code civil.

17. — Une compréhension correcte des principes régissant le sous-mandat en général et la substitution de mandataire en particulier suscite pourtant la conclusion que si le représentant de la personne morale — administrateur peut, le cas échéant, être qualifié de mandataire substitué, l'employé de cette personne morale chargé *en cette qualité* de représenter cette dernière au sein du conseil d'administration de la société administrée échappe à cette qualification pour ne pouvoir être appréhendé qu'en tant que mandataire « simple » de la personne morale — administrateur. On verra que cette distinction est essentielle pour la détermination du régime de responsabilité de la personne morale — administrateur du fait de son mandataire.

Certes, la substitution de mandataire a été perçue de longue date comme « l'une des parties les plus difficiles » (269) de la matière du mandat. D'autre part, M. P.A. Foriers, dont les écrits à propos de la substitution de mandataire font incontestablement et à juste titre autorité (270), a relevé l'abstention dont s'est rendue coupable la plus grande partie de la doctrine dans la formulation d'une définition précise de la substitution (271). Il revient donc à cet auteur d'avoir excellemment synthétisé ce que recouvre ce concept :

« Il y a substitution au sens de l'article 1994 du Code civil lorsque le mandataire charge un tiers, qui accepte, d'accomplir pour

(268) C. HOUPIN & H. BOSVIEUX, *ibid.*

(269) P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Des petits contrats*, T. I^{er}, Paris, Cotillon, 1863, n° 1015.

(270) Voy. surtout : « Observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution », note sous Cass., 16 décembre 1977, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 469 et suiv. ; « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, spéc. pp. 52 et suiv.

(271) « Observations sur l'article 1994 du Code civil... », *op. cit.*, p. 471.

compte du mandant tout (substitution totale) ou partie (substitution partielle) des actes juridiques qui entraînent dans sa mission » (272)

Deux éléments de cette définition nous semblent devoir plus particulièrement être mis en évidence.

Le premier est que le mandataire substitué *agit pour le compte du mandant* et non pour celui du mandataire originaire (273). Dès lors, l'on ne peut parler de substitution si le second mandataire agit en réalité pour le compte du mandataire originaire (274). Or, dans le cas qui nous préoccupe plus précisément, à savoir celui de l'employé qui *en cette qualité* est chargé de représenter son employeur — administrateur, le second mandataire agit en réalité pour le compte du mandataire initial (à savoir son employeur) et non pour celui du mandant (c'est-à-dire la société administrée).

(272) « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, p. 52.

(273) Dans le même sens : P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n°s 305-307 : cet auteur, dans le substantiel traitement qu'il réserve à la substitution de mandataire, fait figurer l'action pour le compte du mandant au nombre des éléments d'identification de la substitution. Selon lui, le premier élément d'identification se situe au plan de l'objet de la substitution (n° 289 et suiv.) : le tiers substitué accomplit une tâche incombant au mandataire et pour le compte de mandant (l'auteur s'attarde à l'examen d'une jurisprudence faisant apparaître l'éventuelle difficulté à appliquer cette règle car il peut arriver qu'un même intermédiaire agisse successivement pour le compte du mandant et pour le compte d'un tiers). Quant au second élément d'identification sur lequel l'on reviendra (*infra* dans ce no), il est tiré de la personnalité du substitut (n°s 308-309).

(274) La nécessité de déterminer la personne pour le compte de qui agit le prétendu mandataire substitué, quoique souvent perdue de vue, fut pourtant formulée de longue date. Voy., par exemple, la note 1 (et la jurisprudence citée) sous Paris, 4 août 1896 (*D.P.*, 1897, II, 12) : « La personne que le mandataire s'est ainsi substituée est tenue directement et est directement comptable envers le mandant (...) Il n'en est ainsi, toutefois, que s'il s'agit vraiment d'un mandataire substitué ; lorsqu'il n'y a pas, à proprement parler, de substitution, mais deux mandats, un mandat donné par le mandant à une personne, un autre donné par cette personne à un tiers, le tiers qui est alors simplement le préposé ou le conseil officieux du mandataire primitif, n'a de liens qu'avec ce mandataire et, par suite, ne peut être tenu et encourir de responsabilité vis-à-vis du premier mandant ». Plus récemment, voy. C. PAULUS & R. BOES, « De recente cassatierechtspraak in verband met lastgeving », *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, pp. 199 et suiv. et spéc. p. 200 (envisageant la conclusion d'une convention emportant substitution de mandataire : « Belangrijk is dat de persoon die de lasthebber in zijn plaats heeft gesteld, de rechtshandeling, die de lasthebber namens de lastgever diende te verrichten, in naam en voor rekening van de mandant uitvoert en dus niet optreedt in naam en voor rekening van de oorspronkelijke lasthebber. »)

Le second élément définissant la présence d'un substitut est tiré de la volonté de celui-ci de se constituer effectivement mandataire substitué du mandataire initial (275).

Ainsi M. Foriers a-t-il considérablement enrichi la réflexion sur la nature du lien établi entre le mandant et le mandataire substitué en analysant l'engagement pris par celui-ci d'accomplir, pour le compte du mandant, la mission incombant au mandataire initial dans les termes d'une adhésion par le substitut au contrat de mandat intervenu entre le mandant et le mandataire originaire. Cette adhésion répond « aux caractéristiques d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté obligeant, à ce titre, le substitué envers le mandant initial et dont la cause résiderait dans la convention de substitution » (276). L'auteur limite cependant cette analyse à la substitution non autorisée. En cas de substitution autorisée, celui-ci estime que le mandataire, en usant des pouvoirs qui lui sont conférés de se substituer un tiers,

(275) Cons. les intéressantes réflexions de J. NERET (*Le sous-contrat*, Paris, L.G.D.J., 1979, n° 57) quant au rôle de la volonté du contractant intermédiaire, en tant que cause dans le sens subjectif du terme, en vue de déterminer la qualification adéquate (sous-contrat ou cession de contrat) à mettre en œuvre au sein d'un groupe de contrats : « Ainsi, selon qu'il souhaite quitter le théâtre contractuel ou 'rester lui-même à sa place dans le rapport juridique qui l'unit (au contractant originaire)', l'intermédiaire provoquera la naissance d'une cession de contrat ou celle d'une convention en second rang. C'est donc en fin de compte sa volonté qui permet de distinguer les deux opérations juridiques. Certes la présence du contrat originaire reste indispensable ; mais elle n'est plus ici suffisante à elle seule. Pour jouer son rôle de qualification, la cause ne peut être limitée à son seul élément objectif ; on doit élargir sa définition et y inclure un élément subjectif, la volonté de l'intermédiaire » (notes omises). Une argumentation tirée de l'absence de volonté du second mandataire de se constituer substitut du mandataire originaire fut élaborée à l'occasion de l'espèce qui donna lieu à un arrêt du 9 novembre 1987 de la Cour de cassation de France (*Dr. eur. transp.*, 1988, p. 215 et spéc. pp. 217-218). Malheureusement, la Haute juridiction n'aperçut tout simplement pas l'argument, commettant l'erreur, hélas classique, de confondre purement et simplement le sous-mandat et la substitution de mandataire.

(276) « Observations sur l'article 1994 du Code civil... », *op. cit.*, pp. 485-486. Voy. également, même auteur, « Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Les contrats spéciaux (3^e partie) », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 317 et suiv., spéc. n° 241 ; *id.*, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 62-63. Adhèrent notamment à cette analyse : L. SIMONT, « Exposé introductif », *op. cit.*, pp. 22-23 ; P.-H. DELVAUX, « Les groupes de contrats et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, *op. cit.*, pp. 360 et suiv. et spéc. n° 16 ; X. DIEUX, « Les chaînes et les groupes de contrats... », *op. cit.*, n° 7 *in fine*.

épaise en quelque sorte la mission qui lui était confiée et « sort » complètement de l'opération, le substitut devenant le mandataire direct du mandant (277).

Quoique la distinction proposée par M. Foriers entre la substitution autorisée et celle qui ne le serait pas préserve le rôle essentiel de la volonté du substitut (qui soit adhère au mandat initial soit devient partie à ce contrat), nous hésitons à suivre cet auteur dans la seconde branche de son analyse, à savoir la sortie de l'opération du mandataire originaire, la disparition de ses liens avec le mandant et l'absence de lien contractuel entre le mandataire originaire et le substitut (278) en présence d'une substitution autorisée. Outre le fait que l'auteur se trouve fort embarrassé pour expliquer que le mandataire initial conserve, à l'égard de son ex-mandant, une obligation de surveillance (279) du mandataire substitué dont la mauvaise exécution engendrera, le cas échéant, une responsabilité dans son chef (280), cette opinion

(277) « Observations sur l'article 1994 du Code civil... », *op. cit.*, p. 476 ; même auteur, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 58-59.

(278) Sur ce dernier point, voy. « Observations sur l'article 1994 du Code civil... », *op. cit.*, p. 476.

(279) Nous reviendrons (*infra*, n° 19) sur l'importance de cette obligation de surveillance. Dans l'immédiat, il suffit de savoir que cette obligation a acquis une importance considérable dans la doctrine et surtout la jurisprudence contemporaines, à un point tel que l'on peut légitimement se demander si le principe d'irresponsabilité posé par l'article 1994 du Code civil en cas de substitution autorisée ne se trouve pas, par son entremise, vidé d'une grande partie de sa substance.

(280) L'auteur (« Observations sur l'article 1994 du Code civil... », *op. cit.*, p. 476) ne peut expliquer l'existence de cette obligation que par son acceptation, éventuellement implicite, par le mandataire initial qui l'assumerait parallèlement ou complémentaiement à son mandat (lequel, rappelons-le, disparaît, dans la conception de M. FORIERS, par l'effet de la substitution). P. PÉTEL (*Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, nos 320-352), qui consacre de longs développements à la responsabilité (notamment basée sur l'obligation de surveillance) du mandataire initial subsistant ensuite d'une substitution autorisée, n'évoque nulle exigence (doctrinale ou jurisprudentielle) d'une acceptation par le mandataire initial d'une obligation parallèle ou complémentaire permettant d'asseoir son éventuelle responsabilité. L'inconfort de M. FORIERS à cet égard nous semble par ailleurs attesté par la concession immédiate de ce que l'acceptation par le mandataire initial de cette obligation pourrait revêtir un caractère implicite et par le peu d'attention qu'il y consacre (son importante étude datant de 1990 — « Le droit commun des intermédiaires commerciaux », *op. cit.*, pp. 58-60 — ne l'évoque même plus, hormis dans l'hypothèse d'une substitution partielle) — sort inmérité si l'on considère la très grande importance pratique que revêt désormais cette obligation de surveillance. Il est vrai que la solution proposée par M. FORIERS résiste difficilement à l'examen : comment en effet concevoir que le mandataire initial puisse assumer une obligation de surveillance s'exerçant sur une personne (le substitut)

nous semble devoir se heurter à une objection plus fondamentale : celle d'une conception trop étroite de la mission du mandataire initial lorsque celui-ci est autorisé à avoir recours au mécanisme de la substitution. De fait, l'analyse proposée par M. Foriers nous semble procéder d'une confusion entre deux hypothèses certes voisines mais qui doivent néanmoins être distinguées : celle du mandat pour l'exécution duquel le mandataire dispose de la facilité, autorisée par le mandant, de se substituer éventuellement un tiers et celle du mandat dans le cadre duquel la mission confiée au mandataire se limite à trouver un tiers qui pourra s'acquitter adéquatement de la mission qu'envisage de confier le mandant, tiers avec lequel il contractera, au nom et pour le compte de son mandant, un mandat dont l'exécution ne le concernera plus aucunement (281). La dissipation de cette

avec laquelle il n'a aucun lien de droit et sur laquelle, par conséquent, il ne peut exercer aucun contrôle ? L'étrangeté et le potentiel de dangerosité d'une telle responsabilité du mandataire originaire commanderaient que l'obligation évoquée ne soit reconnue que de manière exceptionnelle. On peut dès lors légitimement s'interroger quant à l'acceptation implicite de cette obligation. Pourtant, l'on vient de faire observer, grâce à P. PÉTEL, qu'aucune exigence n'est formulée quant à l'acceptation de l'obligation de surveillance du mandataire originaire...

(281) Dans ce sens : C. PAULUS & R. BOES, « De recente cassatierechtspraak... », *op. cit.*, p. 202 (évoquant l'opinion, exposée au texte, de M. FORIERS, ces auteurs s'expriment en ces termes : « Deze mening lijkt ons fout, omdat zij geen rekening houdt met het werkelijke voorwerp van de lastgeving. De lastgever werd gelast met het verrichten van een welbepaalde rechtshandeling in naam en voor rekening van zijn opdrachtgever. Het is niet omdat hem toegelaten werd zich hierbij geheel of gedeeltelijk door een ander te laten vervangen, dat de lasthebber bij de aanduiding van deze vervanger krachtens het mandaat handelt. Hij 'mag', maar 'moet' zich niet laten vervangen. De plaatsvervanging behoort niet tot de opdracht van de lasthebber. Zijn enige taak is het verrichten van één of meerdere rechtshandelingen. Dit — en dit alleen — is het voorwerp van het mandaat ») ; P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 331 (évoquant les tempéraments introduits par le droit positif à la règle d'irresponsabilité (totale ou partielle) posée par l'article 1994 du Code civil en cas de substitution autorisée, l'auteur les justifie en partie par les considérations suivantes : « Il (n.d.l.r. : l'article 1994 précité) n'est pas conforme à la logique de la situation, car le mandataire se substitue un tiers dans l'exécution d'une mission qui, par hypothèse, lui a été personnellement confiée, qui est sa mission. Dès lors, il ne saurait devenir étranger à l'exécution de cette mission. La plupart des auteurs l'admettent au moins implicitement. C'est d'ailleurs ce qui différencie le mécanisme de la substitution de l'hypothèse voisine où le mandataire a pour mission de conclure un second mandat dont l'exécution ne le concerne plus. Au fond, le mandataire initial reste vis-à-vis du mandant le partenaire essentiel, l'exécutant de premier plan » (note omise)).

confusion permet le maintien du mandataire initial dans la position qui lui revient : celle de partenaire essentiel du mandant même en présence d'une substitution autorisée. Cette position permet de justifier les importants devoirs (sur lesquels l'on reviendra *infra*, n° 19) qu'assume le mandataire initial à l'égard de son mandant ensuite d'une substitution autorisée. D'autre part, il nous semble falloir admettre qu'un lien de nature contractuelle se noue entre le mandataire initial et le substitut. Ce lien, résidant dans le sous-contrat, mettra le mandataire initial en mesure de préserver ses droits lorsque, la mission ayant été mal exécutée par le substitut, le mandant a pu exercer avec succès une action contre lui en raison de l'inexécution des obligations (notamment de surveillance) restant à sa charge (282).

Par conséquent, la justification, proposée par M. Foriers, du lien s'établissant entre le substitut et le mandant tirée de l'adhésion du premier au contrat de mandat conclu entre le second et le mandataire initial nous semble devoir être étendue à toutes les hypothèses de substitution, que celles-ci soient ou non autorisées.

Pour en revenir au cas de l'employé qui, *en cette qualité*, représente la personne morale — administrateur qui l'emploie, il nous semble incontestable que l'on ne puisse lui imputer une quelconque volonté d'adhérer au contrat de mandat intervenu entre la société administrée et la personne morale — administrateur.

Notons enfin, et à titre surabondant en quelque sorte, qu'un dernier argument peut être avancé en vue de repousser la qualité de mandataire substitué de l'employé retenant ici l'attention : il est tiré de la « personnalité du substitut » qui, selon un auteur (283), constitue l'un des éléments permettant l'identification d'une substitution véritable. Ainsi M. Pétel a-t-il fait remarquer que les qualités de mandataire substitué et de préposé du mandataire seraient inconciliables (284). L'auteur précité n'est certainement pas le pre-

(282) En ce sens, P. PÉTEL, *ibid.*, n° 357.

(283) P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, nos 308-309. L'autre élément d'identification est tiré de l'objet du sous-contrat, dont il a été question *supra*.

(284) D'après P. PÉTEL (*ibid.*, n° 309), « Un mandat peut se juxtaposer à un contrat de travail (...) Un tel mandataire (n.d.l.r. : le préposé investi d'un mandat par son employeur) (...) reste par ailleurs un préposé. S'il accomplit des actes pour lesquels son employeur était lui-même mandaté, la situation ne peut donc s'analyser en une substitution de mandataire. L'employeur est responsable comme s'il avait agi personnellement » (notes omises).

mier à avoir formulé cette observation. Parmi ses prédécesseurs l'on remarquera la présence de F. Laurent (285).

L'on conclura donc que si l'employé désigné en cette qualité par la personne morale-administrateur en vue de la représenter dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur est bel et bien un mandataire (286) (287), il ne peut s'agir d'un mandataire

(285) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XXVII, Bruxelles/Paris, Bruylant/Pédone, 1877, n° 489 *in fine*. Également dans le même sens, notamment : Paris, 4 août 1896 (précité); *R.P.D.B.*, V° Mandat, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., T. VII, n° 634; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, n° 1469 *in fine*; M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 68; J. NERET, *Le sous-contrat*, *op. cit.*, n° 73; G. VINEY, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n°s 820 et suiv.; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, Droit civil, V° Mandat, T. V, n° 210.

(286) Il n'est en effet guère contesté qu'un travailleur puisse en cette qualité exercer une activité de mandataire au nom et pour le compte de son employeur (voy. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T. I^{er}, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de sciences sociales, 1982, n° 152. Dans le même sens : J. STEYAERT, C. DE GANCK & L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst, Algemene Practische Rechtsverzameling*, Gent, Story-Scientia, 1990, n° 43).

Sur la question — distincte — du cumul des qualités d'employé et d'administrateur de la société administrée, cons. M. JAMOULLE, *op. cit.*, n° 156; J. STEYAERT, C. DE GANCK & L. DE SCHRIJVER, *op. cit.*, n° 66; P. VAN OMME-SLAGHE & X. DIEUX, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, n° 119 (le contrat de travail et le contrat conférant la qualité d'administrateur doivent avoir des objets distincts et le lien de subordination doit exister dans l'exercice des activités effectuées en qualité d'employé. Le régime propre de la responsabilité des administrateurs s'appliquera aux actes accomplis dans l'exercice de la fonction d'administrateur et l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sera appliqué aux actes accomplis en qualité d'employé : J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs... », *op. cit.*, n° 49).

Dans l'hypothèse, également distincte, où un employé d'une société dominante serait désigné comme administrateur de la société dominée, M. FAGNART (*ibid.*, n° 51) est d'avis que l'employé ne pourrait se prévaloir de l'application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 pour les actes posés dans l'exercice de sa fonction d'administrateur. Il est donc dans l'intérêt du travailleur d'œuvrer plutôt en tant que mandataire de la société dominante qui serait elle-même administrateur (situation qui a principalement retenu notre attention jusqu'ici). La société dominante y trouve elle-même un avantage puisque, en tant que mandante, elle ne pourrait se voir opposer l'obligation de discrétion qui pèse sur les administrateurs et qui leur « interdit de communiquer au groupe d'actionnaires ou à la société dont il représente en fait les intérêts au sein du conseil les renseignements qu'il a recueillis dans l'exercice de son droit d'investigation individuelle » (L. SIMONT, « L'administrateur d'une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d'investigation individuelle ? », *op. cit.*, p. 200).

Rappelons, d'autre part, que la Cour de cassation a admis que la fonction de délégué à la gestion journalière puisse faire l'objet d'un contrat de travail (Cass., 22 janvier 1981, *R.C.J.B.*, 1981, p. 495 et note S.J. NUDELHOLE) et ce même si le délégué à la gestion journalière est en même temps administrateur (Cass.,

substitué. L'on se trouve donc en présence d'un mandat « simple » auquel la règle d'irresponsabilité tirée de l'article 1994 du Code civil est inapplicable. La personne morale — administrateur sera dès lors responsable des actes de son mandataire selon le droit commun posant le principe de la responsabilité du contractant du fait des actes posés par ses agents d'exécution (288).

La question envisagée par M. Ralet ne suscite donc pas de problème particulier quant à l'articulation des régimes de responsabilité tirés du droit des sociétés (la personne morale — adminis-

28 mai 1984, deuxième espèce, *Pas.*, 1984, I, 1173). Cette jurisprudence est contestée. Ainsi MM. VAN OMME-SLAGHE & DIEUX (*ibid.*) n'aperçoivent pas comment les régimes de responsabilité distincts tirés des articles 63 L.C.S.C. et 18 de loi du 3 juillet 1978 pourraient être conciliés. J.-L. FAGNART (*ibid.*, n° 50) propose à cet égard de faire abstraction de la qualité d'administrateur pour les actes posés dans le cadre de la gestion journalière tout en admettant qu'il sera parfois bien difficile de déterminer si les actes accomplis relevaient de la gestion journalière ou de l'administration de la société.

(287) Remarquons au passage que la circonstance qu'un mandataire se trouve soumis à un certain contrôle de son mandant et soit en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce dernier ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrat d'emploi, en l'absence d'une véritable subordination juridique (voy. C.T. Anvers, 23 novembre 1989, *Pas.*, 1990, II, 110, notes et, même juridiction, 4 décembre 1989, *C.D.S.*, 1991, p. 304, note : à propos de gérants indépendants d'institutions publiques de crédit dont les relations avec lesdites institutions de crédit sont organisées dans le cadre d'un contrat de mandat. La première décision rappelle qu'il s'agit, dans l'interprétation d'une convention, de donner la préférence à la qualification que les parties ont elles-mêmes choisie, sauf s'il est établi que cette qualification est contraire soit à la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, soit à ses stipulations ou à son exécution. Ce principe est constant : voy. notamment Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 256 et Mons, 13 juin 1989, *Pas.*, 1990, II, 40. Sur ce que le recours à des agents — mandataires par une institution de crédit peut toutefois entraîner une responsabilité dans le chef de la mandante comme elle l'eût encourue, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 3 du Code civil, si cet agent avait été son préposé et ce en vertu de la théorie de l'apparence, voy. *infra*, n° 22).

(288) Pour le rappel de ce principe, voy. Cass., 5 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 128 et cons. J. NERET, *op. cit.*, n° 272; P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n° 331; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, p. 58; P. LE TOURNEAU in *Encycl. Dalloz*, V° Mandat, *op. cit.*, n° 215; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats... », *op. cit.*, n° 6.

C. PAULUS & R. BOES, (« De recente cassatierechtspraak... », *op. cit.*, p. 204) distinguent la véritable substitution (application de l'article 1994 alinéa 2 procurant au mandant le droit d'agir directement contre le substitué) du mandat conféré par le mandataire (auquel cas le second mandataire pourrait bénéficier de l'immunité instaurée à son profit par la Cour de cassation en son arrêt rendu le 7 décembre 1973 (précité). Sur l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour à propos de cette délicate question de l'immunité de l'agent d'exécution, voy. *supra*, n° 5.3. et cons. X. DIEUX, *ibid.*, n° 9.

trateur demeure bel et bien responsable en sa qualité d'administrateur) et du droit du travail (l'employé bénéficie de l'application de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978). Il se pourrait néanmoins que la personne morale — administrateur songe à recourir aux services d'un véritable mandataire substitué (lequel ne pourrait, au sens des réflexions qui précèdent, être l'un de ses employés mais pourrait être n'importe quel tiers (289) pourvu que celui-ci réponde aux conditions, énoncées *supra*, gouvernant l'attribution de la qualité de substitut) afin de la représenter dans l'exercice de ses fonctions.

(289) La personne morale — administrateur pourrait-elle mandater un employé de la société administrée en vue de la représenter au sein du conseil d'administration de cette dernière ? Il est certain que dans cette hypothèse, l'employé pourrait plus aisément se voir attribuer la qualification de mandataire substitué (effectivement, il ne semble guère faire de doute que l'employé agira pour le compte de la société administrée et que sa personnalité de préposé ne fait pas ici obstacle à la qualité de substitut puisqu'il n'est pas le préposé du mandataire originaire). La question a été abordée en France. Ainsi un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 5 mars 1980, *Bull. Joly*, 1980, 685) a reconnu la validité du contrat de travail intervenu entre le représentant permanent d'une personne morale — administrateur (qui, rappelons-le, est le mandataire désigné par la personne morale — administrateur en vue de la représenter au sein du conseil d'administration de la société administrée) et la société anonyme administrée lorsqu'il obéit aux règles de l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966. Cette disposition prévoit en substance qu'un salarié peut être nommé administrateur de la société qui l'emploie sans perdre le bénéfice de son contrat de travail pour autant que celui-ci continue de correspondre à un « emploi effectif ». Cette dernière notion recouvre les conditions, exposées ci-avant, formulées par la jurisprudence belge quant à la permissibilité du cumul d'un mandat d'administrateur avec un contrat de travail (cons. M. GERMAIN, « Administration. Statut des administrateurs », *Juriscl., Sociétés* Traité, fasc. 130/3 (1981), n° 99 et suiv. : exercice de fonctions distinctes dans le cadre du mandat d'administrateur et en exécution du contrat de travail, existence d'un lien de subordination caractéristique d'un contrat de travail et perception d'une rémunération par le travailleur ; F. MANSUY, « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », *Rev. soc.*, 1987, pp. 1 et suiv. : observant que la jurisprudence récente, prenant le contrepied d'une jurisprudence plus ancienne, tend à se montrer plus stricte dans la vérification des conditions d'existence d'un véritable emploi effectif ; Versailles, 6 janvier 1989, *Bull. Joly*, 1989, 322, note LE CANNU : à propos de l'exigence d'un lien de subordination). La position adoptée par la cour d'appel de Paris va incontestablement dans le sens, préconisé par l'article 91 — précité — de la loi du 24 juillet 1966, de l'assimilation du représentant permanent à l'administrateur (sur cette assimilation et ses limites, cons. D. BASTIAN, *Juriscl.*, fasc. 130-2, *op. cit.*, n° 30 et suiv.). La question mériterait incontestablement d'être débattue en droit belge.

SECTION III. — *QUID* DE LA RESPONSABILITÉ
DE LA PERSONNE MORALE — ADMINISTRATEUR
EN CAS DE VÉRITABLE SUBSTITUTION DE MANDATAIRE
(APPLICATION DE L'ARTICLE 1994, ALINÉA 1^{er},
DU CODE CIVIL) ?

18. — Nous avons vu (*supra* n° 15) que la doctrine insiste sur la nécessité d'une clause statutaire par laquelle la société administrée autoriserait la personne morale — administrateur à recourir à un mandataire (sans qu'il soit clair que les auteurs aient entendu viser toute forme de représentation ou plus spécialement la substitution de mandataire). Quelle sera la situation des parties en l'absence de précision ou encore en présence d'une prohibition expresse dans les statuts concernés ?

Une fois de plus, il revient à M. P.A. Foriers d'avoir considérablement précisé les choses à propos de la substitution de mandataire, quoique celui-ci précise, d'entrée de jeu, que la matière est extrêmement controversée (290).

Selon cet auteur, il s'impose de distinguer « entre deux ordres d'idées : la représentation du mandant par le mandataire substitué (...) et la responsabilité du substituant à l'égard de son mandant (question que règle l'article 1994, al. 1) » (291).

S'agissant de la représentation, rappel est fait de la doctrine majoritaire estimant aujourd'hui que le mandataire substitué engage effectivement le mandant dans le silence de la convention quant au recours à la substitution (292). Plus remarquable est toutefois la constatation que M. Foriers s'engage — quoique prudemment (293) — plus-avant en formulant l'opinion que le substitut engagerait valablement le mandant en présence d'une clause conventionnelle interdisant espressément la substitution (294). L'auteur procède de l'observation de ce que l'article 1994, alinéa 2, du Code civil accorde au mandant *dans tous les cas* le pouvoir d'agir directement contre le mandataire substi-

(290) « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 52 et suiv.

(291) *Ibid.*, p. 56.

(292) *Ibid.*, p. 57 ; dans le même sens : P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 353.

(293) Il conclut en effet son exposé sur ce thème par la considération que « La question demeure (...) ouverte » (*ibid.*, p. 58).

(294) *Ibid.*, pp. 55, 57-58.

tué (295). « Or, poursuit l'auteur, qui ne voit pas que si le mandant peut, en l'absence de pouvoir de substitution, agir contre le substitué et tenir son mandataire responsable des fautes de ce dernier, c'est nécessairement que le mandant est lié par l'acte que le substitué a conclu à des conditions défavorables. L'article 1994 admet donc curieusement que le substitué représente le mandant *même contre son gré* » (souligné par nous, doctrine citée omise). Par conséquent, conclut l'auteur, « Il ne me paraît pas interdit de soutenir que la représentation joue même en cas de prohibition expresse. A l'appui de cette thèse, on pourrait faire valoir que le législateur a voulu protéger les tiers (296) contre les difficultés de la justification des pouvoirs du substitué qui impliquerait dans la rigueur des principes, la production à la fois de la procuration originaire et de l'acte de substitution. Le substitué serait dès lors investi dans tous les cas d'une sorte de pouvoir apparent de représentation (comp. art. 2005 et 2008 du Code civil en cas d'expiration du mandat) » (297). Cet argument de protection des tiers, ajouté à la considération qu'une importante doctrine récente (P. Pétel, voy. note précédente) semble s'orienter dans la même direction, nous incite à approuver M. Foriers sur ce point. Il nous semble néanmoins incontestable, mais il s'agit ici d'une observation se situant en marge de la problématique de la représentation, que le mandataire se substituant un tiers à l'encontre

(295) Pour un cas d'application de l'article 1994 alinéa 2 à l'encontre du mandataire substitué d'un gérant de S.A.R.L., voy. Cass. crim., 16 janvier 1964, *J.C.P.*, 1964, éd. G, II, 13612, note J.P. et cons. M. STORCK, « S.A.R.L.(S) Gérance », *Juriscl.*, Sociétés, fasc. 74-1 (1991), n° 105.

(296) L'auteur attribue à F. LAURENT (*Traité*, T. XXVII, n° 486) ce souci de protection de l'intérêt des tiers traitant avec le substitué (*ibid.*, p. 55).

(297) M. FORIERS rappelle toutefois l'opinion différente exprimée par un certain nombre d'auteurs (cités en p. 57 de son étude). Selon ces derniers, le mandataire se substituant un tiers en présence d'une prohibition expresse à cet égard excéderait les bornes de son mandat et, par suite, les actes accomplis par le substitué n'engageraient pas le mandant, sauf ratification de sa part.

P. PÉTEL (*op. cit.*) semble aller dans le sens de M. FORIERS : il relève en effet que l'article 1994 a délibérément organisé la substitution non autorisée (n° 312) et souligne qu'« En l'absence d'autorisation, la substitution reste licite et produit ses effets » (n° 353). Il n'est cependant pas absolument certain que l'auteur ait entendu englober la substitution prohibée sous le vocable de « substitution non autorisée » (voy. n° 310, second paragraphe, où l'auteur distingue la substitution autorisée, celle qui serait expressément prohibée et le cas du « silence de la procuration », cette dernière hypothèse étant celle retenant l'essentiel de son attention dans la suite de son exposé).

d'une prohibition expresse formulée par son mandant commet une faute contractuelle engageant sa responsabilité envers son mandant (298).

S'agissant de la responsabilité, M. Foriers rappelle fort adéquatement que la règle d'irresponsabilité posée par l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil s'inscrit en dérogation du droit commun, que nous avons eu l'occasion d'évoquer (*supra* n° 17), posant le principe de la responsabilité du contractant du fait de ses agents d'exécution. Dès lors, les cas de substitution non susceptibles d'être appréhendés sous l'hypothèse d'application de cette disposition (notamment celui de la prohibition expresse de recours à un substitué) restent soumis à l'empire de ce droit commun. Il est dès lors primordial de déterminer si le recours à la substitution a ou non été autorisé par le mandant. Dans le silence du contrat sur ce point, une autorisation tacite pourra éventuellement être inférée « de la nature de la mission confiée au mandataire et des usages » (299).

P. Pétel (300) a bien montré que la doctrine se divise, dans l'hypothèse du silence de la procuration, entre les partisans de

(298) En ce sens : P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 310 (la substitution « constitue une faute contractuelle si elle était expressément interdite »).

Cette observation vaut, bien entendu, également pour le cas du recours à un second mandataire (hypothèse qui a retenu notre attention *supra*, n° 17) alors que le mandant avait expressément interdit un tel recours. Il semble d'ailleurs que la responsabilité du premier mandataire constitue le seul remède à la disposition du mandant en vue de sanctionner l'indiscipline de son mandataire. Effectivement, l'on ne se pose pas la question de savoir si le mandant est engagé par les actes du second mandataire, ce dernier n'ayant, on l'a relevé *supra* n° 17, pas de lien avec le mandant dont l'origine puisse être retracée dans le mandat originaire. Le recours à un second mandataire est une facilité utilisée par le mandataire en vue de mener à bien sa propre mission à l'égard du mandant. Le recours prohibé à cette facilité n'entachera pas la validité des actes que le mandataire pose toujours personnellement — quoique à l'aide de l'agent d'exécution que constitue le second mandataire — au nom et pour le compte de son mandant. Néanmoins, dans la mesure où la faute du mandataire, consistant dans la méconnaissance de la prohibition envisagée, causerait un dommage au mandant, le mandataire initial lui en devra réparation (comp. les développements que consacre P. PÉTEL — *op. cit.*, n° 89 et suiv. — à la méconnaissance par le mandataire des instructions relatives à l'exécution de sa mission (hypothèse assez proche de celle qui nous préoccupe) dont il résulte que le mandant peut être engagé par les actes issus de cette méconnaissance sous réserve toutefois du caractère « réparable » de la faute commise par le mandataire).

(299) P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 58-59.

(300) *Op. cit.*, n° 310-312.

l'autorisation de principe avec le tempérament de l'interdiction tacite et les promoteurs de l'interdiction de principe avec le tempérament de l'autorisation tacite. Le parti adopté se révèle déterminant sur le plan de la charge de la preuve. Effectivement, si l'on opte pour l'autorisation de principe, il reviendra au mandant de prouver l'interdiction tacite tandis que si l'on préfère l'interdiction de principe, il revient au mandataire de faire la démonstration d'une autorisation tacite (301). M. Pétel se range dans le camp des partisans de l'autorisation de principe (302). Par contre, M. Foriers, de par son insistance sur la nécessaire démonstration d'une autorisation tacite en vue d'échapper à l'emprise du droit commun, se positionne très clairement parmi les zélés de l'interdiction de principe.

L'option de P.A. Foriers nous semble devoir être préférée. Celle-ci participe en effet de la solution globalement fort harmonieuse que préconise l'auteur : l'interdiction de principe n'aura aucun effet sur la représentation du mandant par le substitut (voy. *supra*) mais elle introduit une rigueur bienvenue quant à la possibilité pour le mandataire initial de se dégager, par l'invocation de l'article 1994 alinéa 1^{er}, de la responsabilité qui eût été la sienne en vertu du droit commun du fait de l'utilisation d'un agent d'exécution.

19. — Ces préalables étant posés, venons-en à la question qui, sans doute, préoccupe essentiellement le lecteur : une clause des statuts de la société administrée autorise la personne morale — administrateur à avoir recours à un tiers (qui serait un véritable mandataire substitué) pour la représenter dans l'exercice de ses fonctions. La personne morale — administrateur pourra-t-elle se prévaloir de cette autorisation pour échapper à toute responsabilité sur pied de l'article 1994 alinéa 1^{er} du Code civil ?

C'est ce que semble indiquer P.A. Foriers lorsqu'il énonce que le mandataire originaire « sort de l'opération » par le fait de la substitution autorisée. Nous avons déjà eu l'occasion d'amorcer la critique de cette affirmation (voy. *supra*, n° 17) en relevant par ailleurs que celle-ci ne permet pas d'expliquer la subsistance de certaines responsabilités du mandataire originaire en présence

(301) P. PÉTEL, *ibid.*, n° 311.

(302) *Ibid.*, n° 312.

d'une substitution autorisée. Le moment est venu d'explicitier davantage ces propos.

M. Foriers relève lui-même, avec un autre auteur, que le mandant n'entend pas, dans la majorité des cas illustrant la pratique des affaires, que la substitution soit « un moyen pour le mandataire d'échapper à sa responsabilité en la rejetant sur un substitué » (303). Ainsi que l'énonce P. le Tourneau (304) :

« Ce régime de responsabilité (n.d.l.r. : l'auteur fait allusion à l'article 1994 alinéa 1^{er} du Code civil), très favorable au mandataire, qui s'explique pour des raisons historiques dépassées (le mandat gratuit), ne correspond pas aux principes généraux qui gouvernent le sous-contrat : normalement le contractant intermédiaire répond des actes de son substitut (...). Il est donc heureux que la jurisprudence ait su, en dépassant la lettre et même l'esprit de l'article 1994, reconnaître au mandataire initial un double devoir, d'assistance et de surveillance (bien mis en valeur par Ph. Pétel...) »

La reconnaissance de ce double devoir d'assistance et de surveillance est indépendante d'une quelconque acceptation de celui-ci par le mandataire originaire (voy. *supra*, n° 17 et note 280). Il ne semble pas, d'autre part, qu'il faille établir à cet égard une distinction suivant que la substitution est autorisée avec ou sans désignation de personne (305).

Ainsi que l'a observé M. le Tourneau, il revient à P. Pétel de s'être substantiellement étendu sur la consistance de ce double devoir d'assistance et de surveillance.

(303) P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, p. 59 : l'auteur cite M. COZIAN (*L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 70).

(304) *Encycl. Dalloz*, V° Mandat, *op. cit.*, n° 215.

(305) Voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE & A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires. Du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1907, n°s 574-575. Cons. en outre : P. PÉTEL (*op. cit.*, n°s 330 et suiv.) qui n'évoque pas une telle distinction ; P. LE TOURNEAU, *ibid.* (même constatation que celle faite à propos de l'auteur précédent). Contra : D. ALEXANDRE, *Juriscl.*, Droit civil, V° Mandat. Conditions de validité, fasc. B, n°s 62-65 (l'irresponsabilité du mandataire serait totale en cas de substitution autorisée avec désignation de personne ; le devoir de surveillance du mandataire en cas de substitution autorisée sans désignation de personne est par ailleurs souligné).

Le devoir d'assistance implique pour le mandataire initial de fournir au substitut « les éléments (306) qui lui permettront d'obtenir le résultat recherché par le donneur d'ordre » (307).

Le devoir de surveillance mérite de retenir plus longuement l'attention car c'est l'importance acquise par celui-ci dans la jurisprudence contemporaine qui a, sans doute, essentiellement incité M. le Tournéau à observer que les juges en viennent à dépasser la lettre et même l'esprit de l'article 1994 du Code civil. Effectivement, analysant l'intensité de l'obligation de surveillance assumée par le mandataire originaire, P. Pétel observe que la jurisprudence en vient à se rapprocher de l'imposition d'une obligation de résultat, à savoir « que le devoir de surveillance doit s'exercer *en principe* sur les actes du substitut, à moins que les circonstances n'en dispensent le mandataire parce qu'il a des raisons de croire que le substitut accomplira correctement sa mission ». On « doit admettre, poursuit l'auteur, que le manquement au devoir de surveillance est pratiquement établi par le seul fait que le substitut a mal agi » (308). La différence avec l'obligation de résultat se situe cependant dans la possibilité dont dispose le mandataire « de s'exonérer par la preuve de son absence de faute en démontrant qu'il avait des raisons de ne pas s'immiscer dans l'action du substitut » (309). Il s'agit en réalité d'une obligation de moyens avec renversement de la charge de la preuve (ou obligation de moyens renforcée) (310). La consécration par la jurisprudence d'une obligation de surveillance ainsi caractérisée place l'intensité de cette obligation à un niveau fort élevé, particulière-

(306) Ces « éléments » comportent notamment la transmission des instructions nécessaires ainsi que la fourniture des moyens matériels requis par l'accomplissement de la mission.

(307) P. PÉTEL, *op. cit.*, n^{os} 334-339 et spéc. n^o 335.

(308) P. PÉTEL, *op. cit.*, n^{os} 342-352 et spéc. n^o 350.

(309) *Ibid.*, n^o 350.

(310) Sur la *summa divisio* (initée par R. DEMOGUE) que connaît notre droit distinguant entre les obligations de moyens et les obligations de résultat de même que sur les régimes intermédiaires (dont l'obligation de moyens avec renversement de la charge de la preuve fait partie) existant entre ces deux catégories maîtresses ainsi que sur les mécanismes utilisés par la *common law* en vue d'aboutir à des résultats similaires à ceux tirés de l'application par la *civil law* des distinctions précitées, cons. P.-A. CREPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Québec, Yvon Blais, 1989 (plus spécialement quant aux obligations de moyens avec renversement de la charge de la preuve, voy. n^o 28).

ment si l'on songe à établir une comparaison avec les diverses obligations qu'est susceptible d'assumer un mandataire (311). Dès lors, « D'un principe d'irresponsabilité à peine tempéré par une exception presque marginale, le droit positif est ainsi passé à une responsabilité beaucoup plus large » (312).

On peut d'ailleurs se demander si l'évolution jurisprudentielle à cet égard est achevée à ce jour. M. le Tournéau a fait observer en effet qu'« Une tendance se fait jour à élargir la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et à ériger ainsi en principe que le mandataire substituant doit répondre d'une façon générale, à l'égard du mandant, des mandataires qu'il se substitue » (313). L'auteur cite un arrêt du 22 septembre 1988 de la cour d'appel de Paris (314) où la responsabilité d'une banque (mandataire) fut retenue à l'égard de sa cliente (société mandante) en raison de la mauvaise exécution — imputable, d'après les constatations de la cour, à un mandataire substitué (avec, semble-t-il, l'autorisation tacite de la mandante) — d'une opération de virement international sur la seule motivation qu'« Une banque doit répondre vis-à-vis de son mandant des mandataires qu'elle se substitue ». M. Vasseur, annotant l'arrêt pour le *Recueil Dalloz Sirey*, approuve cette décision. Il fait remarquer que la cour ne s'est pas référée à l'article 1994 du Code civil qui, pourtant, lui aurait permis de fonder en droit sa décision sur la méconnaissance de l'obligation de surveillance qu'assume le mandataire vis-à-vis de son substitué. De fait, une telle motivation aurait revêtu un caractère passablement artificiel car, relève l'auteur, comment la ban-

(311) Certes, il s'agit en la matière d'éviter de tomber dans les considérations hâtives faisant un peu trop vite de l'obligation assumée par le mandataire l'archétype de l'obligation de moyens (voy. P.-A. CREPEAU, *op. cit.*, n^o 11). En réalité, le mandataire assume diverses obligations d'intensités différentes dont la caractérisation dépendra, pour le surplus, de la nature de la mission et de la personnalité (éventuel recours à un professionnel) du mandataire (cons. P. PÉTEL, *op. cit.*, n^{os} 9-11). Il reste néanmoins que l'une des deux obligations essentielles assumées par tout mandataire (la seconde est l'obligation de suivre les instructions du mandant, généralement perçue comme une obligation de résultat), à savoir celle de « fournir toute diligence requise dans l'intérêt bien compris du mandant » est soumise au régime de l'obligation de moyens (P. PÉTEL, *ibid.*, n^o 11 ; cons. aussi P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 47-48).

(312) P. PÉTEL, *ibid.*, n^o 352.

(313) *Encycl. Dalloz*, V^o Mandat, *op. cit.*, n^o 217.

(314) *D.S.*, 1991, Somm., p. 30, obs. M. VASSEUR.

que française concernée aurait-elle pu surveiller la banque américaine chargée de l'exécution de l'opération ? Le souci d'échapper à cette artificialité aurait donc amené la cour à énoncer, sans plus, que la banque est responsable envers son mandant des mandataires qu'elle se substitue.

L'auteur propose deux intéressantes pistes de réflexion qui, en droit, permettraient de justifier cette mise à l'écart de la règle d'irresponsabilité que formule l'article 1994 du Code civil.

La première consisterait à discerner dans l'obligation assumée par la banque — mandataire d'exécuter le virement une obligation de résultat dont elle ne pourrait, par conséquent, s'exonérer par la seule démonstration d'une absence de faute dans son chef. Cette explication est séduisante mais ne résiste pas à l'examen. Certes, le fait d'être mandataire n'empêche pas que soient éventuellement assumées en cette qualité des obligations de résultat (315). Cette constatation est cependant impuissante à provoquer un quelconque effacement de l'article 1994 du Code civil puisque l'effet de celui-ci est précisément d'écarter, pour le cas d'une substitution autorisée, la responsabilité qu'aurait normalement — et selon les conditions liées à la nature (de moyens ou de résultat) de l'obligation assumée — encourue le mandataire s'il n'avait pas fait choix d'un substitut.

La seconde proposition de M. Vasseur nous paraît, par contre, mériter l'attention. Selon cet auteur, il y aurait eu *in casu* une prise en charge contractuelle d'un risque d'entreprise (316). Certes, les thèmes de la responsabilité sur base d'un risque créé (317) et de l'acceptation d'un risque (318) ont fait plus particulièrement florès dans le domaine de la responsabilité aquilienne. Sans doute mériteraient-ils d'être explorés davantage en

(315) *Supra*, note 311.

(316) Obs. précitées, p. 30 : « C'est là pour la banque du client, qui n'a pas commis de faute, un risque d'entreprise, ayant pour contrepartie la rémunération reçue. »

(317) Voy., notamment, G. VINEY, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n^{os} 49-50, 368-373.

(318) L'acceptation d'un risque en matière quasi-délictuelle revêt une signification toute différente de celle que nous avons à l'esprit pour la matière contractuelle : l'idée de l'acceptation d'un risque par la victime d'une faute aquilienne est avancée en vue de justifier un allègement de la responsabilité pesant sur l'auteur de la faute. Cons., pour l'état actuel de cette question et les références en droit belge, L. CORNÉLIS, *Principes du droit belge...*, *op. cit.*, n^{os} 20, 106-107.

matière contractuelle. L'espace manque ici pour s'engager très avant dans la réflexion mais il n'est sans doute pas inutile de rappeler que l'identité des « fautes » contractuelles et délictuelle a été relevée depuis longtemps (319). La réception, excellemment mise en valeur par M^{me} Viney (320), par le droit positif de la théorie du risque créé dans le domaine de la responsabilité aquilienne ne commande-t-elle pas qu'une attention particulière soit accordée, également dans la matière contractuelle, à « cette conception si simple et si équitable que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques » (321) ? G. Ripert a par ailleurs souligné l'identité existant entre la charge légale découlant de l'application de la théorie du risque et « celle que l'on aurait pu volontairement assumer dans un

(319) Voy. J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Sirey, 1933, n^{os} 19-23 : (notamment) la méconnaissance d'une obligation de moyens est appréciée de la même manière quel que soit le champ (contractuel ou aquilien) de responsabilité dans lequel l'on se situe. Cons. aussi P.-A. CREPEAU, *op. cit.* : l'auteur montre bien que c'est l'analyse, dans chaque cas, de l'intensité de l'obligation assumée par le débiteur qui permet de lui appliquer l'un des régimes de la *summa divisio* (obligation de moyens, obligation de résultat), évoquée ci-avant et à laquelle sont venus s'ajouter l'obligation de garantie et divers régimes intermédiaires, et non pas le domaine de responsabilité (contractuel ou extracontractuel) dans lequel se meut le demandeur (voy., plus particulièrement, n^{os} 34 et 106 et les références citées en droit comparé). Toutefois, par delà cette identité des fautes contractuelle et délictuelle, il convient de faire observer que le législateur a réglementé différemment les conséquences de ces deux types de fautes (J. VAN RYN, *ibid.*, n^o 74 : règles différant notamment quant au régime de réparation du préjudice ; Cass., 13 novembre 1989, *R.W.*, 1990-1991, p. 234 : l'examen de la demande sur base de la responsabilité contractuelle ne conduit pas nécessairement à la même décision que celle qui est fondée sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Par conséquent, méconnaît les droits de la défense l'arrêt qui fait droit à une demande en appliquant l'article 1382 du Code civil et prenant donc en considération une faute aquilienne sans que les parties aient pu débattre contradictoirement de cette qualification). Il est à cet égard intéressant d'observer que le nouveau code civil néerlandais (NBW, dont le livre 6 contenant le droit des obligations est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1992) conserve cette dichotomie faute contractuelle-faute délictuelle quant à la détermination des conséquences de ces fautes (comp. les art. 6:74 et suiv. NBW pour le régime des conséquences issues de la violation d'une obligation en général — laquelle inclut l'obligation contractuelle — et les art. 6:162 et suiv. pour la réglementation de la réparation ensuite de la perpétration d'une faute aquilienne. Voy. A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenissen uit de wet*, 8^e éd., Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, n^o 8).

(320) *Ibid.*, spéc. n^o 50.

(321) R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », *La réforme sociale, 1898*, pp. 634 et suiv. et spéc. p. 649 (cité par G. VINEY, *ibid.*, n^o 49).

contrat » (322). Il reste qu'il est difficile d'admettre, dans la matière contractuelle, une prise en charge d'un risque en l'absence d'une volonté exprimée en ce sens par le débiteur de l'obligation. Néanmoins, on pourrait tirer de la nature de la mission assumée par le mandataire ou des usages une éventuelle dérogation tacite à la règle d'irresponsabilité formulée par l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil (323). Rappelons que l'invocation de ces mêmes éléments permet également de dégager l'intention du mandant d'autoriser ou non la substitution dans la silence de la procuration à cet égard (324). La constatation d'une telle dérogation ne doit cependant pas engendrer la conclusion que le mandataire originaire assumerait une quelconque obligation de garantie (ou encore de résultat) du fait de son substitut. Il s'agira simplement d'opérer retour au droit commun de la responsabilité du

(322) *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1935, n° 120.

(323) Il n'est pas sans intérêt de relever que le nouveau Code civil néerlandais (NBW) contient des dispositions qui, par la référence aux « verkeersopvattingen », tranche la question de savoir, notamment dans un contexte contractuel, qui va supporter le risque de la survenance de certaines circonstances (voy. les art. 6:75 (un débiteur sera libéré par la survenance d'une force majeure, laquelle est définie comme une circonstance non imputable à sa faute ou dont il assume le risque en vertu de la loi, d'un acte ou fait juridique ou des « verkeersopvattingen ») ; 6:258 : le juge ne prononcera la résolution ni ne modifiera le contrat en présence d'une circonstance constitutive d'imprévision si la nature du contrat ou les « verkeersopvattingen » commandent que les conséquences de ladite circonstance doivent être supportées par la partie se prévalant de l'imprévision ; 6:162 : un acte illicite (*onrechtmatige daad*) peut être imputé à celui qui en est l'auteur pourvu que sa perpétration soit due à sa faute ou à une cause dont les conséquences sont à sa charge en vertu de la loi ou des « verkeersopvattingen » et cons. G. J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding, op. cit.*, pp. 62-63).

Pour l'utilisation de l'expression « assumption of risk » dans un contexte contractuel, laquelle doit être distinguée de son application — très discutée — dans le domaine de la responsabilité aquilienne, en droit américain : cons. not. les §§ 239, 267 et 268 (la libération d'une partie en raison de non survenance d'une « condition », une « impracticability » ou une « frustration » n'aura pas lieu s'il apparaît que la partie concernée avait assumé le risque de la non survenance envisagée) du *Restatement of the law second. Contracts*, vol. 2, §§ 178-315, St. Paul, A.L.I. Publ., 1981

Sur la détermination du risque assumé par les parties plus particulièrement dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision en droit comparé, voy. D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, C.I.D.C., Bruxelles, Bruylant, 1986, n° 1.3.3.2. à consulter à propos de chacun des droits décrits : la détermination du risque pris en charge par une partie dépend des clauses contractuelles (plus particulièrement au regard du but poursuivi par les parties, de leurs attentes communes), des dispositions légales, de la nature du contrat, des usages, de l'équité et des normes sociales.

(324) Voy. les réflexions, évoquées *supra*, n° 18, de P.A. FORIERS.

fait des agents d'exécution (voy. *supra*, n° 17) et le régime de la responsabilité encourue par le mandataire originaire dépendra de l'intensité de chaque obligation assumée par celui-ci dans le cadre de sa mission.

20. — En guise de conclusion intermédiaire sur la question de la responsabilité du mandataire originaire en présence d'une substitution autorisée et, plus spécialement, quant à la responsabilité de la personne morale — administrateur habilitée, en vertu d'une clause statutaire de la société administrée, à se substituer un mandataire pour la représenter dans l'accomplissement de sa mission, il nous semble tout à fait incorrect, en l'état actuel de l'évolution jurisprudentielle, de percevoir en l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil une source réelle et incontournable d'irresponsabilité du mandataire originaire. Effectivement, l'obligation de surveillance à laquelle ne peut éviter d'être soumis le mandataire ayant recours à un substitut autorisé constitue une importante source de responsabilité dans son chef, la jurisprudence étant même encline (via l'obligation de moyens avec renversement de la charge de la preuve) à aller — suprême paradoxe mais la circularité et le paradoxe ne sont certes pas étrangers à une science du droit qui ne s'en trouve pas déshonorée pour autant (325) — dans le sens d'un renforcement de l'intensité de l'obligation par rapport à ce qu'eût pu être celle de l'obligation du mandataire (obligation de diligence) qui n'aurait pas eu recours à un substitut. D'autre part, la nature de la mission assumée ou les usages pourraient emporter dérogation tacite à la règle d'irresponsabilité posée par la disposition précitée. Or, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, il y a tout lieu de croire que le juge utilisera tous les moyens que le Droit met à sa disposition en vue d'éviter que la substitution ne devienne un « moyen pour le mandataire d'échapper à sa responsabilité en la rejetant sur un substitué » (326). Une telle démarche ne sera, en tout cas, ni révolutionnaire ni illégitime et ce, notamment, à la lumière des ultimes considérations que nous nous proposons de développer dans la cinquième section de ce chapitre.

(325) A propos du caractère paradoxal du droit, voy. *infra*, n° 8.2.1.1. et la note 123. *Adde* : l'ouvrage fondamental de MM. M. VAN DE KERCHOVE & F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992.

(326) Expression de M. COZIAN, citée *supra*, au texte précédant la note 303.

Une question délicate doit cependant avant tout être envisagée et que nous nous proposons d'aborder dans les lignes qui suivent.

SECTION IV. — QU'EN EST-IL DE LA RESPONSABILITÉ
DE LA PERSONNE MORALE — ADMINISTRATEUR
POUR LES FAUTES AQUILIENNES COMMISES
PAR LE MANDATAIRE LA REPRÉSENTANT
DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS ?

21. — Il est classique d'énoncer que la représentation ne joue que pour les actes et non pour les faits juridiques. Par conséquent, seul le mandataire est *a priori* responsable des délits et quasi-délits qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission (327). Faut-il craindre, dès lors, que la personne morale — administrateur (mandante) ne puise dans le recours à la représentation le moyen d'échapper à la responsabilité aquilienne qu'elle eût normalement été susceptible d'encourir ?

22. — Nous ne le pensons pas.

Tout d'abord, la doctrine précise immédiatement que le mandant sera toutefois tenu sur le plan aquilien s'il s'avère que celui-ci a commis une faute personnelle (la faute la plus fréquemment retenue étant une faute dans le choix ou la surveillance du mandataire) (328).

(327) Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge...*, *op. cit.*, n° 452 ; D. ALEXANDRE, *Juriscl.*, Droit civil, V° Mandat. Obligations du mandataire et du mandant. Effets à l'égard des tiers, fasc. G, n° 28 ; P. LE TOURNEAU, *Encycl. Dalloz*, V° Mandat, *op. cit.*, n° 306 ; P.A. FORIERS, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 33 et 76. Comp. avec les formulations pourtant générales usitées par notre Cour de cassation posant que les fautes et négligences du mandataire lient le mandant lorsqu'elles sont commises dans les limites du mandat (not. Cass., 22 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, 1021, *J.T.T.*, 1985, p. 428 ; 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 279, obs. ; 10 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, 579, obs., *R.W.* 1986-1987, 105, *J.T.*, 1987, p. 467) et voy. l'arrêt du 21 septembre 1987 évoqué *infra*, n° 22.

(328) Cons., H. DE PAGE, *ibid.* ; D. ALEXANDRE, *ibid.*, n° 30 ; P. LE TOURNEAU, *ibid.* Sur la tendance de la jurisprudence contemporaine à retenir de plus en plus largement la responsabilité du commettant, notamment en ne se limitant pas aux cas de faute prouvée du préposé (la simple qualité de gardien d'un animal pouvant suffire) et en restreignant de plus en plus la voie d'exonération du commettant invoquant un abus de fonction du préposé, cons. C. DALCO, « La responsabilité des préposés de sociétés », *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1991, pp. 114 et suiv. et, même auteur,

D'autre part, la démonstration d'un lien de préposition au sens de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil permettra l'engagement de la responsabilité du mandant — commettant pour les faits illécites perpétrés par le mandataire — préposé (329). Notons au passage que l'application de la théorie de l'apparence peut aboutir à ce qu'un mandant soit rendu responsable comme il l'eût été sur base de 1384 alinéa 3 en raison de l'apparence lui imputable d'un lien de préposition entre lui et son mandataire. Ainsi un arrêt récent de la Cour d'appel de Liège (330) a fait application de l'excellente doctrine en la matière de M. P.A. FORIERS (331). Dans cette espèce, une institution de crédit a été tenue civilement responsable du fait délictueux commis par l'un de ses agents autonomes, engagé envers elle dans les liens d'un contrat de mandat, en raison de l'apparence trompeuse suscitée par elle de ce que ses agents faisaient partie de son personnel (332).

« Les limites de la responsabilité du commettant pour abus de fonctions de son préposé », note sous Cass., 26 octobre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 228 et suiv.

(329) Voy., notamment, P. A. FORIERS, *ibid.*, p. 76 ; D. ALEXANDRE, *ibid.*, n° 32 ; P. LE TOURNEAU, *ibid.*, n° 307.

(330) Liège, 9 octobre 1991, *J.T.*, 1992, 130.

(331) « L'apparence, source autonome d'obligations ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, pp. 541 et suiv. Voy. aussi : même auteur, « Le droit commun des intermédiaires commerciaux... », *op. cit.*, pp. 81-84. L. SIMONT (« Exposé introductif », *op. cit.*, pp. 26-27) approuve la doctrine de M. FORIERS notamment dans l'exigence qu'il formule de l'imputabilité de l'apparence créée au mandant.

(332) « Attendu qu'en recourant à des agents autonomes (...) en donnant l'apparence trompeuse, par une abondante publicité, que ceux-ci font partie de son personnel salarié — des actes desquels elle serait responsable en application de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, — la S.N.C.I. manque à la bonne foi et commet donc une faute en n'acceptant pas les conséquences de la situation trompeuse qu'elle a délibérément créée ;

Que c'est le mécanisme de la réparation en nature du dommage subi par les tiers qui justifie que la situation apparente sorte les mêmes effets que la situation réelle (...);

Attendu, en conséquence, que tout le préjudice subi par l'intimée, et dû à la faute personnelle de l'appelante, sera réparé de manière adéquate par la prise en charge, par l'appelante, de la restitution des sommes détournées, comme tel eût été le cas si elle avait pu s'être trouvée déclarée civilement responsable en vertu de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. » Comp. avec Bruxelles, 22 janvier 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 366, note : faits sensiblement identiques à l'espèce précédemment citée (un agent autonome de la S.N.C.I. se rend coupable d'un détournement de fonds) ; la responsabilité de la S.N.C.I. ne fut toutefois pas retenue. En l'espèce, la victime ne s'était pas prévalu de l'apparence d'un lien de préposition mais avait tenté (sans succès) de démontrer l'existence d'une subordination pure

Enfin et plus fondamentalement encore, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 21 septembre 1987 (333), que le mandant est responsable des actes illicites commis par le mandataire lors de la conclusion de son contrat avec le cocontractant et qui sont inhérents à l'acte que le mandataire était chargé d'accomplir (334). Cette jurisprudence, quoique contestée (335), a pour effet de vider d'une bonne partie de sa substance le principe énoncé ci-avant. Effectivement, en vertu de celle-ci, le mandant serait tenu des quasi-délits perpétrés par le mandataire pour autant que ceux-ci soient inhérents ou indissociables de l'acte que le mandataire avait pour mission de poser ; seuls les quasi-délits étrangers à l'exécution de l'objet du mandat ne sauraient susciter de responsabilité dans le chef du mandant (336). Quelles que soient les réserves que l'on puisse formuler à l'encontre de cette jurisprudence, elle a en tout cas le mérite de rendre inutiles les extensions, que d'aucuns pourraient estimer exagérées, que l'on pourrait être tenté de donner à la notion de faute personnelle du mandant en présence de certaines fautes commises par le mandataire (le cas du dol commis par celui-ci est le plus fréquemment cité) (337). En outre, il n'est pas sans intérêt de relever que cette jurisprudence est conforme aux derniers développements du

et simple. D'autre part, la victime échoua dans son invocation d'un mandat apparent en raison d'une particularité factuelle spécifique à l'espèce.

(333) *Pas.*, 1988, I, 77.

(334) Le cas précis envisagé par la Cour était celui d'un promettant dans le cadre d'un engagement de porte-fort qui avait commis une *culpa in contrahendo* lors de la conclusion d'un contrat ultérieurement ratifié par celui dont il s'était porté fort, ce dernier se trouvant, par suite de la ratification, dans la situation de mandant du promettant (voy. P.A. FORIERS, *ibid.*, p. 77).

(335) P.A. FORIERS, *ibid.*

(336) P.A. FORIERS, *ibid.*

(337) Voy. P.A. FORIERS, *ibid.*, pp. 76-77 (citant F. LAURENT qui estime que le mandant doit être tenu de son mauvais choix s'il fait élection d'un mandataire se rendant coupable d'un dol. Dans le même sens : Cass. civ., 4 décembre 1899, *D.P.*, 1900, I, 14) ; D. ALEXANDRE, *ibid.*, n° 30 (considérant une intéressante décision de la Cour de cassation de France — 23 mai 1977, *Bull. civ.*, I, 244 — où la faute personnelle du mandant qui avait chargé son mandataire de vendre des parts sociales fut retenue ensuite d'un dol commis par ce dernier. La Cour observa que le mandant avait, nonobstant la connaissance qu'il devait avoir de la situation financière catastrophique de la société dont les titres faisaient l'objet de la cession, néanmoins donné mandat de vendre les titres « sans se réserver le moindre contrôle sur les conditions dans lesquelles ces cessions pouvaient intervenir »).

droit néerlandais des obligations tels que formulés dans le Nieuw Burgerlijk Wetboek (338).

SECTION V. — POUR CONCLURE SUR LA QUESTION DU RECOURS
PAR LA PERSONNE MORALE — ADMINISTRATEUR
À LA REPRÉSENTATION DANS L'ACCOMPLISSEMENT DE SA MISSION :
NE FAUT-IL PAS CONSIDÉRER QUE LES ARTICLES 1994
DU CODE CIVIL ET 62 L.C.S.C. SUSCITENT, QUANT
AUX QUESTIONS DE RESPONSABILITÉS, UN CONFLIT
DE DROIT INTERMATÉRIEL, LEQUEL DOIT SE RÉSOUDRE
AU PROFIT DE LA SECONDE DISPOSITION CITÉE ?

23. — Nous avons tenté de démontrer qu'il est loisible à une personne morale assumant la fonction d'administrateur d'une société de recourir à un mandataire en vue de la représenter dans l'accomplissement de sa mission.

L'opinion contraire à cet égard pourrait être grandement déterminée par le sentiment que le recours à la technique du mandat par la personne morale — administrateur pourrait susciter une irresponsabilité dans son chef (article 1994 du Code civil, inopérance de la représentation en matière de responsabilité aquilienne). Nous pensons que les craintes en ce sens sont largement exagérées. Effectivement, la perception qu'entretiennent la doctrine et la jurisprudence contemporaines des normes envisagées permet le maintien d'un régime de responsabilité correspondant au pouvoir particulièrement étendu et socialement signifiant que détient l'administrateur, ce mandataire « pas comme les autres ».

Ces considérations rejoignent par ailleurs celles qu'engendre le souci de préserver la cohérence entre les diverses règles composant un même ordre juridique. Ainsi, M^{me} Leurquin-De Visscher a mis en évidence, dans sa thèse récente (339), une troisième caté-

(338) Art. 6:172 NBW : Indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomstende bevoegdheden een fout (n.d.l.r. : il s'agit d'une faute au sens aquilien — *onrechtmatige daad* — du terme) jegens een derde inhoudt, is ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk (souligné par nous). Voy. les commentaires de F.T. OLDENHUIS, « Aansprakelijkheid voor personen en zaken », *Onrechtmatige daad* 6.3, Deventer, Kluwer (suppl. 2, 1992), art. 172, aant. 82 et suiv.

(339) *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, spéc. pp. 28-50.

gorie (340), souvent méconnue, de conflits de lois, à savoir ceux portant sur le domaine matériel de règles en vigueur appartenant au même système juridique. Ce type de conflits devrait, selon l'auteur, être clairement reconnu et faire l'objet d'une troisième discipline qu'elle propose de baptiser du vocable de « droit intermatériel » (341).

Il nous semble que la confrontation des normes tirées des articles 1994 du Code civil et 62 L.C.S.C. pourrait être analysée dans les termes d'un conflit relevant du droit intermatériel. Effectivement, il ne semble guère contesté que les dispositions organiques de la responsabilité des administrateurs, telles qu'elles se trouvent formulées par l'article 62 L.C.S.C., sont, à tout le moins (342), impératives et que, à ce titre, cette « responsabilité ne peut être ni écartée ni limitée par une convention ou par les statuts » (343). Or, le régime d'irresponsabilité — total ou partiel — dont l'article 1994 du Code civil permettrait la mise en place au profit d'un administrateur par voie de conséquence d'une substitution conventionnelle nous paraît entrer en conflit avec le régime de responsabilité issu de l'article 62 précité (344).

(340) Aux côtés des conflits de lois dans l'espace — auxquels s'intéresse le droit international privé — et des conflits de lois dans le temps, constituant l'objet du droit transitoire.

(341) *Ibid.*, p. 30.

(342) Voy. C. RESTEAU, *op. cit.*, n° 941 et *R.P.D.B.*, V° Sociétés anonymes, n° 857 où il est pris position pour le caractère d'ordre public attaché au régime de responsabilité énoncé à l'article 62 L.C.S.C.

(343) P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions...*, *op. cit.*, n° 336 (observation formulée à propos des droits anglais, italien, suisse, français, allemand et belge). La même précision peut être apportée concernant le droit néerlandais : voy. les art. 2:9 et 2:25 NBW et cons. W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, *op. cit.*, n° 257, p. 458. Sur ce que le caractère impératif ou d'ordre public du régime de la responsabilité des administrateurs ne s'oppose pas à ce que les conséquences de la violation de ces règles fasse l'objet de la conclusion d'une convention (ou pacte) de garantie, cons. P. COLLE, « Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders », *T.R.V.*, 1994, pp. 3 et suiv. et spéc. pp. 5-6.

(344) Et ce nonobstant, nous semble-t-il, les termes de l'article 62, alinéa 1^{er}, opérant renvoi au « droit commun ». L'économie de l'article 62 L.C.S.C. nous semble en effet exclure que celui-ci puisse être perçu, alors qu'il pose une norme impérative de responsabilité, comme permettant l'invocation d'une règle de droit commun justifiant la dérogation conventionnelle à la norme énoncée. En réalité, le renvoi au droit commun de l'article 62 L.C.S.C. nous semble précisément confirmer le conflit de droit intermatériel envisagé en ce qu'il consacre la vocation de l'article 1994 à s'appliquer en l'espèce.

Ce conflit doit être au premier chef résolu par les normes de droit intermatériel que fixe le législateur lui-même. Au rang de celles-ci, l'article 6 du Code civil, posant l'interdiction de « déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », mérite assurément le qualificatif de « pièce maîtresse » (345). L'application de cette règle permettrait de poser une solution plus radicale encore que celle résultant des tempéraments, exposés ci-avant, apportés à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 1994 du Code civil, à savoir sa mise « hors-jeu » pur et simple lorsque le « mandataire » entre dans le domaine matériel d'application de la norme issue de l'article 62 L.C.S.C. En second rang, les directives d'interprétation constitutives du droit intermatériel aboutissent également à ce que l'article 1994, règle antérieure et générale, soit primé par l'article 62 L.C.S.C, règle postérieure et spéciale (346).

Une argumentation similaire à celle qui vient d'être exposée pourrait par ailleurs être tentée pour aboutir à la mise « hors jeu » du droit commun dans la mesure où il s'opposerait à ce que la représentation puisse jouer en matière aquilienne (section quatrième).

24. — CONCLUSION GÉNÉRALE

Notre étude s'est présentée sous deux traits : généraliste (Chapitre I^{er}) et plutôt pointilliste (Chapitre II). Son ambition n'aura été que de faire le point à propos d'une matière qui a été traitée par les meilleurs auteurs. L'on a tenté d'expliquer pourquoi (Chapitre I^{er}) la responsabilité aquilienne des administrateurs était

(345) Que lui attribue F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *ibid.*, p. 31.

(346) Sur ces directives, voy. F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 42-50 (trois directives d'interprétation sont généralement proposées en vue de résoudre les conflits matériels : la loi postérieure déroge à la loi antérieure (*lex posterior priori derogat*), la loi supérieure déroge à la loi inférieure (*lex superior inferiori derogat*) et la loi spéciale déroge à la loi générale (*specialia generalibus derogant*). L'auteur fait justement observer que la mise en œuvre de ces directives ne constitue toutefois pas une panacée car il apparaît souvent possible de conférer une double qualification aux règles en conflit, chacune aboutissant à privilégier une règle différente (exemple : une règle postérieure générale entre en conflit avec une norme antérieure spéciale). Dans ces cas, « Le choix auquel est confronté le juge est une véritable pesée des intérêts en jeu aux fins de discerner la règle qui est au service de l'intérêt social le plus respectable ». Sur les adages, not. *specialia generalibus derogant*, cons. H. ROLAND & L. BOYER, *Adages du droit français*, 2^e éd., vol. II, Lyon, L'Hermès, 1986, n° 275, pp. 977-980.

finalement très peu mise en œuvre en dépit de la soumission de cette hypothèse au droit commun de la responsabilité civile. Mais la responsabilité s'inscrivant dans un cadre sociétaire revêt un caractère multiforme et suscite parfois des questions très pointues et sans cesse renouvelées. La seconde partie de notre étude a été dévolue à l'examen de certaines d'entre elles.

Malgré l'opposition apparente des traits — généraliste et pointilliste — illustrés par cet article, ceux-ci nous semblent se rejoindre et se fondre pour susciter une ultime constatation : le recours à la représentation est de plus en plus perçu comme générateur d'un risque dont il importe de faire supporter le coût social en termes de responsabilité(s) par son initiateur, à savoir le représenté. Peu importe à cet égard, et ceci nous paraît essentiel, le type de représentation envisagé : organique (347), mandat simple (348) ou substitution de mandataire (349). Le droit commun et le droit construit autour de la notion de personnalité morale se rejoignent ainsi en leurs solutions.

Sans nul doute la matière de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale est appelée à demeurer une source persistante de discussions juridiquement passionnantes et socio-économiquement déterminantes.

Isabelle CORBISIER
 (décembre 1993)

(347) Chapitre I^{er} où nous avons vu que la notion même d'organe tend à perdre sa signification propre pour ne plus être perçue que sous les traits d'un mandat comme les autres (*supra*, n° 5.3. et spéc. la note 56) et que des considérations liées à l'idée d'absorption expliquent la rareté des cas d'engagement de la responsabilité du représentant (not. n° 12).

(348) *Supra*, n^{os} 16, 17 et 22.

(349) *Supra*, n^{os} 18-20 et 22.

N° 6635

Cour de cassation (1^{re} ch.) — 28 octobre 1993



Siég. : MM. SACE, prés. sect., RAPPE, cons., M^{me} CHARLIER, cons., MM. VERHEYDEN et PARMENTIER, cons., M. VELU, proc. gén.

Plaid : M^e DRAPS.

(*Immobilière Levaux S.A. c/ Mathy Frères Unic - Visé*)

S.P.R.L. — Gérant. — Pouvoirs.

Le ou les gérants d'une S.P.R.L. ont pouvoir de recevoir valablement, même à leur domicile personnel et sans mention de leur qualité, une notification adressée à la société.

ARRÊT

Vu le jugement attaqué, rendu le 11 septembre 1992 par le tribunal de première instance de Liège, statuant en degré d'appel ;

Sur le moyen pris de la violation des articles 1134, 1984, 1987, 1988, 1989 du Code civil, 14, 18 des règles particulières aux baux commerciaux (loi du 30 avril 1951 formant la section 2bis du chapitre II du titre VIII du livre III du même code), 129, 130 du titre IX du Code de commerce, tels que modifiés respectivement par l'article 10 de la loi du 15 juillet 1985 et l'article 23 de la loi du 6 mars 1973, et 97 de la Constitution,

en ce que, après avoir constaté, par référence aux motifs du premier juge, que : « — Le 12 novembre 1963, François Levaux consent un bail commercial à la (défenderesse) portant sur un immeuble situé 28, rempart des Arbalétriers à Visé, par acte authentique du notaire Jean Nysten. Le bail est consenti pour une durée de 27 ans et prend cours le 1^{er} septembre 1963 pour se terminer le 31 août 1990. Le loyer annuel est fixé à 150.000 francs, indexé. Par lettre recommandée du 28 mars 1989, la (défenderesse) adresse une demande de renouvellement du bail à Madame Levaux, héritière du bailleur initial, décédé, aux mêmes conditions que le bail initial. — Le 24 juin 1989, le bailleur, soit Madame F. Dessart-Levoux, en tant qu'usufruitière et Monsieur A. Levaux, nu-propriétaire, adressent une lettre recommandée à Emile et Marguerite Mathy, 28, rempart des Arbalétriers à Visé. Par cette lettre, le bailleur marque son accord quant au renouvellement du bail mais le subordonne à des conditions différentes quant à la durée, au loyer et aux possibilités