

---

## L'impact des modifications apportées par le Code des sociétés et des associations sur la responsabilité civile des dirigeants de société

**Auteur :** Maréchal, Arnaud

**Promoteur(s) :** Kohl, Benoit

**Faculté :** Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme :** Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

**Année académique :** 2019-2020

**URI/URL :** <http://hdl.handle.net/2268.2/9279>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

**L'impact des modifications apportées par le Code des sociétés et des associations sur la responsabilité civile des dirigeants de société**

**Arnaud MARÉCHAL**

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Benoit KOHL

Professeur



## **RÉSUMÉ**

Ce travail est consacré à l'impact des modifications apportées par le Code des sociétés et des associations sur la responsabilité civile des dirigeants de société. Il s'agit, après avoir dressé un panorama des nouveautés en la matière, de s'intéresser avant tout aux nouveaux plafonds introduits suite à l'entrée en vigueur du CSA, un des ajouts majeurs de la réforme, afin d'en discuter l'opportunité, d'en apprécier les conséquences *in concreto* et de formuler une critique. L'étude de quelques circonstances entraînant la responsabilité - entre autres, la théorie de l'organe et la théorie de l'immunité des agents d'exécution - sera ensuite réalisée à l'aune des nouvelles dispositions et de la jurisprudence naissante et préexistante. Le sujet se limitera aux cas de responsabilité des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée (ci-après « SRL ») et, dans une moindre mesure, de sociétés anonymes (« SA »). Enfin, avant de conclure par une étude comparative aux régimes français et britanniques, un point sera consacré à l'incidence des nouvelles règles sur l'assurance RC dirigeants.

## **ERRATUM**

Au vu des circonstances de fait liées à la pandémie de Covid-19, il a été décidé de remplacer l'étude du régime britannique par celle du régime luxembourgeois.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>I.-</b>	<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>7</b>
<b>II.-</b>	<b>RÉGIME GÉNÉRAL DE RESPONSABILITÉ .....</b>	<b>7</b>
II. 1.	RÉGIME COMMUN À L'ENSEMBLE DES FORMES LÉGALES DE PERSONNES MORALES .....	7
II. 2.	THÉORIE DE L'ORGANE .....	8
II. 3.	OBLIGATION POSITIVE DE BONNE EXÉCUTION DU MANDAT .....	9
II. 4.	RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DE GESTION .....	9
II. 4. A.	PROBLÈMES RÉDACTIONNELS .....	10
II. 4. B.	RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE.....	11
II. 5.	RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DU CODE OU DES STATUTS .....	11
II. 5. A.	VIOLATION DU CODE OU DES STATUTS .....	12
II. 5. B.	ÉTENDUE DU DOMMAGE.....	12
II. 6.	RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE.....	13
II. 6. A.	RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE À L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ.....	13
II. 6. B.	RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE À L'ÉGARD DES TIERS.....	14
II. 6. C.	ÉTENDUE DU DOMMAGE .....	15
II. 7.	DÉCHARGE DE RESPONSABILITÉ.....	15
II. 7. A.	MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE CSA.....	15
II. 7. B.	CRITIQUE.....	16
II. 8.	APPRÉCIATION MARGINALE.....	17
II. 8. A.	EXPLICATION DU CONCEPT.....	17
II. 8. B.	CRITIQUE.....	18
<b>III.-</b>	<b>LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS.....</b>	<b>19</b>
III. 1.	PRÉSENTATION DU RÉGIME .....	19
III. 2.	PREMIER CONSTAT.....	20
III. 2. A.	CRITIQUE AU REGARD DE LA LÉGISLATION DES PAYS VOISINS .....	20
III. 2. B.	CRITIQUE AU REGARD DE LA PRATIQUE.....	21
III. 2. C.	CRITIQUE AU REGARD DES ARTICLES 10 ET 11 DE LA CONSTITUTION .....	22
III. 2. D.	CRITIQUE AU REGARD DE LA COMPÉTITIVÉ.....	22
III. 3.	SECOND CONSTAT .....	23
III. 3. A.	CRITIQUE EN OPPORTUNITÉ .....	23
III. 3. B.	CRITIQUE AU REGARD DU CRITÈRE DE LA TAILLE DE LA SOCIÉTÉ .....	24
III. 3. C.	CRITIQUE QUANT À L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ .....	24
III. 3. D.	CRITIQUE QUANT AU NOMBRE DE VICTIMES.....	25
III. 3. E.	CRITIQUE AU REGARD DE CHIFFRES INCORRECTS.....	25
III. 3. F.	CRITIQUE QUANT À L'INDEMNISATION.....	26
III. 4.	EXCEPTIONS À LA LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ.....	27
III. 4. A.	CRITIQUE .....	27
III. 4. B.	EXONÉRATION ET GARANTIE .....	28

<b>IV.- RESPONSABILITÉ EN DROIT LUXEMBOURGEOIS ET EN DROIT FRANÇAIS ET INCIDENCE DU CSA SUR L'ASSURANCE RESPONSABILITE CIVILE («R.C. ») DIRIGEANTS .....</b>	<b>28</b>
IV. 1. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS EN DROIT LUXEMBOURGEOIS .....	28
IV. 2. A. À L'ÉGARD DES ASSOCIÉS ET DE LA SOCIÉTÉ.....	31
IV. 2. B. À L'ÉGARD DES TIERS .....	32
<b>V.- CONCLUSION .....</b>	<b>33</b>
<b>VI.- BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>35</b>



## **I.- INTRODUCTION**

Le nouveau Code des sociétés et des associations (« CSA »), introduit par une loi du 23 mars 2019<sup>1</sup>, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2019. Les mots d'ordre de la réforme sont : modernisation, simplification et flexibilité. Dans cette optique, la responsabilité des dirigeants n'a pas échappé aux modifications apportées. Les débats ont été animés et les critiques ont été nombreuses<sup>2</sup>, notamment en ce qui concerne la limitation de responsabilité des administrateurs, l'une des nouveautés majeures introduites par le CSA.

La responsabilité pénale des dirigeants est également susceptible d'être mise en cause, entraînant une condamnation répressive. Cependant, l'un des objectifs du législateur dans le cadre de l'adoption du CSA étant de donner « *la préférence, chaque fois qu'une sanction pénale ne se justifie pas, aux sanctions civiles (telle la responsabilité des administrateurs, la nullité ou d'autres sanctions spécifiques)* »<sup>3</sup>, il a été décidé de se limiter à l'étude de la responsabilité civile.

Cette contribution sera divisée en deux parties principales. La première partie sera consacrée à l'étude en opportunité du régime général de responsabilité (II). Cette partie comportera une étude du nouveau régime commun (1), de la théorie de l'organe (2), de l'obligation positive de bonne exécution du mandat (3), de la responsabilité pour faute de gestion (4), de la responsabilité pour violation du Code et des statuts (5), de la responsabilité pour faute aquilienne (6), de la décharge de responsabilité (7) et de l'appréciation marginale (8).

La seconde partie sera consacrée à la limitation de la responsabilité (III). Après avoir présenté le système introduit par le législateur (1), il sera question d'aborder les constats ((2) et (3)) ayant dicté son adoption afin d'en discuter l'opportunité et d'en faire une critique. Les exceptions à cette limitation seront aussi examinées (4). Enfin, nous comparerons le régime du CSA avec les systèmes luxembourgeois et français avant de conclure par un point sur l'assurance responsabilité civile des dirigeants (IV).

## **II.- RÉGIME GÉNÉRAL DE RESPONSABILITÉ**

### **II. 1. RÉGIME COMMUN À L'ENSEMBLE DES FORMES LÉGALES DE PERSONNES MORALES**

Dans un souci de simplification, la responsabilité des organes de gestion s'est désormais vue attribuer un régime commun pour l'ensemble des formes de société. Les articles 2:56 à 2:58 CSA, insérés au chapitre 6 (« Administration ») du Livre 2 intitulé « Dispositions communes aux personnes morales », en forment la base légale. Auparavant, le régime tel qu'envisagé sous le Code des sociétés (« C. soc. ») comprenait des règles de responsabilité spécifiques à

---

<sup>1</sup> Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses (MB., 4 avril 2019, pp. 33239 et s.).

<sup>2</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc., Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.59 et s.

<sup>3</sup> Exposé des motifs précités, Doc, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.11 ; G. MAELFAIT, « Het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen voor de verzekeraars », *T.verz.-Bull. ass.*, Bruxelles, Kluwer, 2019/2, n°407, p.162.

chaque forme légale (SA, SPRL, etc.), ce qui avait pour effet de rendre la lecture de la structure globale du régime malaisée.

Le nouveau Code ne fait pas preuve d'innovation dans les motifs permettant d'invoquer la responsabilité. En effet, ceux-ci s'inspirent fortement de la responsabilité pour faute de gestion<sup>4</sup> et de la responsabilité pour violation du Code et des statuts<sup>5</sup> inscrits dans le Code des sociétés<sup>6</sup>. Les dispositions correspondantes du CSA ont néanmoins subi certains changements qui méritent que l'on s'y attarde. Les anciens régimes de responsabilité, en ce compris celui de la responsabilité aquilienne, ont en effet été rassemblés sous l'article 2:56 du CSA.

En outre, le CSA élargit le champ d'application de la responsabilité aux administrateurs de fait, en désignant « *toutes les autres personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale* », de sorte que ceux-ci encourent désormais la même responsabilité que les organes de gestion et de surveillance formellement nommés<sup>7</sup>. Auparavant, les articles 262 et 263 du C.soc. ne leur étaient pas applicable.

Le régime commun s'applique également aux délégués à la gestion journalière ainsi qu'aux membres du conseil de surveillance et au préposé à la gestion de succursale belge d'une personne morale étrangère (articles 2:51 et 2:149 du CSA). Nous utiliserons les termes d'« administrateur » ou de « dirigeant » pour désigner indistinctement les personnes dont la responsabilité est susceptible d'être engagée.

En sus de ces modifications, il en existe d'autres qui sont tout autant dignes d'un examen et d'une critique plus approfondis, telles que l'introduction de plafonds limitant la responsabilité ou encore la consécration légale du principe d'appréciation marginale.

## **II. 2. THÉORIE DE L'ORGANE**

La théorie de l'organe est inscrite à l'article 2:49 du CSA. En vertu de cette disposition, qui reprend exactement la formulation de l'article 61, §1<sup>er</sup> du C.soc., « *[l]es personnes morales agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet et les statuts. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la personne morale* ».

De la sorte est consacrée une immunité de principe en faveur des administrateurs<sup>8</sup>. Les organes engagent la responsabilité de la personne morale pour les faits accomplis lors de la conclusion ou de l'exécution de contrats dans lesquels ils représentent la société<sup>9</sup>. Le mandat est décerné aux administrateurs par l'assemblée générale seulement, qui en formule toutes les conditions et modalités (article 2:50 du CSA).

Dans les cas où la faute de l'administrateur entraîne également la responsabilité de la personne morale (sur la base de la théorie de l'organe), cette dernière ne se verra pas

---

<sup>4</sup> Articles 262 pour la SPRL et 527 pour la SA du C. soc.

<sup>5</sup> Articles 263 pour la SPRL et 528 pour la SA du C. soc.

<sup>6</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.59.

<sup>7</sup> Article 2:56, al.1<sup>er</sup> CSA ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, « Chapitre 6 - La responsabilité des administrateurs », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, p.266.

<sup>8</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.267.

<sup>9</sup> Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p.298.

appliquer la limitation prévue à l'article 2:57 du CSA. Pour reprendre les termes des travaux préparatoires, « [l]e mécanisme sera donc comparable à celui qui résulte de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail »<sup>10</sup>. De la sorte, la victime gardera un droit de recours visant la réparation intégrale à l'égard de la société dont dépend l'administrateur fautif.

Il nous faut d'ores et déjà citer le récent arrêt du 4 mai 2018 rendu par la Cour de cassation<sup>11</sup>. La Cour a décidé que « [l]orsqu'une personne morale agit par un organe pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si le manquement qui lui est reproché a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat ». Ces considérations auront un intérêt pour la section II. 6. consacrée à la faute aquilienne.

### **II. 3. OBLIGATION POSITIVE DE BONNE EXÉCUTION DU MANDAT**

L'article 2:51 du CSA insère une obligation positive de bonne exécution du mandat reçu pour chaque membre de l'organe d'administration à l'égard de la personne morale. Comme le soulignent les travaux préparatoires, cette disposition vise à combler une lacune sur le plan international consistant en ce que les pays voisins étaient déjà doté d'une règle similaire<sup>12</sup>.

Il s'agit d'une obligation de moyen susceptible de constituer le fondement de l'*actio mandati* par la société<sup>13</sup>. Dans la pratique, l'on peut imaginer qu'il en sera souvent ainsi lorsque la société souhaitera se retourner contre ses administrateurs. Cette nouveauté ne semble toutefois pas participer *per se* à l'aggravation du régime de responsabilité.

### **II. 4. RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DE GESTION**

La responsabilité pour faute de gestion est, sous l'ancien régime, libellée à l'article 262 C.soc. Cet article énonçait : « Les gérants [...] sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion »<sup>14</sup>. Ainsi, la responsabilité pour faute de gestion est une responsabilité contractuelle consistant en un manquement dans l'accomplissement du mandat conclu entre la société et l'administrateur<sup>15</sup>.

De ce fait, elle ne peut être mise en cause que par la société, les tiers n'étant pas partie au contrat liant la personne morale aux administrateurs. La faute de gestion peut être un fait positif, une omission ou une négligence<sup>16</sup>. Du reste, la responsabilité nécessite un dommage et un lien causal, faisant écho à l'article 1382 du Code civil<sup>17</sup>. Toutefois, le mandat est ici

---

<sup>10</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.67.

<sup>11</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 4 mai 2018, *R.G.A.R.*, 2019/2, p.15546.

<sup>12</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.57.

<sup>13</sup> G. MAELFAIT, *op. cit.*, p.162.

<sup>14</sup> Article 262 C.soc. pour la SPRL.

<sup>15</sup> Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 5 novembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p.214, note P. DELVAUX.

<sup>16</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.270.

<sup>17</sup> Le dommage est évalué au moment où le juge statue ; il doit être certain ; voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.276.

présupposé rémunéré, ce à l'inverse du droit commun de l'article 1986 du Code civil<sup>18</sup>. De plus, la responsabilité ne sera pas appréciée moins sévèrement si le mandat est gratuit<sup>19</sup>.

L'article 2:56, alinéa 2 du CSA prescrit désormais que les administrateurs, le délégué à la gestion journalière et les administrateurs de fait - ce qui est une nouveauté pour ces derniers - « *sont responsables envers la personne morale des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission* »<sup>20</sup>. Les développements énoncés au paragraphe précédent sont toujours d'application.

#### II. 4. A. PROBLÈMES RÉDACTIONNELS

D'aucuns relèvent des imprécisions linguistiques dans la rédaction du texte<sup>21</sup>. Il sera difficile d'infirmer leurs dires. Force est en effet de constater que les discordances existent entre la version néerlandaise et la version française. De même, l'on soulignera un manque de cohérence et de rigueur dans les versions françaises et néerlandaises examinées séparément, le législateur ayant opté pour le terme « *mission* » à la place de « *mandat* » alors que ce dernier est employé dans les articles 2:50, 2:51, 2:54 et 2:55 du CSA.

Dans la version néerlandaise, tantôt le terme « *taak* » est utilisé, tantôt celui de « *mandaat* » lui est préféré. Plus surprenant encore, les différences n'apparaissent pas dans les mêmes dispositions. Le législateur recourt au mot « *taak* » à l'article 2:51 du CSA tandis qu'il use du terme « *mandaat* » dans les autres articles précités au paragraphe précédent. En revanche, il emploie le vocable « *mission* » à l'article 2:56 du CSA mais use du terme « *mandat* » dans les autres dispositions.

L'on se demandera si le législateur a fait le choix d'employer différents termes à dessein ou par simple abus de langage. Faut-il considérer que l'usage du mot « *mandat* » est plus large que celui de « *mission* » ou bien l'inverse ? Les deux emplois sont-ils égaux ? Dans ce dernier cas, comment expliquer les divergences entre les versions néerlandaise et française ainsi que dans les deux versions prises individuellement ?

Peut-être le législateur a-t-il souhaité éviter les débats relatifs à la qualification de contrat mixte de l'administrateur<sup>22</sup>. Quoiqu'il en soit, il est regrettable que les travaux préparatoires ne se soient pas prononcés sur la réalité exacte que sont censés recouvrir ces emplois distincts, en particulier les termes « *taak* » et « *mission* ».

De même, comme l'a fait remarquer le Conseil d'État, il est étrange de reprocher à l'administrateur de fait une faute dans l'accomplissement de sa mission, alors que

---

<sup>18</sup> P. KILESTE, C. BERTSCH, C. STAUDT, « La rémunération du mandat d'administrateur et de gérant », *Guide juridique et pratique de l'entreprise - Traité théorique et pratique. 2<sup>ème</sup> édition*, Bruxelles, Kluwer, 2019, liv. 22.3, p.39.

<sup>19</sup> J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de société*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, n°70, p.109 ; Civ. Louvain, 29 janvier 1990, *T.R.V.*, 1990, p.459.

<sup>20</sup> La disposition fait écho à l'article 2:51 CSA, qui énonce : « *[c]haque membre d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière est tenu à l'égard de la personne morale de la bonne exécution du mandat qu'il a reçu* ».

<sup>21</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, « 6. - La responsabilité des organes », *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp.174-176.

<sup>22</sup> D. WILLERMAIN, « Commentaire de l'article 517 C.soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, septembre 2016, p.9 ; É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.178.

précisément aucune mission ne lui a été confiée<sup>23</sup>. Sans doute le législateur avait-il simplement en vue de faire appliquer la responsabilité à ces personnes ; cela confirme néanmoins les problèmes de rédaction que le texte comporte.

#### **II. 4. B. RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE**

Le CSA fait preuve de nouveauté sur un autre point. L'article 2:56 du CSA déclare la responsabilité solidaire de l'organe d'administration siégeant sous forme de collège. Sous le régime du Code des sociétés, la responsabilité était individuelle et il en est toujours ainsi si la SRL compte plusieurs administrateurs capables d'agir séparément<sup>24</sup>. Une distinction était établie entre fautes concurrentes et fautes communes mais elle a été abolie.

Les travaux préparatoires justifient ce changement par les considérations suivantes : la distinction entre les fautes communes et les fautes concurrentes n'est pas toujours claire en pratique et la responsabilité sera le plus souvent *in solidum*<sup>25</sup>. De plus, le législateur souligne que les effets de la responsabilité *in solidum* et solidaires sont très semblables, de sorte qu'il paraît justifié de procéder à une aggravation de celle-ci. Enfin, la même disposition prévoit la responsabilité envers les tiers si la faute présente un caractère extracontractuel.

L'on aura quelques difficultés à saisir la raison pour laquelle le législateur a tenu à faire de la responsabilité solidaire le régime standardisé dans la mesure où, dans la pratique, il s'agissait le plus souvent d'une responsabilité *in solidum*. Cela étant, comme certains auteurs le soulignent<sup>26</sup>, cette nouveauté n'entraîne pas de changement substantiel et est accompagnée d'un assouplissement des conditions de la décharge de responsabilité, assouplissement qui sera discuté *infra*<sup>27</sup>.

#### **II. 5. RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DU CODE OU DES STATUTS**

L'article 2:56 du CSA, en son troisième alinéa, prévoit la responsabilité solidaire des administrateurs et, innovation sur ce point, des administrateurs de fait pour tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du CSA ou aux statuts de la personne morale. Le dommage en lien causal avec la faute sont également requis en l'espèce.

Contrairement à la responsabilité pour faute de gestion, cette responsabilité solidaire, qui s'inspire des articles 263 et 528 du C.soc., vaut tant envers les personnes morales que les tiers, et ce même en l'absence d'une formation collégiale. La sanction est plus forte que pour la faute de gestion, ce qui se justifie dès lors que l'on transgresse une norme légale ou statutaire.

En outre, de nombreuses dispositions sont contenues dans d'autres livres du Code. Pour la plupart d'entre elles, un manquement pourra entraîner la mise en cause de la responsabilité

---

<sup>23</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.39.

<sup>24</sup> O. CAPRASSE, *Droit des sociétés 2018-2019*, syllabus, Université de Liège, 2019, p.97 ; É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.180.

<sup>25</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.60 ; Liège (20° ch.), 1 mars 2018, inédit, disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Bruxelles (9° ch.), 27 septembre 2012, *R.D.C.*, 2014, pp.866-869.

<sup>26</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.180.

<sup>27</sup> Section II. 7.

des administrateurs au titre de l'article 2:56, al.3 du CSA. Il en ira par exemple ainsi du retard de publication des actes dont la loi impose la publicité<sup>28</sup>.

## II. 5. A. VIOLATION DU CODE OU DES STATUTS

S'est posée la question de savoir si une violation du Code ou des statuts entraîne automatiquement la responsabilité ou si le juge dispose d'une marge d'appréciation<sup>29</sup>. Pour certains, la seule violation de la loi ou des statuts est insuffisante, bien que la bonne foi ne puisse servir à s'extirper de sa responsabilité lorsqu'elle est mise en cause. Pour d'autres, la violation de la loi ou des statuts peut se justifier par une volonté de sauver la société ou d'agir dans son intérêt. Enfin, certains considèrent qu'il s'agit là d'une obligation de résultat<sup>30</sup>.

Nous rejoignons cette dernière position. Admettre qu'il serait permis de violer le Code ou les statuts afin de préserver la société ou son intérêt risque selon nous d'engendrer des dérives chez certains administrateurs. De même, si la seule violation des statuts ou de la loi était insuffisante en elle-même et que la bonne foi ne pouvait excuser les administrateurs, il conviendrait selon nous de déterminer quel(s) est (sont) le(s) critère(s) permettant une telle violation et quel(s) est (sont) celui (ceux) permettant de l'en excuser.

Il nous paraît plus souhaitable de convenir que la responsabilité des administrateurs pourra être mise en cause dès le moment où une violation du Code ou des statuts aura pu être observée lorsque la disposition en cause n'est pas susceptible de faire l'objet d'une interprétation<sup>31</sup>. Il est toutefois nécessaire de nuancer le propos. Il existe en effet des cas où il incombera vraisemblablement au juge d'interpréter *a priori* certaines dispositions statutaires ou législatives peu claires.

## II. 5. B. ÉTENDUE DU DOMMAGE

Suite à un arrêt de la cour d'appel d'Anvers, une controverse est née au sujet de l'étendue du dommage<sup>32</sup>. L'arrêt considérait que la réparation doit se faire à la lumière de l'article 1150 du Code civil, c'est-à-dire en prenant uniquement en compte le dommage prévisible. Une partie de la doctrine partage cette opinion<sup>33</sup>. Nous rejoignons d'autres auteurs en un sens non diamétralement opposé, mais néanmoins quelque peu différent<sup>34</sup>.

Selon eux, si les considérations de l'arrêt de la cour d'appel se conçoivent lorsque l'action est intentée par la société, il en va autrement quand c'est un tiers qui intente l'action. Dans ce cas, la réparation intégrale devrait prévaloir. Cela nous paraît cohérent dans la mesure où l'administrateur et le tiers ne sont pas dans une relation contractuelle. Ce sera dès lors la responsabilité aquilienne et ses effets qui devront s'appliquer.

---

<sup>28</sup> Gand, 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, p.230 ; l'on pense notamment au retard dans la publication des comptes annuels dont les règles sont inscrites dans le livre 3 du CSA.

<sup>29</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.279.

<sup>30</sup> En ce sens : M. DELVAUX, « Commentaire de l'art. 263 C.soc. », *Commentaire systématique du Code*, Bruxelles, Kluwer, mai 2016, p.86 ; Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 5 novembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p.214, note P. DELVAUX.

<sup>31</sup> Par exemple, lorsqu'il est question du dépassement d'un palier chiffré ou d'un délai légal.

<sup>32</sup> Anvers, 28 novembre 1977, *Rev. prat. soc.*, 1979, p.261, note P. COPPENS.

<sup>33</sup> J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de sociétés », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, liv. 24, Bruxelles, Kluwer, 2014, p.30.

<sup>34</sup> F. MAGNUS, F. PINTE, « Commentaire de l'art. 528 C.soc. », *Commentaire systématique du Code*, Bruxelles, Kluwer, mars 2013, p.123 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, pp.283-284.

## II. 6. RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE

L'article 2:56, al.1<sup>er</sup> énonce que les administrateurs et administrateurs de fait sont responsables « *envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel* ». Leur responsabilité sera donc engagée aux conditions de la responsabilité aquilienne des articles 1382 et 1383 du Code civil, comme cela a été reconnu depuis longtemps déjà<sup>35</sup>. La société pourra elle aussi invoquer cette responsabilité si les conditions de la théorie du concours sont réunies.

La faute aquilienne consiste soit en la violation d'une norme légale ou réglementaire, soit en la violation d'une norme générale de bon comportement et peut être invoquée contre les mêmes responsables que ce qui prévaut pour la faute de gestion<sup>36</sup>. Dans le premier cas, la seule violation suffit à établir la faute<sup>37</sup> ; dans le second, il convient de comparer le comportement du dirigeant à celui de l'administrateur « *normal de l'époque, du milieu, de la région* » ou « *normalement prudent et diligent* »<sup>38</sup>.

Par ailleurs, une faute de gestion peut constituer une faute aquilienne lorsque les conditions de la théorie du concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité extracontractuelle sont réunies<sup>39</sup>. Dans ce cas, la société qui subit un dommage pourra mettre en cause la responsabilité de l'administrateur en intentant l'*actio mandati* et le tiers, le cas échéant, pourra réclamer des dommages et intérêts sur base de l'article 1382 du Code civil.

### II. 6. A. RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE À L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ

Suite à deux arrêts de la Cour de cassation<sup>40</sup>, une controverse est née au sujet au sujet de la recevabilité de l'action en responsabilité extracontractuelle introduite par la société. La Cour avait notamment considéré que la responsabilité du préposé s'étant substitué à un contractant pour exécuter une obligation contractuelle ne peut être engagée que si la faute consiste non en la violation d'une obligation contractuelle, mais d'une obligation s'imposant à tous et qu'elle a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Pour les premiers, l'action ne peut être accueillie qu'à la condition qu'une faute et un dommage totalement étrangers au contrat puissent être démontrés. Pour les seconds, l'action peut toujours être reçue pour autant que la faute et le dommage ne soient pas « *purement*

---

<sup>35</sup> Cass., 29 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p.119 et *Rev. prat. soc.*, 1989, p.175.

<sup>36</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.293 ; voy. p. ex. Comm. Courtrai, 29 juin 1984, *R.D.C.*, 1985, p.222 ; O. CAPRASSE, « La responsabilité civile professionnelle des administrateurs », *Act. dr.*, Bruxelles, Story scientia, 1997, p. 497 ; Comm. Gand (div. Gand), 3 septembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p.83.

<sup>37</sup> Le dirigeant pourra s'extirper de sa responsabilité en faisant état d'une cause de justification ; voy. O. CAPRASSE, *op. cit.*, p. 497.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 497.

<sup>39</sup> Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p.376 et *R.C.J.B.*, 1976, p.15 ; Cass., 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p.185 ; bien entendu, il peut y avoir une faute de gestion sans qu'il y ait de faute aquilienne et, inversement, une faute quasi délictuelle sans faute de gestion.

<sup>40</sup> Cass., 4 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p.940 ; Cass., 7 décembre 1973, *Arr. cass.*, 1974, p.402, concl. Av. gén. P. MAHAUX.

*contractuels* », c'est-à-dire dès que la société établit la preuve que la faute lui a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du mandat<sup>41</sup>.

Peu de décisions jurisprudentielles ont pu être recensées à cet égard. Le tribunal de commerce de Courtrai a considéré qu'une faute de gestion peut être une faute quasi délictuelle à l'encontre des tiers et que la société peut également mettre en cause la responsabilité aquilienne de l'administrateur sur base de la théorie du concours des responsabilités<sup>42</sup>.

Selon nous, il est préférable de se rallier au point de vue suivant lequel une faute et un dommage autres que purement contractuels suffisent à engager la responsabilité délictuelle de l'administrateur. La raison en est avant tout probatoire. Il nous paraît illusoire, dans les faits, de rapporter la preuve d'une faute et d'un dommage étrangers en tout point au contrat.

## **II. 6. B. RESPONSABILITÉ POUR FAUTE AQUILIENNE À L'ÉGARD DES TIERS**

En outre, une faute de gestion peut engendrer la responsabilité aquilienne et être mise en cause par les tiers si elle constitue une violation à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous<sup>43</sup>. Il est à rappeler que la théorie de l'immunité des agents d'exécution, étendue aux organes de la société par un important arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997, vient nuancer le propos pour les tiers qui se trouvent dans un rapport contractuel avec la société<sup>44</sup>.

Par cet arrêt, la Cour soumet la responsabilité délictuelle de l'organe aux conditions du concours de responsabilité. Une quasi-immunité, qui s'apparente à l'immunité de l'agent d'exécution telle que prévue à l'article 18 de la loi sur le contrat de travail, est ainsi conférée à l'organe. Cela porte d'ailleurs préjudice à la théorie de l'organe, comme l'a souligné un éminent auteur<sup>45</sup>.

Pour ce qui concerne les tiers sans lien contractuel avec la personne morale, la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 juin 2005, a reconnu le cumul des responsabilités de la société

---

<sup>41</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p. 304 ; en ce sens : O. CAPRASSE, *op. cit.*, pp.500-501.

<sup>42</sup> Comm. Courtrai, 29 juin 1984, *R.D.C.*, 1985, p.224.

<sup>43</sup> « *Le mandataire, qui, agissant dans le cadre de son mandat commet une faute, ne peut être déclaré responsable à l'égard du tiers contractant que si cette faute constitue un manquement à l'obligation générale de prudence* », Cass., 16 mars 2018, *Lar. Cass.*, 2019/4, p.86.

<sup>44</sup> « *Lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat* » ; Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p.730, note V. SIMONART intitulée « La quasi-immunité des organes de droit privé » ; voy. O. CAPRASSE, « La responsabilité extra-contractuelle des dirigeants de sociétés », *J.L.M.B.*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, p.1292.

<sup>45</sup> Note V. SIMONART précitée, pp.756-757. L'auteur fait très justement remarquer : « *Par définition, pour autant qu'il reste dans le cadre de ses fonctions, l'organe s'identifie à la personne morale: lorsqu'il agit dans l'exécution d'un contrat conclu par une personne morale, c'est cette personne morale qui exécute elle-même le contrat, sans recourir à un tiers. En revanche, l'agent d'exécution est un tiers que la personne morale se substitue pour exécuter son contrat. On ne peut donc pas considérer l'organe comme un agent d'exécution.* »

et de l'administrateur en cas de faute aquilienne, indiquant que la responsabilité de l'organe et de la société coexistent<sup>46</sup>.

## **II. 6. C. ÉTENDUE DU DOMMAGE**

L'administrateur doit en principe réparer intégralement le dommage résultant d'une faute aquilienne. Pour certains, il ne faudrait pas prendre en compte l'article 1150 du Code civil et la prévisibilité du dommage à cet égard, la disposition étant réservée à la responsabilité civile. D'autres soutiennent au contraire que le caractère prévisible du dommage résulte implicitement dans la référence au *bonus pater familias* lorsque celui-ci a fait le nécessaire pour prévenir le dommage<sup>47</sup>.

L'on rejoindra les premiers dans cette controverse. Il nous paraît cohérent que les effets de l'article 1150 du Code civil, contenu par ailleurs dans le Titre III consacré aux contrats et aux obligations conventionnelles, ne s'appliquent pas au dommage résultant de la faute délictuelle. De plus, cela reviendrait à exclure la possibilité d'un dommage, et donc d'indemnisation, potentiellement lourd de conséquences mais découlant de circonstances imprévisibles.

Plus fondamentalement, la responsabilité quasi délictuelle du dirigeant est désormais soumise à la limitation plafonnée introduite par le CSA, ce qui n'est pas sans poser la question de la discrimination entre le mandataire lambda et le dirigeant agissant sur la base d'un mandat, comme on le verra plus loin<sup>48</sup>.

## **II. 7. DÉCHARGE DE RESPONSABILITÉ**

### **II. 7. A. MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE CSA**

Comme on l'a dit, le régime de la décharge de responsabilité s'est vu quelque peu modifié avec l'entrée en vigueur du CSA. Le Code des sociétés prévoyait que les gérants<sup>49</sup> ou administrateurs<sup>50</sup> ne sont déchargés de leur responsabilité pour les violations du Code ou des statuts auxquelles ils n'ont pas pris part que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus proche après qu'ils en aient eu connaissance.

L'article 2:56, *in fine* du CSA prévoit désormais la décharge de responsabilité non seulement pour la violation du Code et des statuts mais également pour la responsabilité solidaire de l'organe collégial (alinéas 2 et 3). Deux conditions sont exigées : l'administrateur ne doit pas avoir pris part à la faute<sup>51</sup> et il doit avoir dénoncé le comportement ou l'acte litigieux à tous les autres membres de l'organe d'administration ou à l'organe d'administration collégial.

---

<sup>46</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, ; Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de société », obs. sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, pp.199 à 202.

<sup>47</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, H. CULOT, *op. cit.*, p.297 ; O. CAPRASSE, *op. cit.*, p.505.

<sup>48</sup> Section III. 2. A.

<sup>49</sup> Article 263, al.2 du C.soc.

<sup>50</sup> Article 528, al.3 du C.soc.

<sup>51</sup> En protestant contre la décision fautive ou en étant légitimement excusé lors de la prise de décision par exemple.

L'assouplissement a lieu à deux niveaux : d'une part, la dénonciation se fait désormais aux membres de l'organe d'administration ; d'autre part, il n'est plus question d'un impératif temporel. En effet, la seconde condition imposée par le Code des sociétés était jugée trop stricte par le législateur, étant donné qu'elle avait pour effet de placer l'administrateur membre d'un organe collégial dans une situation pour le moins délicate, entravant de la sorte le fonctionnement ultérieur de l'organe collégial d'administration<sup>52</sup>.

## II. 7. B. CRITIQUE

Les travaux préparatoires insistent sur la nécessité de se ménager une preuve écrite de l'accomplissement du devoir de dénonciation<sup>53</sup>. Cela paraît normal dans la mesure où la parole de l'administrateur n'ayant pas pris part à la faute pourrait être aisément mise en cause par les autres membres. La décharge est par ailleurs soumise au prescrit de l'article 5:98 du CSA, qui reste inchangé par rapport à l'article 284 du C.soc<sup>54</sup>.

Il est toutefois permis de s'interroger sur la *ratio legis* exprimée par le législateur. Il est vrai que le fait de ne pas porter d'accusation devant les actionnaires, accusation qui surprendra possiblement les autres administrateurs<sup>55</sup>, peut participer à réduire les tensions découlant de l'acte de dénonciation ou, à tout le moins, avoir pour effet de ne pas en rajouter inutilement. Cette modalité est aussi plus facilement accomplie que la dénonciation devant l'assemblée générale.

Néanmoins, partant du postulat suivant lequel le fonctionnement normal de l'organe collégial était mis à mal sous l'ancien régime, nous n'apercevons pas en quoi le fait de rapporter la faute aux autres membres du conseil d'administration plutôt qu'à l'assemblée générale contribue à un meilleur fonctionnement ultérieur de l'organe collégial.

Il s'agit en effet là pour l'administrateur de dénoncer la faute aux personnes qui sont ses collègues directs et avec lesquelles il est amené à avoir des contacts réguliers. Il paraît dès lors difficile de saisir en quoi le fait de signaler la faute aux autres membres de l'organe d'administration est un facteur d'apaisement plus que de la signaler à la prochaine assemblée générale. Dans tous les cas, il semble logique que les actionnaires auront, tôt ou tard, connaissance du comportement litigieux.

Dès lors, une fois les actionnaires mis au courant - lors de l'assemblée générale ou par un quelconque administrateur au préalable -, il n'est pas inconcevable qu'une sanction en découle, en fonction de la gravité de la faute notamment. Dans ce cadre, l'on est en droit de se demander en quoi l'organe d'administration sera plus apte à fonctionner « *convenablement* » une fois que les conséquences du comportement ou de l'acte fautif se seront fait ressentir.

En outre, l'on observera que les conséquences de l'acte, loin d'être supprimées, sont tout simplement retardées. En effet, le Code des sociétés imposait de dénoncer la faute à

---

<sup>52</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.62.

<sup>53</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.61.

<sup>54</sup> Cette disposition a trait à la décharge accordée par l'assemblée générale ordinaire après approbation des comptes annuels lorsque ceux-ci s'avèrent corrects et fidèles à l'image réelle de la société.

<sup>55</sup> Nous pensons notamment au cas où l'administrateur était légitimement absent lors de la prise de décision et n'a pas averti préalablement ses collègues de son intention de dénoncer la faute à la prochaine assemblée générale.

l'assemblée générale « *la plus proche* ». Cette exigence aurait pu se retrouver dans le CSA sous une autre formule. Le législateur aurait pu imposer à l'administrateur n'ayant pas pris part à la faute de dénoncer celle-ci aux autres membres « à bref délai » ou « dans les plus brefs délais ». Il ne l'a toutefois pas jugé utile, de sorte qu'il faudra en déduire que la dénonciation pourra intervenir endéans un délai indéterminé et, *de facto*, que l'on peut craindre plus long.

## II. 8. APPRÉCIATION MARGINALE

### II. 8. A. EXPLICATION DU CONCEPT

Le concept d'appréciation marginale s'inspire de l'idée qu'il existe une pluralité de comportements raisonnables qu'une personne normalement prudente et diligente peut adopter face à une situation déterminée<sup>56</sup>. Dès lors, cette personne bénéficie d'une marge de manœuvre dans sa prise de décision, qui ne pourra être sanctionnée par le juge que si celle-ci excède « *manifestement* » la marge dont l'administrateur dispose. Dans ce cadre, seule la légalité - à l'exclusion de l'opportunité - de la décision pourra être discutée par le juge ; il ne leur appartient pas de substituer leur appréciation à celle des organes de gestion<sup>57</sup>.

Il ne s'agit une nouvelle fois pas d'une innovation apparue dans le CSA. Auparavant, on retrouvait déjà ce concept notamment chez certains auteurs dans d'autres branches du droit ainsi que dans la jurisprudence du Code des sociétés<sup>58</sup>. Le contrôle marginal ne s'appliquera pas lorsqu'un comportement déterminé est prescrit par une norme ou en cas d'omission, de négligence, d'inactivité ou de passivité ; il faudra s'en remettre au droit commun<sup>59</sup>.

En dépit des critiques de certains auteurs<sup>60</sup>, ce principe se retrouve donc inscrit à l'article 2:56 du CSA comme suit : « *Ces personnes<sup>61</sup> ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente* ». La paternité avec le concept de « bon père de famille » est manifeste, eu égard à la formulation de la disposition.

De plus, les travaux préparatoires insistent sur la nécessité d'éviter l'appréciation *a posteriori* ou « *l'illusion rétrospective, qui consiste à déduire des effets négatifs d'une décision que celle-ci était elle-même fautive* »<sup>62</sup>. Dans ce cadre, il conviendra dès lors d'apprécier la faute au moment où le comportement prêtant à litige a été adopté dans le contexte existant à ce

---

<sup>56</sup> C'est le comportement professionnel de l'administrateur qui sera évalué ; G. MAELFAIT, *op. cit.*, p.162.

<sup>57</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, « 6. - La responsabilité des organes », *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p.177 ; Gand (7<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2014, *N.J.W.*, 2015, liv. 329, p.695, note P. BRULEZ ; Liège (7<sup>e</sup> ch. A), 26 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2018, liv. 29, p.1385.

<sup>58</sup> Voy. not. J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p.207 ; Gand (7<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2014, *N.J.W.*, 2015, liv. 329, p.695, note P. BRULEZ ; Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 5 novembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p.214, note P. DELVAUX.

<sup>59</sup> J. DANIEL, D. CORNIL, « La responsabilité des dirigeants de sociétés au regard du Code des sociétés et des associations et du livre XX du Code de droit économique », *Le pli juridique*, n°50, 2019, p.36.

<sup>60</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.59 ; L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement », *B.R.H.*, 1981, p.107, cité par É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op.cit.*, p.177.

<sup>61</sup> C'est-à-dire, les administrateurs et les administrateurs de fait dans le cadre de notre propos.

<sup>62</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.60.

moment, sans avoir égard aux conséquences de l'acte adopté. La question à se poser sera la suivante : la décision était-elle manifestement déraisonnable au moment où elle a été adoptée ?

## II. 8. B. CRITIQUE

L'explication apportée par les documents parlementaires est convaincante. Dans la mesure où ce principe ne peut trouver à s'appliquer, en bonne logique, que dans des circonstances où l'organe de gestion dispose d'une marge d'appréciation, il n'incombera pas au juge de faire application de ce concept dans chaque affaire soumise devant lui. Si tel avait été le cas, cela reviendrait selon nous à octroyer au juge de (trop) larges pouvoirs au détriment de la sécurité juridique.

Par ailleurs, il ne semble pas abusif selon nous de sanctionner les actes, décisions ou comportements excédant manifestement - l'on insistera sur ce terme car la responsabilité ne sera pas encourue *a contrario* - la marge d'appréciation dès lors qu'une myriade d'options s'offrent à l'administrateur normalement prudent et diligent pour l'exercice de sa liberté d'appréciation, ce qui permet à chacun d'avoir une opinion divergente sans pour autant encourir une sanction. Cela semble même nécessaire dans une fonction à risque où les décisions sont souvent prises dans l'incertitude. En ce sens, nous rejoignons les travaux préparatoires.

Le texte n'est cependant pas parfait, de sorte qu'il nous faut diverger sur d'autres points. L'abus d'adverbes dans la formulation du texte (« *manifestement* », « *normalement* » et « *raisonnablement* ») nuit à sa compréhension et à sa clarté, si bien que l'on éprouve quelque peine à cerner la relation qu'ils entretiennent entre eux<sup>63</sup>. Cette remarque fait écho aux problèmes rédactionnels évoqués ci-avant (voir section I.4.A).

De plus, s'il se concevait aisément que la jurisprudence ne dispose pas de critères précis dans le contrôle de la marge d'appréciation sous l'empire du Code des sociétés, cette situation est plus difficile à admettre une fois le concept inscrit légalement. L'on est en droit de se poser la question si le texte n'aurait pas pu être plus clair, plus complet ou, à tout le moins, plus rigoureux.

Assurément, le législateur disposait là de l'occasion de guider le travail du juge, par exemple en énonçant une liste - exhaustive ou, préférablement, non - de comportements ou d'actes excédant manifestement la marge d'appréciation ou en précisant le terme « *manifestement* ». De fait, cette question de l'excès manifeste de la liberté d'appréciation est une question subjective qu'il convenait, selon nous et au nom de la sécurité juridique, de régler.

Bien que cette consécration légale nous soit louable dans son principe, les considérations ici développées nous mènent à une réflexion : dans le cadre d'un litige déféré devant une juridiction à propos d'un acte, d'une décision ou d'un comportement litigieux d'un administrateur, la marge d'appréciation revient-elle à ce dernier ou, *in fine*, au juge ?

---

<sup>63</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.39.

### III.-LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

#### III. 1. PRÉSENTATION DU RÉGIME

L'un des grands changements apporté par le CSA est la limitation de la responsabilité des administrateurs par différents plafonds, prévue à l'article 2:57 du CSA. Cette nouveauté a donné lieu à bon nombre de débats dont il sera question ci-après.

Les plafonds instaurés visent à limiter la responsabilité prévue à l'article 2:56 du CSA en instaurant des montants au-delà desquels les administrateurs et autres personnes visées<sup>64</sup> ne pourront être condamnés. Ces seuils sont divisés en plusieurs paliers, allant de 125.000 euros à 12 millions d'euros<sup>65</sup>, et sont calculés en fonction du chiffre d'affaires moyen annuel et du total du bilan moyen. Le chiffre d'affaires et le total du bilan se calculent sur base des trois exercices précédant l'intentement de l'action en responsabilité ou sur la période écoulée depuis la constitution si au moins trois exercices se sont écoulés depuis cette constitution.

Le champ d'application est extrêmement large : la limitation de responsabilité s'applique sans avoir égard à la personne qui introduit l'action - la personne morale ou des tiers -, au nombre de ces personnes, au nombre d'administrateurs concernés, au fondement de l'action (contractuel ou extracontractuel), à la gravité de la faute commise et ce, par faits ou ensemble de faits commis<sup>66</sup>. Cela vaudra donc aussi bien pour la faute de gestion, pour la violation du Code des sociétés ou des statuts ou encore pour la faute grave ayant contribué à la faillite.

Est également visée la responsabilité « *en raison de dommages causés découlant [...] d'autres lois ou règlements* ». De la sorte, toutes les normes légales ou réglementaires, y compris celles découlant de législations particulières en dehors du CSA qui instaurent des régimes de responsabilité à charge des administrateurs, sont concernées.

Il est à noter que la faute commise intentionnellement ou frauduleusement entraînera la non-application de la limitation de responsabilité (*fraus omnia corrumpit*), de même que la mise en cause de la responsabilité de l'administrateur en une autre qualité (en tant qu'actionnaire par exemple). En outre, l'article 2:58 du CSA complète en énonçant que la responsabilité « *ne peut être limitée au-delà de ce qui est prévu à l'article 2:57* ». Toute disposition contraire est réputée non écrite et la société ne peut garantir ou exonérer les administrateurs par avance de leur responsabilité envers la personne morale ou les tiers.

Les documents parlementaires listent plusieurs constats ayant dicté l'introduction de la limitation de la responsabilité. Ces constats ont été critiqués, notamment par le Conseil d'État à la lumière des articles 10 et 11 de la Constitution<sup>67</sup>. Nous débattons ces différents points à notre tour.

---

<sup>64</sup> Il s'agit des administrateurs de fait, du délégué à la gestion journalière et du représentant permanent ; voy. exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.69.

<sup>65</sup> Une indexation sur base de l'évolution de l'indice des prix à la consommation a par ailleurs été prévue.

<sup>66</sup> Article 2:57, §2 du CSA ; les entreprises d'intérêt public tomberont toutefois toujours dans le plafond le plus élevé, indépendamment de leur taille, en raison de l'intérêt social qu'elles présentent ; voy. exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.68.

<sup>67</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.12.

### III. 2. PREMIER CONSTAT

Le premier constat est le suivant : le Code des sociétés établissait une différence de traitement injustifiée entre la responsabilité illimitée des membres de l'organe d'administration et la responsabilité limitée des dirigeants qui ne font pas partie de cet organe. Ces derniers sont soit des travailleurs bénéficiant de l'article 18 de la loi sur le contrat de travail, auquel cas ils ne répondent que de leur faute lourde, de leur dol ou de leurs fautes légères habituelles, soit des indépendants exerçant leurs activités au travers d'une société de *management* à responsabilité limitée et bénéficiant *de facto* d'une limitation de responsabilité<sup>68</sup>. À l'inverse, l'administrateur exerçant son mandat par le biais d'une personne morale se voit dans l'obligation de désigner un représentant permanent personne physique (article 2:55 du CSA).

Ce constat est sous-tendu par l'idée que dans les grandes sociétés, l'organe d'administration a essentiellement une fonction de surveillance et est composé d'administrateur non exécutifs ou indépendants ; c'est en effet le *management* qui assure la direction effective de la société. Il en va de même pour les décisions importantes en matière de gestion, que le *management* prépare et exécute par la suite. Il en résulte que dans ces sociétés, le dommage résulte le plus souvent d'une faute du *management*.

C'est cette considération qui a été prédominante dans l'adoption d'un régime de limitation de responsabilité, comme le soulignent les travaux préparatoires, en vue de « *mettre fin à ces différences de traitement qui sont susceptibles d'être critiquées au regard des articles 10 et 11 de la Constitution* »<sup>69</sup>.

#### III. 2. A. CRITIQUE AU REGARD DE LA LÉGISLATION DES PAYS VOISINS

Étonnamment, la limitation s'inspire de ce qui prévaut pour les réviseurs d'entreprise<sup>70</sup>, alors que les considérations qui les guident sont d'intérêt général<sup>71</sup>. Ce premier constat nous surprend d'autant plus que le régime de responsabilité et la limitation y afférente sont désormais communs à l'ensemble des personnes morales. L'on s'interrogera dès lors sur l'opportunité de fixer un régime de limitation qui a en vue première les grandes sociétés et le *top management*, qui forment une minorité dans la pratique<sup>72</sup>.

En outre, le législateur justifie le régime par une comparaison avec les ordres juridiques des pays voisins, notamment avec les théories de la relativité et de la faute détachable. La théorie de la relativité est appliquée dans les pays de *common law* et dans les pays de tradition germanique tandis que la théorie de la faute détachable a été développée en France. Nous consacrerons quelques propos à cette dernière à la fin de cette contribution<sup>73</sup>.

Les pays voisins ont fait le choix de limiter l'action en responsabilité à certains types de fautes ou à certaines personnes. En Belgique, plutôt que de limiter la possibilité pour les tiers d'agir en justice ou de déroger à la notion de faute prévue dans le droit commun en la

---

<sup>68</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.62.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.69.

<sup>71</sup> Articles 42 et 69 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

<sup>72</sup> Ces sociétés revêtent bien souvent la forme d'une société anonyme dans la pratique.

<sup>73</sup> Section IV. 2.

restreignant ou en la délimitant - ce qui aurait pu constituer une alternative innovante et acceptable selon nous -, il est apparu « *beaucoup plus logique, et moins discriminatoire*<sup>74</sup> » pour le législateur d’instaurer des plafonds à la responsabilité.

Cette explication a été largement critiquée par le Conseil d’État et ne nous convainc pas davantage<sup>75</sup>. La limitation de la responsabilité s’explique assez mal en ce sens. Selon nous, une approche similaire à celle des pays voisins dépeinte dans l’exposé des motifs consistant en la limitation des titulaires de l’action en responsabilité ou, préférablement, en la délimitation du concept de faute ne nous paraissait pas moins logique ou plus discriminatoire.

Il est vrai que restreindre l’action aux tiers pourrait apparaître discriminatoire, bien que cela puisse être discutable à supposer qu’ils bénéficient tout de même de l’action en responsabilité extracontractuelle. L’administrateur serait dans tous les cas tenu responsable par la société, qui pourra se retourner contre lui le cas échéant si elle se retrouve actionnée par un tiers.

En revanche, la restriction du concept de « faute » serait apparue moins discriminatoire et tout aussi logique. Certes, cela aurait constitué une innovation révolutionnaire dans l’ordre juridique belge, plus proche en ce sens du droit allemand que de la tradition française du Code civil. Néanmoins, il aurait été question d’un régime dérogatoire, d’exception et donc de stricte interprétation, propre au droit économique - qui, par ailleurs, s’est toujours positionné en tant que tel par rapport au droit commun dans les traditions juridiques française et belge.

De plus, cette approche, loin de n’avoir en vue que les sociétés « *importantes* »<sup>76</sup>, aurait eu selon nous pour effet de prendre en compte l’intérêt de toutes les personnes morales, de la société unipersonnelle aux géants de l’économie, conformément à la volonté du législateur d’instaurer un régime de responsabilité et de limitation communs.

### **III. 2. B. CRITIQUE AU REGARD DE LA PRATIQUE**

Il est regrettable d’avoir en vue certains acteurs plutôt que de privilégier une vue d’ensemble. Incontestablement, les grandes sociétés ont un poids économique plus important, que l’on se situe au niveau structurel, social, voire politique, ou même d’un point de vue strictement comptable et fiscal. C’est toutefois là perdre de vue que l’écrasante majorité des sociétés en Belgique est composée de quatre employés ou moins<sup>77</sup>.

Or, en pratique, et quand bien même la différence de traitement entre *top executive* et administrateur dans les grandes sociétés était bien réelle, la responsabilité de l’administrateur sera mathématiquement plus susceptible d’être mise en cause dans une société de moindre importance que dans une société importante, étant donné que le nombre d’administrateurs total dans les premières dépasse largement celui des secondes.

Ce constat semble valoir nonobstant le volume de marchandises ou le nombre de services échangés qui sera, cela va de soi, bien plus important dans une grande société que dans une

---

<sup>74</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.65.

<sup>75</sup> Avis du Conseil d’État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, pp.12 et s.

<sup>76</sup> Pour reprendre la terminologie employée par le législateur. Il est permis de s’interroger sur le terme à opposer aux sociétés « importantes » en ce sens. L’on utilisera les expressions « société de moindre importance » ou « petite société ». Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.63.

<sup>77</sup> <https://statbel.fgov.be/fr/themes/entreprises/demographie-des-entreprises/demographie-des-entreprises-actives-du-secteur#figures> (consulté le 23 mars 2020)

petite société. Dans les faits, les grandes sociétés sont par ailleurs dotées d'un arsenal juridique bien plus important - service juridique existant ou plus fourni, conditions générales, etc. -, qui est un facteur propre à réduire le risque de mise en cause de la responsabilité des administrateurs

### III. 2. C. CRITIQUE AU REGARD DES ARTICLES 10 ET 11 DE LA CONSTITUTION

Ainsi qu'il en a été fait mention ci-avant<sup>78</sup>, l'on s'explique difficilement la raison d'appliquer la responsabilité plafonnée quel que soit le fondement de cette responsabilité, en ce compris à celles de dirigeants fondées sur le droit commun, eu égard au caractère discriminatoire que cela présente. En effet, l'on observera une différence de traitement injustifiée entre les dirigeants qui agissent sur base d'un mandat et les mandataires qui ne sont pas dirigeants, les seconds ne pouvant voir leur responsabilité limitée sans justification<sup>79</sup>.

De même, il n'est pas fait mention des victimes souhaitant obtenir réparation de leur dommage pour le cas où une ou plusieurs victimes ont précédemment obtenu une indemnisation atteignant le plafond. À supposer que cela prive les premières d'une indemnisation sous couvert de l'article 2:57 du CSA qui leur serait opposé par l'administrateur fautif, il s'agirait là d'un autre cas de discrimination. Il n'est pas non plus question de critères prévoyant la répartition de l'indemnisation entre les victimes<sup>80</sup>.

### III. 2. D. CRITIQUE AU REGARD DE LA COMPÉTITIVÉ

En définitive, si les grandes sociétés semblent avoir été au cœur de la préoccupation du législateur lors du choix d'instaurer des plafonds en guise de limitation de la responsabilité, il en est une autre qui a, selon nous, eu tout autant de poids pour le législateur. Il s'agit de la considération suivante : *« D'un point de vue politique, le projet estime en outre devoir prendre en compte le fait que dans le contexte de la globalisation, où les sociétés rivalisent sur le plan international pour recruter les administrateurs les plus talentueux, il n'est pas heureux que les risques liés à l'exercice d'un mandat d'administrateur soient plus élevés en Belgique que dans les pays voisins »*<sup>81</sup>.

Les documents parlementaires expédient cet argument en un paragraphe. Pourtant, il ne fait guère de doutes à notre avis que cette considération a joué un rôle considérable dans la conviction du législateur. Le CSA se veut compétitif d'un point de vue international, et cela se traduit ici par une volonté d'attirer les administrateurs les plus recherchés en plafonnant leur responsabilité.

Une fois de plus, nous déplorons que le projet ait eu là les seuls intérêts des grandes sociétés en vue. De façon générale, l'on imagine mal les administrateurs « les plus talentueux » accourir dans les microsociétés ou même les petites et moyennes sociétés.

Que l'on ne se méprenne pas : il n'y a pas de mal, à proprement parler, à vouloir attirer ces administrateurs. Il est primordial, d'un point de vue économique, de faire preuve d'une

---

<sup>78</sup> Section II. 6. C.

<sup>79</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.13.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p.13.

<sup>81</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.67.

certaine attractivité à l'échelle internationale pour les sociétés et les administrateurs étrangers, tout en veillant à maintenir un équilibre pour tous les acteurs de la vie économique.

Cependant, construire le système de la limitation de responsabilité sur base des grandes sociétés revient précisément à perdre de vue les intérêts de tous les acteurs dont le législateur doit selon nous tenir compte lors de la conception d'un texte de loi. Cela témoigne également d'un certain manque de cohérence avec la volonté d'instaurer un régime de responsabilité et de limitation communs à l'ensemble des formes de société.

### **III. 3. SECOND CONSTAT**

Le second motif invoqué a pour objet l'assurabilité du risque. L'exposé des motifs souligne que le risque de responsabilité s'est accru en raison de l'accent mis de façon de plus en plus poussée sur la responsabilité de la direction en matière de *compliance* et de *risk-management*, ce qui rend le risque difficilement assurable. Afin d'assurer une couverture adéquate du risque, il convient de préciser le montant maximum à concurrence duquel la responsabilité de l'administrateur peut être engagée<sup>82</sup>. Les assureurs souhaitant réduire le montant maximal de leur couverture ou ne plus couvrir certains risques, l'ajout de plafonds aurait pour effet de rendre le risque plus aisément déterminable et dès lors plus assurable.

#### **III. 3. A. CRITIQUE EN OPPORTUNITÉ**

Dans la mesure où les assureurs limitent toujours la couverture du dommage à un montant maximal, cet argumentaire est peu convaincant<sup>83</sup>. Rares seront les cas où un assureur renoncera à couvrir l'administrateur pour les raisons précitées.

De plus, ce second constat est une nouvelle fois dicté par des considérations qui prévalent dans les grandes sociétés, comme indiqué par le législateur, de sorte que les critiques émises précédemment restent d'application. En outre, nous sommes quelque peu surpris à la lecture des arguments évoqués dans l'exposé des motifs.

En effet, s'il est question de pallier à la volonté des assureurs de ne plus couvrir certains risques, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de l'introduction de plafonds à cet effet. Dans ce cas, pourquoi ne pas avoir opté pour la délimitation du concept de faute, telle que développée ci-avant ?<sup>84</sup> Cela aurait permis de solutionner le problème de manière directe, excluant de la sorte l'intervention de l'assureur pour certains types de fautes. L'on s'explique mal le choix opéré.

Le législateur le justifie en expliquant que sur base de la théorie de l'organe, la responsabilité de la société sera également engagée ; cela permet aux tiers d'avoir une voie de recours. Cela ne vaudra toutefois pas en cas de faillite, ainsi que le Conseil d'État le fait remarquer<sup>85</sup>, par manque d'actifs de la société, ou lorsque la victime de la faute de l'administrateur est la société elle-même.

---

<sup>82</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, pp.63 et 67.

<sup>83</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.186.

<sup>84</sup> Section III. 2. A.

<sup>85</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.17.

L'équilibre établi sous le régime du Code des sociétés est par ailleurs rompu. Alors qu'il était prévu un système où il peut être demandé réparation du dommage à la société dans le cas où celle-ci a commis une faute, la société pouvant se retourner le cas échéant contre les administrateurs fautifs, il est désormais prévu une responsabilité limitée pour les administrateurs tandis que la responsabilité de la personne morale est illimitée à l'égard des tiers. La théorie de l'organe, examinée ci-avant<sup>86</sup>, aura donc un rôle à jouer pour le tiers souhaitant imputer la faute du membre de l'organe d'administration à la société.

### III. 3. B. CRITIQUE AU REGARD DU CRITÈRE DE LA TAILLE DE LA SOCIÉTÉ

En outre, la limitation de responsabilité s'exprime en montants absolus en fonction de la taille de la société mesurée à l'aune de son chiffre d'affaires et du total de son bilan. Dès lors, seul le poids économique comptable de la société permet de faire basculer la société d'une tranche à une autre. Nous rejoignons le Conseil d'État lorsqu'il indique que ce facteur n'est pas suffisant à mesurer le risque que la société génère<sup>87</sup>.

Le critère de la taille de la société, inspiré de celui utilisé pour distinguer micro, petite et grande société, est sans doute un facteur nécessaire à prendre en compte eu égard à son caractère facilement mesurable. Il nous paraît néanmoins insuffisant. Il existe en effet des personnes morales de petite taille qui font courir d'importants risques à la société et inversement.

Loin de souhaiter une liste exhaustive et descriptive de tous les secteurs d'activités - ce qui s'avérerait inutilement complexe -, il ne nous paraissait pas abusif de recenser un nombre définis et non exclusif de secteurs d'activités qui présentent des risques particuliers, par exemple des risques sécuritaires, économiques, sociaux ou de santé publique importants.

De la sorte, plus les effets dommageables des fautes seraient importants, plus le plafond de responsabilité serait élevé. Ce choix est cependant apparu « *injustifié et impraticable* » aux yeux du législateur, jugeant le critère adopté « *parfaitement pertinent* » et précisant qu'il paraissait « *vain d'élaborer un système plus raffiné* »<sup>88</sup>.

### III. 3. C. CRITIQUE QUANT À L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ

Quant aux critiques mentionnées ci-avant<sup>89</sup> émises par le Conseil d'État dans son avis sur le projet, elles nous paraissent pertinentes et l'on regrettera que le législateur s'en soit départi si rapidement. L'importance du dommage concret susceptible d'être causé - particulièrement à des tiers - apparaît bel et bien sans lien direct avec les critères quantitatifs exprimés dans l'article 2:57 du CSA. Selon le législateur, ce constat ne se justifie pas dans la mesure où la prévisibilité du risque à assurer s'en verrait diminuée et où le nombre de demandeurs risquerait d'être artificiellement gonflé.

---

<sup>86</sup> Section II. 2.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp. 11 et s ; voy. également D. BRULOOT, H. DE WULF, K. MARESCHEAU, L. VAN COILLIE, « Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: overzicht en enkele pijnpunten », *Bestending Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Malines, Kluwer, pp.82-83.

<sup>88</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.68.

<sup>89</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, pp.12 et s.

L'on a quelques difficultés à apercevoir ce que le législateur vise dans ce dernier cas. Il s'agira pour chaque demandeur d'introduire une action recevable et d'établir les éléments de la responsabilité, ce qui nous paraît peu concevable pour un demandeur factice. Du reste, la prévisibilité du risque était d'ores et déjà établie sous l'empire du Code des sociétés par les différentes compagnies d'assurances, comme cela a déjà pu être signalé.

La haute juridiction n'a pas ménagé ses mots : « [c] 'est ainsi, fondamentalement, un régime d'irresponsabilité des dirigeants de société qui est organisé »<sup>90</sup>. Elle s'en réfère à la fonction dissuasive très amoindrie de la responsabilité civile des dirigeants, par une combinaison de la limitation des sanctions pénales, du plafonnement dont question et de l'encouragement à faire couvrir la responsabilité par une assurance. Nous estimons ce constat et pensons que la justification en est, à nouveau, la volonté d'attirer les grandes sociétés et les administrateurs les plus performants en réduisant les risques financiers et les éventuelles condamnations pénales auxquels ils sont susceptibles de s'exposer.

### **III. 3. D. CRITIQUE QUANT AU NOMBRE DE VICTIMES**

Le Conseil d'État a également critiqué le fait qu'il n'existe pas de lien entre le plafond de l'indemnisation et le nombre de victimes. Le législateur a répondu à cette critique qu'il n'existe en effet aucun lien en suivant l'exemple d'une société cotée qui aurait encouru un dommage des suites d'une divulgation d'informations trompeuses sur sa santé financière par un ou plusieurs administrateurs ; le dommage consistant principalement en la dépréciation de la société ne serait pas plus important si le nombre d'actionnaires était plus élevé.

Il semble que l'exemple, choisi à dessein et certes correct en l'espèce, ne couvre pas toutes les possibilités. Il en est particulièrement ainsi des dommages subis par les tiers en raison de la société. D'aucuns<sup>91</sup> soulignent qu'il n'en irait pas de même en cas de dommage environnemental par exemple, où l'on aurait pu imaginer sans peine que la pollution engendrée par une société ouvre un droit à des montants d'indemnisation différents selon que dix personnes ou une ville entière ont été affectés.

Il en ira de même pour une personne morale active dans le secteur pharmaceutique ou de l'alimentaire, si un médicament ou un produit de consommation se révèlent avoir des effets néfastes pour la santé des personnes l'ayant consommé. Le dommage ne sera pas le même selon que le produit en cause aura été ingéré par quelques centaines de personnes ou par la majorité de la population d'un territoire donné. *In fine*, il n'était pas incohérent selon nous d'opter pour une variation des différents plafonds en fonction du nombre de victimes du dommage.

### **III. 3. E. CRITIQUE AU REGARD DE CHIFFRES INCORRECTS**

Se pose encore le problème de la correction des chiffres d'affaires et/ou du total du bilan dans les comptes publiés pour le cas où ceux-ci seraient inexacts. Là encore, il y aura matière à discussion et ce d'autant plus si la ou les faute(s) s'est (se sont) étalée(s) sur plusieurs années. Certains auteurs soulèvent l'incompatibilité de cet exercice avec le critère de l'appréciation

---

<sup>90</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/002, p.16.

<sup>91</sup> É. POTTIER, F. LELEVRE, *op. cit.*, p.189.

marginale, car il appartiendra alors au juge d'apprécier l'opportunité afin de substituer à la faute un choix non fautif et de reconstituer le chiffre d'affaires et les conséquences financières sur base de ce choix<sup>92</sup>.

Le chiffre d'affaires corrigé aura pu augmenter ou régresser en fonction des circonstances de l'espèce. C'est en réponse à ses critiques et afin d'éviter ce type de problèmes et de discussions que le législateur, à juste titre selon nous, a décidé de préciser que le chiffre d'affaires et le total du bilan doivent être calculés sur une moyenne de trois ans.

Il est heureux que le législateur ait eu en vue le cas où une société aura dissimulé ou falsifié son chiffre d'affaires ou son total bilantaire afin que l'administrateur fautif soit sujet à un plafond de responsabilité moins élevé. Dans ce cas, les cours et tribunaux tiendront compte des chiffres corrects pour déterminer la limitation de responsabilité<sup>93</sup>.

### III. 3. F. CRITIQUE QUANT À L'INDEMNISATION

Les plafonds valent pour l'ensemble des membres de l'organe d'administration et pour l'ensemble d'une demande qui concerne un même fait. Le législateur a précisé à cet égard que « *l'objectif ne pouvait être que le seuil de responsabilité applicable à une administrateur pris isolément soit établi en multipliant le plafond par le nombre d'administrateurs* »<sup>94</sup>.

On éprouve quelque peine à imaginer en quoi cela consisterait en un objectif à proprement parler. Cela étant, si l'on rejoindra les travaux préparatoires dans l'idée qu'il serait regrettable de multiplier le plafond par le nombre d'administrateurs, cette façon d'envisager les choses est susceptible d'avoir des effets peu souhaitables en pratique. Dans cette optique, seul le demandeur ayant obtenu le premier une décision exécutoire sur base d'un même fait ou ensemble de faits sera en mesure d'obtenir l'indemnisation maximale ou la plus importante.

Il en ira de même si un même fait ou ensemble de faits peut donner lieu à plusieurs fondements de responsabilités : la multiplication du seuil ne sera pas possible. De la sorte, à supposer que le plafond ait été atteint, cela aura pour effet indésirable de priver les personnes introduisant une demande ultérieure d'obtenir une indemnisation de leur dommage. Le texte, en restant muet quant à la répartition des dommages et intérêts, introduit une course à la justice ainsi que de la concurrence entre demandeurs<sup>95</sup>.

Rien n'est précisé non plus quant à la répartition de l'indemnisation pour le cas où il existe plusieurs défendeurs. Cela pose diverses questions. Il n'est pas fait mention de la contribution de chaque administrateur, le cas échéant en fonction de la gravité de la faute, du rôle de chacun dans celle-ci ou du fondement de la responsabilité. Il n'est pas non plus précisé si l'indemnisation sera limitée si la victime a elle-même commis une faute en relation causale avec son propre dommage<sup>96</sup>. Ces diverses considérations apparaissent critiquables à notre sens.

---

<sup>92</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.191.

<sup>93</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.68.

<sup>94</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.73.

<sup>95</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.193 ; la victime conservera néanmoins le droit de solliciter la réparation intégrale de son dommage à la personne morale, comme cela a déjà été évoqué.

<sup>96</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 26 septembre 2012, *Pas.*, 2012, liv. 9, p.1737.

### III. 4. EXCEPTIONS À LA LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ

En son troisième paragraphe, l'article 2:57 du CSA énonce les cas d'exception à la limitation de responsabilité. Nous ne disserrerons cependant que du premier cas envisagé dans le cadre de notre propos<sup>97</sup>.

Comme cela a déjà été mentionné, la faute commise à dessein de nuire ou frauduleusement n'entraînera bien entendu pas l'application des plafonds. Il en va de même pour la faute légère présentant un caractère habituel, ce qui n'est pas sans évoquer la formulation de l'article 18 de la loi sur le contrat de travail, et pour la faute grave. De la sorte, la limitation de responsabilité ne peut plus s'appliquer qu'en cas de faute légère accidentelle.

#### III. 4. A. CRITIQUE

Fort heureusement, les constats et critiques développés ci-avant se retrouvent dès lors limités à ce seul cas de figure. Le système se retrouve quelque peu vidé de sa substance, ce qui nous laisse à nouveau penser qu'il aurait été préférable d'opter pour une approche différente.

Le législateur souhaitait pourtant, au départ, ne limiter ces exceptions qu'à l'intention frauduleuse ou au dessein de nuire, avant qu'un amendement soit adopté en dernière minute<sup>98</sup>. Cela aurait eu pour effet d'établir une différence de traitement entre administrateurs et *top management* sous statut de travailleur, deux régimes qu'il paraissait cependant souhaitable de rapprocher selon les travaux préparatoires<sup>99</sup>.

L'on ne pourra s'empêcher de souligner la dichotomie observée entre, d'une part, l'exclusion de la limitation de responsabilité pour faute grave et, d'autre part, l'extension de cette même limitation à l'article XX.225 du Code de droit économique, qui prévoit la responsabilité de l'administrateur en cas de « *faute grave et caractérisée* » ayant contribué à la faillite (article 2:57, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> du CSA).

Quant à l'intention frauduleuse, elle soulève quelques problèmes. Certains auteurs ont formulé des exemples concrets et pertinents à cet égard<sup>100</sup>. Dans le cadre d'un délit d'initié ou de manipulation de cours, l'intention frauduleuse est le seul élément qui distingue la possibilité de poursuites pénales des poursuites administratives. Les premières nécessitent une telle intention afin d'être intentées, à l'inverse des secondes.

Sous le Code des sociétés, ce type de comportements était principalement poursuivi par le biais de la voie administrative. Dès lors que le plafond de responsabilité ne pourra s'appliquer en cas de poursuites pénales en raison de l'exclusion de limitation dû au caractère frauduleux des actes commis, l'on peut craindre une inversion du contentieux et un durcissement *de facto* des sanctions appliquées pour certains faits.

---

<sup>97</sup> Ce cas se lit comme suit : « *La limitation de la responsabilité visée au paragraphe 1er ne s'applique pas: 1° en cas de faute légère présentant dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel, de faute grave, d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire dans le chef de la personne responsable* ».

<sup>98</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, amendement, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n°3119/019.

<sup>99</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.64 ; de même, cela aurait facilité le risque de discrimination entre associations de fait et personnes morales.

<sup>100</sup> É. POTTIER, F. LELÈVRE, *op. cit.*, p.195.

### III. 4. B. EXONÉRATION ET GARANTIE

L'article 2:58 du CSA exclut de limiter la responsabilité au-delà de ce qui est prévu à l'article 2:57 du même Code. Sont interdites les clauses d'exonération ou de garantie consenties par la personne morale ou les entités qu'elle contrôle à ses administrateurs ou aux personnes assimilées envers la société ou les tiers. Toute clause statutaire, contractuelle ou résultant d'un engagement unilatéral de volonté contraire est réputée non écrite. Il reste cependant admis qu'une société mère indemnise ou exonère l'administrateur d'une de ses filiales ou qu'une société assure l'administrateur à ses frais<sup>101</sup>.

Le but premier est d'éviter que les administrateurs des grandes sociétés n'exonèrent ou ne garantissent par avance les conséquences civiles des actes fautifs, ce qui semble être la tendance. Les grandes sociétés sont une nouvelle fois dans les vues premières du législateur. « *Par avance* » dit le texte, ce qui suppose qu'une exonération ou une garantie *a posteriori* seront envisageables pour la société si cela est dans l'intérêt social et si la société est en mesure de faire face aux conséquences financières de la condamnation. De même, l'on ne voit pas ce qui pourrait empêcher un tiers de consentir à garantir la condamnation.

## IV.-RESPONSABILITÉ EN DROIT LUXEMBOURGEOIS ET EN DROIT FRANÇAIS ET INCIDENCE DU CSA SUR L'ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE («R.C. ») DIRIGEANTS

### IV. 1. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

Le droit luxembourgeois de la responsabilité est encadré par la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après « LSC »), qui s'est vue modernisée par deux lois de 2016<sup>102</sup>. À cette occasion, l'article 59 de la loi relatif à la responsabilité des administrateurs a été modifié<sup>103</sup>. Une action sociale minoritaire, partie intégrante du régime de responsabilité en droit luxembourgeois, a de même été insérée à l'article 63 bis de la loi<sup>104</sup>. Nous allons examiner principalement ces deux dispositions.

Le texte de l'article 59 LSC est très similaire à ce qui prévalait sous l'empire du Code des sociétés en Belgique. La mise en cause de la responsabilité requiert également une faute, un

---

<sup>101</sup> D. BRULOOT, H. DE WULF, K. MARESCEAU, L. VAN COILLIE, *op. cit.*, p.83.

<sup>102</sup> La loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi sur les sociétés commerciales et la loi du 23 juillet 2016 instituant la société à responsabilité limitée simplifiée.

<sup>103</sup> Le nouvel article 59 de la LSC dispose que : « *Les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. Les administrateurs et les membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts. Les administrateurs et les membres du comité de direction ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions, pour ce qui est des membres du conseil d'administration, à l'assemblée générale la plus prochaine et, pour ce qui concerne les membres du comité de direction, lors de la première séance du conseil d'administration après qu'ils en auront eu connaissance.* »

<sup>104</sup> S. SOCCIO, « La responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales à la lumière de la récente réforme du droit des sociétés luxembourgeois, un régime renforcé ou des évolutions timides : commentaire du jugement du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg du 23 mai 2013 », *D.A.-O.R.*, Malines, Kluwer, 2017, n°122, p.9.

dommage et un lien de causalité. Comme sous le Code des sociétés, la responsabilité pour faute de gestion<sup>105</sup> est individuelle et sera exceptionnellement solidaire, la responsabilité pour violation du Code ou des statuts est prévue et la décharge est accordée à des conditions quasi identiques<sup>106</sup>.

La responsabilité aquilienne peut elle aussi être engagée par la société et par les tiers<sup>107</sup>. En sus, le concept de l'appréciation marginale de la faute est utilisé par la jurisprudence<sup>108</sup>. Les notions de « fautes concurrentes » et de « fautes communes », anciennement utilisées dans le Code des sociétés, sont également d'application pour apprécier la faute de gestion<sup>109</sup>.

La jurisprudence luxembourgeoise, reprenant la même solution que celle développée par la jurisprudence belge<sup>110</sup>, a décidé que l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs n'appartient pas à l'actionnaire individuel; il faudra pour cela que l'actionnaire démontre un préjudice dans son patrimoine personnel, c'est-à-dire affectant la valeur de ses titres ou de son patrimoine sans que celui de la société ait été atteint<sup>111</sup>.

Quant à la responsabilité pour violation de la LSC et des statuts, elle repose sur une présomption de faute<sup>112</sup>, contrairement au droit belge où cela est toujours sujet à controverse. Nous défendons à cet égard une position similaire à celle qui prévaut en droit luxembourgeois (voir section II. 5. A.). Aussi, ce type de faute étant de manière constante plus facile à établir qu'une faute de gestion, l'aveu de faillite fautif tombera dans le champ d'application de la responsabilité extracontractuelle en droit luxembourgeois<sup>113</sup> tandis que cela sera considéré comme une faute de gestion en droit belge<sup>114</sup>.

Le législateur luxembourgeois a souhaité accorder une place prépondérante à l'action sociale minoritaire. L'action a pour but de « *tenir en échec l'effet juridique de la décharge votée à la majorité* »<sup>115</sup>, décharge accordée par les actionnaires majoritaires et ayant pour effet d'immuniser les dirigeants, en vue d'obliger ces derniers à plus de prudence et de diligence dans l'exercice de leurs fonctions, sous peine de voir leur responsabilité engagée par les actionnaires minoritaires.

À la différence du droit belge<sup>116</sup>, le législateur luxembourgeois n'a toutefois pas prévu de disposition spécifique pour la société à responsabilité limitée (ni pour la société coopérative).

---

<sup>105</sup> Ces fautes sont définies par la Cour de cassation luxembourgeoise comme « *des actes de mauvaise administration alors même que les actes accomplis dans les limites de leurs pouvoirs n'impliqueraient ni une infraction à la loi, ni une infraction aux statuts* »; voy. Cass. (Lux.), 27 février 1973, *Pas.*, 1973, p.481.

<sup>106</sup> S. SOCCIO, *op. cit.*, p.10.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>110</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 4 mai 2001, *Rev. prat. soc.*, 2001, p.84.

<sup>111</sup> Trib. (Lux.), 29 juin 2007, n°104787, *B.I.J.*, 2007, p.170; C.A. (Lux.), 15 juillet 2014 et Cass. (Lux.), 2 juillet 2015, *D.A.-O.R.*, 2016, p.69, cités par O. POELMANS, « Note sous Cour d'appel du Luxembourg 15 juillet 2014 et Cour de cassation du Luxembourg 2 juillet 2015 », *D.A.-O.R.*, Bruxelles, Kluwer, 2016, liv. 117, p.69.

<sup>112</sup> Trib. arr. (Lux.), 15 juillet 1993, n°882/A/93, *Bull. droit et banque*, n°21, janvier 1994; H. ARVIS, « Note : Le régime général de responsabilité civile des dirigeants de sociétés commerciales au Luxembourg », *D.A.-O.R.*, Bruxelles, Kluwer, 2010, liv. 96, p.415 cité par S. SOCCIO, *op. cit.*, p.21.

<sup>113</sup> S. SOCCIO, *op. cit.*, p.28-29.

<sup>114</sup> Comm. Courtrai (5<sup>e</sup> ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, p.218.

<sup>115</sup> S. SOCCIO, *op. cit.*, p.10.

<sup>116</sup> Où l'action minoritaire est prévue aux articles 5:104 et 5:105 du CSA pour la SRL.

L'action n'est dès lors réservée qu'aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées<sup>117</sup>. Étonnamment, le droit luxembourgeois n'a pas non plus étendu la disposition aux deux organes nouvellement créés pour la société anonyme, qui seront abordés ci-après.

Les travaux préparatoires restant muets à ce sujet, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de cette omission. Est-ce dû à la pratique des affaires ou à une crainte du législateur ? Quoiqu'il en soit, les cours et tribunaux luxembourgeois pourront être enclins à une interprétation extensive de la disposition.

De même, le législateur a répondu à un besoin de la pratique en étendant à deux organes facultatifs l'application de l'article 59 LSC, le comité de direction et le directeur général<sup>118</sup>. En résumé, le comité de direction vise à accélérer le processus décisionnel tout en remédiant au phénomène des administrateurs stratégiquement placés par des actionnaires majoritaires. Alternativement, le directeur général a des pouvoirs plus étendus que l'administrateur délégué.

Le conseil d'administration exerce une fonction de surveillance à l'égard de ces deux organes, fonction pour laquelle sa responsabilité peut être mise en cause même s'il n'est pas compétent pour prendre la décision que l'un des deux organes aura prise<sup>119</sup>. Il lui incombe dès lors de faire particulièrement preuve de prudence et de diligence à cet égard.

En définitive, le régime luxembourgeois s'apparente fortement à ce qui prévalait sous le système du Code des sociétés, de sorte que les critiques émises par la doctrine à ce propos restent valables. Le législateur paraît avoir fait preuve de timidité lors de l'adoption des lois de 2016 visant à moderniser le régime, en évitant d'élargir la responsabilité aux nouveaux organes ou à certaines formes de sociétés.

#### **IV. 2. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS EN DROIT FRANÇAIS**

L'on étudiera ici principalement le régime de responsabilité dans le cadre de la société à responsabilité limitée (« SARL »), prévu à l'article L. 223-22 du Code de commerce. Tout naturellement, le droit français requiert également une faute, un dommage et un lien de causalité afin de mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants de société.

La responsabilité sera le plus souvent mise en cause en raison d'une faute personnelle du dirigeant consistant en un comportement contraire aux intérêts de la société<sup>120</sup>. Le comportement de l'administrateur sera apprécié plus sévèrement si son mandat est rémunéré, en référence au comportement « *raisonnable* » (anciennement le critère du « bon père de famille »), c'est-à-dire à un dirigeant prudent, diligent et actif<sup>121</sup>.

Rappelons que la responsabilité en Belgique n'est pas appréciée moins sévèrement si le mandat est gratuit. La responsabilité peut aussi être déclenchée par suite d'une faute collective

---

<sup>117</sup> S. SOCCIO, *op. cit.*, p.23.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>120</sup> D. GIBIRILA, H. AZARIAN, « Dirigeants sociaux. - Responsabilité civile », *J.C.P. Com.*, 15 janvier 2020, n°1053, p.2.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p.3.

dans la société anonyme, mais pas dans la SARL. Quant au dommage, la caractéristique principale qui doit le définir est la certitude, à l'image du droit belge<sup>122</sup>.

#### IV. 2. A. À L'ÉGARD DES ASSOCIÉS ET DE LA SOCIÉTÉ

La société peut tout d'abord mettre en cause la responsabilité de ses dirigeants en raison d'une infraction aux lois et règlements. Un acte positif est ainsi requis. La faute est ici présumée, le dirigeant étant tenu à une obligation de résultat<sup>123</sup>. Le législateur français faisant référence aux « *lois et règlements* », le prescrit de la disposition est plus large que la violation du Code ou des statuts prévue dans le régime du CSA.

La violation des statuts, bien qu'elle soit séparée de l'infraction aux lois et règlements, peut elle aussi entraîner la responsabilité des dirigeants dans la mesure où les statuts tiennent lieu de loi aux membres de la société en vertu de l'article 1103 du Code civil. Cette solution est similaire à ce qui prévaut en droit belge.

Enfin, la faute de gestion est susceptible de mettre en cause la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des associés ou de la société. Ce type de faute est assez proche de la violation des statuts en droit français et repose sur la référence au comportement raisonnable du dirigeant, ce à l'aune des circonstances de fait de l'époque<sup>124</sup>. En ce sens, il repose sur les dirigeants une obligation de moyen.

Il s'agit aussi de la faute la plus difficile à appréhender et ayant engendré le plus de jurisprudence<sup>125</sup>. Elle s'apprécie en tenant compte du critère suivant lequel la faute doit être « *manifestement contraire à l'intérêt social* »<sup>126</sup>. Comme chez nous, les cours et tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité de la décision.

Les administrateurs encourent une responsabilité identique à celle des membres du directoire en cas de faute de gestion (art. L. 225-256 du Code de commerce). Toutefois, à la différence du droit belge, il découle de la jurisprudence que les gérants de fait ne se retrouvent pas visés<sup>127</sup>.

Les principaux cas de figure dans lesquels la jurisprudence admet qu'une faute de gestion entraîne la responsabilité à l'encontre des dirigeants sont les comportements inadmissibles, notamment le détournement de pouvoir à des fins personnelles (1), les imprudences ou les

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p.3.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>125</sup> Voy. p. ex. C.A. Versailles, 17 mars 1998, *Rev. sociétés*, 1998, p.828, obs. Y. GUYON, sur l'appréciation de la régularité de la procédure ayant conduit à la faute, leur caractère normal ou non au moment où elle a été accomplie, et le risque encouru ; Cass. com., 9 novembre 1993, *Bull. civ.*, IV, n°401, sur l'abus de biens sociaux ; C.A. Paris (3<sup>e</sup> ch. B.), 24 janvier 1986, *B.R.D.A.*, 1986, n°9, p.9, sur la mission de surveillance qui incombe aux membres du conseil d'administration.

<sup>126</sup> D. GIBIRILA, H. AZARIAN, *op. cit.*, p.13.

<sup>127</sup> C.A. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 1991, *J.C.P. E.*, 1992, II, 292, note G. NOTTÉ ; Cass. com., 6 mai 1997, *Rev. sociétés*, 1997, p.626, note B. BOULOC.

imprévoyances dans la gestion du patrimoine social (2) et le désintérêt pour les affaires sociales (3)<sup>128</sup>.

#### IV. 2. B. À L'ÉGARD DES TIERS

La responsabilité des dirigeants envers les tiers est ici exceptionnelle. Elle est en principe délictuelle ou quasi-délictuelle, sur base des articles 1240 et 1241 du Code civil (anciennement 1382 et 1383), mais peut être contractuelle dans quatre hypothèses<sup>129</sup>. Cette responsabilité peut être invoquée indépendamment de celle de la société<sup>130</sup>.

Il pourra en être ainsi lorsque la responsabilité de la société est mise en cause en matière contractuelle mais aussi extracontractuelle. Dans le premier cas, la faute devra être extérieure à la conclusion ou l'exécution du contrat. Dans le second, la jurisprudence a développé la théorie de la faute détachable ou séparable, suivant laquelle la responsabilité du dirigeant ne peut être mise à mal que s'il a commis une faute « *séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* » et si cette faute a causé un préjudice à un tiers<sup>131</sup>.

De la sorte, les critères retenus par la jurisprudence, en particulier le second, offrent une marge d'appréciation au juge. La Cour de cassation a néanmoins eu l'occasion de définir plus clairement la notion de faute séparable dans un arrêt de principe, considérant « *qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »<sup>132</sup>.

Il est à noter que la preuve d'une faute séparable est très malaisée à rapporter dans la pratique<sup>133</sup>, les cours et tribunaux faisant en sorte que la responsabilité de l'administrateur du chef des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions soit absorbée par la responsabilité de la personne morale.

La jurisprudence française récente s'est montrée hésitante à reconnaître la responsabilité concurrente de la société et du dirigeant, de sorte que leur responsabilité conjointe sont rarement mises en cause<sup>134</sup>.

Enfin, il est à noter que la responsabilité des dirigeants ne peut être limitée par avance par une clause statutaire d'exonération (art. L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL), comme c'est le cas en Belgique. Au contraire du CSA cependant, les seules causes admises pour la

---

<sup>128</sup> D. GIBIRILA, H. AZARIAN, *op. cit.*, p.17 ; voy. p. ex. (1) Cass. crim. 6 octobre 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p.133, note B. BOULOC ; (2) Cass. com., 19 janvier 1988, *B.R.D.A.*, 1988, n°6, p.19 ; (3) Cass. com., 12 janvier 1993, *Bull. Joly Sociétés*, 1993, p.336, note A. COURET.

<sup>129</sup> Lorsque le dirigeant dépasse la limite des pouvoirs qui lui ont été accordés (1), lorsqu'il néglige d'informer le cocontractant qu'il agit au nom d'une société (2), lorsque la société est frauduleuse ou fictive (3) et lorsque le dirigeant est coupable de la mauvaise exécution du contrat s'il s'est personnellement engagé aux côtés de la société (4) ; D. GIBIRILA, H. AZARIAN, *op. cit.*, p.24.

<sup>130</sup> D. GIBIRILA, H. AZARIAN, *op. cit.*, p.19.

<sup>131</sup> La jurisprudence et la doctrine sur ce point sont foisonnantes.

<sup>132</sup> Cass. com., 20 mai 2003, *J.C.P. G.*, 2003, II, 10178, note S. REIFEGERSTE et *J.C.P. E.*, 2003, n°1203, p.1331, obs. J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY ET G. WICKER ; D. GIBIRILA, H. AZARIAN, *op. cit.*, p.21.

<sup>133</sup> Voy. p. ex. Cass. com., 22 janvier 1991, *R.D.J.A.*, 1992, n°152 ; Cass. com., 14 janvier 1992, *Rev. sociétés*, 1992, p.798, obs. Y. GUYON ; Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull. civ.*, IV, n°48, p.38.

<sup>134</sup> Cass. com., 24 octobre 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1993, p.236 ; Cass. com., 4 octobre 1988, *Rev. sociétés*, 1989, p.213, note A. VIANDIER.

responsabilité civile sont la force majeure et la conformité à l'objet social ou à l'intérêt social<sup>135</sup>.

En conclusion, le droit français, sans être sensiblement différent du droit belge, s'en distingue à quelques égards. La différence la plus manifeste réside dans la théorie de la faute détachable développée par la jurisprudence afin de prévenir les actions en responsabilité émanant de tiers contre les administrateurs. Le tiers doit ainsi rechercher la responsabilité de la société afin d'être indemnisé.

#### **IV. 3. INCIDENCE DU CSA SUR L'ASSURANCE R.C. DU DIRIGEANT**

L'assurance R.C. dirigeant a pour but de couvrir les fautes commises par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions. La couverture ne s'étend donc qu'au patrimoine privé du dirigeant de société en raison d'une faute décisionnelle ou de *management*<sup>136</sup>.

Comme cela a été dit à l'occasion de l'analyse de la limitation de responsabilité, le législateur a tenu à faire de l'assurabilité du risque qu'encourent les dirigeants l'une des justifications majeures de l'introduction de plafonds<sup>137</sup>. Le risque en serait de la sorte plus aisément déterminé et plus facilement assurable.

Nous ne rejoignons pas cette opinion. Dans la pratique, les compagnies d'assurance limitaient déjà le risque à des plafonds, le plus souvent par sinistre et par année mais qui peuvent aussi prendre la forme d'un montant maximal diminuant au fur et à mesure que le dirigeant est tenu responsable, au-delà desquels le dirigeant n'est plus couvert.

Le législateur argue également de ce que les assureurs ne souhaitent plus couvrir certains risques. À ce titre, il est fait renvoi pour le surplus aux considérations développées dans le cadre de la limitation de responsabilité (voir section III. 3.). Pour rappel, notre position consistait à délimiter les personnes pouvant intenter l'action en responsabilité ou, de préférence, le concept de faute.

En définitive, le législateur paraît avoir fait de la couverture des dirigeants dans les grandes sociétés un objectif majeur de la réforme. C'est, semble-t-il, la raison pour laquelle il n'est pas allé jusqu'à imposer l'assurance obligatoire de la responsabilité, soucieux de ne pas imposer aux petites sociétés une charge financière onéreuse et disproportionnée par rapport au risque encouru.

Cet objectif est louable mais nous pensons qu'il aurait pu faire usage du critère distinctif des petites et grandes sociétés dans ce cadre pour imposer la couverture aux dernières, comme il n'a pas hésité à le faire en d'autres circonstances.

#### **V.- CONCLUSION**

En définitive, le régime de responsabilité tel qu'envisagé par le CSA a fait montre d'innovation dans un sens tantôt positif, tantôt plus discutable.

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p.8 ; voy. Cass. com., 7 octobre 1974, *J.C.P. G.*, 1975, II, 18129, note F. GRUA.

<sup>136</sup> V. CALLEWAERT, « L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs et dirigeants de société », *In foro*, 2011/1, n°30, p.3.

<sup>137</sup> Exposé des motifs précités, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°3119/001, p.67.

Il est heureux qu'une obligation positive de bonne exécution du mandat ait été insérée dans le Code, à l'instar de ce qui prévaut dans les pays voisins. De même, la consécration légale du concept d'appréciation marginale doit être saluée à notre sens.

En revanche, il en va différemment du système de limitation de responsabilité, qui apparaît très critiquable au regard de la législation des pays voisins, d'autant plus que son application se limite à la faute légère accidentelle. Cela rend le système si pas inopérant, du moins peu efficace. En outre, nous avons relevé quelques imprécisions de rédaction çà et là qui illustrent parfois un certain manque de rigueur et de cohérence.

Cependant, le Code n'est entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> mai 2019. De plus, ses dispositions n'ont été rendues applicables aux sociétés existantes qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Ce court laps de temps est insuffisant pour déterminer les effets concrets pouvant être recensés dans la pratique. Reste donc à voir comment ces nouvelles dispositions seront appliquées par les cours et tribunaux à l'avenir.

## **NOTE RELATIVE AU COVID-19**

Au cours de la rédaction de ce travail, j'ai régulièrement (presque quotidiennement) fait face à des problèmes de connexion Internet en tous sens dû au fournisseur Internet et au manque de réseau dans le quartier (connexion qui fait le « yoyo » - jonglant entre connexion et déconnexion toutes les x minutes -, pertes de connexion durant une après-midi entière, etc.).

Ces problèmes n'ont pas facilité la recherche et surtout l'utilisation des ressources qui, par ailleurs, étaient les seules disponibles. Un technicien est pourtant venu à notre domicile trois fois, sans qu'un changement ait pu être observé. En temps normal, il m'aurait été loisible de me rendre à la bibliothèque afin d'user d'un réseau plus stable.

## **VI.-BIBLIOGRAPHIE**

### **VI. 1. JURISPRUDENCE BELGE**

- Liège (7<sup>e</sup> ch. A), 26 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2018, liv. 29, p.1385.
- Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 4 mai 2018, *R.G.A.R.*, 2019/2, p.15546.
- Cass., 16 mars 2018, *Lar. Cass.*, 2019/4, p.86.
- Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 5 novembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p.214, note P. DELVAUX.
- Comm. Gand (div. Gand), 3 septembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p.83.
- Gand (7<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2014, *N.J.W.*, 2015, liv. 329, p.695, note P. BRULEZ .
- Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 27 septembre 2012, *R.D.C.*, 2014, p.866.
- Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 26 septembre 2012, *Pas.*, 2012, liv. 9, p.1737.
- Cass., 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p.185.
- Comm. Courtrai (5<sup>e</sup> ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, p.218.
- Gand, 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, p.230.
- Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 4 mai 2001, *Rev. prat. soc.*, 2001, p.84.
- Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p.730, note V. SIMONART.
- Cass., 29 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p.119 et *Rev. prat. soc.*, 1989, p.175.
- Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p.298.
- Comm. Courtrai, 29 juin 1984, *R.D.C.*, 1985, p.222.
- Anvers, 28 novembre 1977, *Rev. prat. soc.*, 1979, p.261, note P. COPPENS
- Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p.376 et *R.C.J.B.*, 1976, p.15.
- Cass., 4 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p.940.

### **VI. 2. JURISPRUDENCE LUXEMBOURGEOISE**

- Cass. (Lux.), 2 juillet 2015, *D.A.-O.R.*, 2016, p.69.
- C.A. (Lux.), 15 juillet 2014 *D.A.-O.R.*, 2016, p.69.
- Trib. (Lux.), 29 juin 2007, n°104787, *B.I.J.*, 2007, p.170.
- Trib. arr. (Lux.), 15 juillet 1993, n°882/A/93, *Bull. droit et banque*, n°21, janvier 1994.
- Cass. (Lux.), 27 février 1973, *Pas.*, 1973, p.481.

### **VI. 3. JURISPRUDENCE FRANÇAISE**

- Cass. com., 20 mai 2003, *J.C.P. G.*, 2003, II, 10178, note S. REIFEGERSTE et *J.C.P. E.*, 2003, n°1203, p.1331, obs.
- Cass. com., 6 mai 1997, *Rev. sociétés*, 1997, p.626, note B. BOULOC.
- Cass. com., 12 janvier 1993, *Bull. Joly Sociétés*, 1993, p.336, note A. COURET.
- Cass. com., 24 octobre 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1993, p.236.

- Cass. com., 14 janvier 1992, *Rev. sociétés*, 1992, p.798, obs.
- Cass. com., 22 janvier 1991, *R.D.J.A.*, 1992, n°152.
- C.A. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 1991, *J.C.P. E.*, 1992, II, 292, note G. NOTTÉ.
- Cass. com., 4 octobre 1988, *Rev. sociétés*, 1989, p.213, note A. VIANDIER.
- Cass. com., 27 janvier 1998, *Bull. civ.*, IV, n°48, p.38.
- Cass. com., 19 janvier 1988, *B.R.D.A.*, 1988, n°6, p.19.
- Cass. crim. 6 octobre 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p.133, note B. BOULOC.
- Cass. com., 7 octobre 1974, *J.C.P. G.*, 1975, II, p.18129, note F. GRUA.

## VI. 2. DOCTRINE BELGE

- BRULOOT, D., DE WULF, H., MARESCEAU, K. et VAN COILLIE, L., « Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: overzicht en enkele pijnpunten », *Bestending Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Malines, Kluwer, p.57 à 92.
- CAPRASSE, C., *Droit des sociétés 2018-2019*, syllabus, Université de Liège, 2019, p.95 à 112.
- CAPRASSE, O., « La responsabilité civile professionnelle des administrateurs », *Act. dr.*, Bruxelles, Story scientia, 1997, p.481 à 545.
- CALLEWAERT, V., « L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs et dirigeants de société », *In foro*, Bruxelles, Larcier, 2011/1, n°30, p.3 à 8.
- DE CORDT, Y., « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de société », obs. sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2005, *Rev. prat. soc.*, p.194-242.
- DANIEL, J. et CORNIL, D. « La responsabilité des dirigeants de sociétés au regard du Code des sociétés et des associations et du livre XX du Code de droit économique », *Le pli juridique*, n°50, 2019, p.36 à 44.
- DELVAUX, M., « Commentaire de l'art. 263 C.soc. », *Commentaire systématique du Code*, Bruxelles, Kluwer, mai 2016, p.83 à 90.
- FAGNART, J.-L., « La responsabilité des administrateurs de sociétés », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, liv. 24, Bruxelles, Kluwer, 2014, p.1 à 81.
- GOFFIN, J.-F., *Responsabilité des dirigeants de société*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, 607 p.
- KILESTE, P., BERTSCH, C. et STAUDT, C., « La rémunération du mandat d'administrateur et de gérant », *Guide juridique et pratique de l'entreprise - Traité théorique et pratique. 2<sup>ème</sup> édition*, Bruxelles, Kluwer, 2019, liv. 22.3, p.39 à 42.
- MAELFAIT, G. « Het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen voor de verzekeraars », *T.verz.-Bull. ass*, Bruxelles, Kluwer, 2019/2, n°407, p. 144 à 164.
- MAGNUS, F. et PINTE, F., « Commentaire de l'art. 528 C.soc. », *Commentaire systématique du Code*, Bruxelles, Kluwer, mars 2013, p.113 à 128.
- MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. et CULOT, H., « Chapitre 6 - La responsabilité des administrateurs », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 266 à 310.

- POTTIER, É. et LELÈVRE, F., « 6. - La responsabilité des organes », *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p.174 à 199.
- WILLERMAIN, D., « Commentaire de l'article 517 C.soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, septembre 2016, p.7 à 26.

### **VI. 3. DOCTRINE LUXEMBOURGEOISE**

- S. SOCCIO, « La responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales à la lumière de la récente réforme du droit des sociétés luxembourgeois, un régime renforcé ou des évolutions timides : commentaire du jugement du Tribunal d'arrondissement du Luxembourg du 23 mai 2013 », *D.A.-O.R.*, Malines, Kluwer, 2017, n°122, p.8 à 32.

### **VI. 4. DOCTRINE FRANÇAISE**

- D. GIBIRILA, H. AZARIAN, « Dirigeants sociaux. - Responsabilité civile », *J.C.P. Com.*, 15 janvier 2020, n°1053, p.1 à 47.