



IRDA PARIS
INSTITUT DE RECHERCHE
EN DROIT DES AFFAIRES DE PARIS

Les Rendez-vous de l'IRDA

n° 2020-02

**La responsabilité civile pour faute des personnes morales – Une immunité
justifiée des membres ?
Discussion à partir du droit des sociétés**

Thibaut DUCHESNE

Doctorant à l'Université Paris 2, membre de l'IRDA

Transcription de l'intervention orale



Être responsable civilement pour faute est une situation connue. Une personne commet une faute, c'est-à-dire, pour une appréhension générale, un manquement à devoir juridique préexistant, causant à autrui un dommage. Sur le principe elle ne génère aucune difficulté, toute personne physique étant faite de chair et, surtout, de volonté.

Cependant, comment admettre qu'une personne morale, être dépourvu de chair et de volonté propre, puisse être responsable personnellement d'une faute commise, en réalité, par ses membres ?

Si l'on aborde la lecture du Code civil, l'article 1240 de celui-ci énonce que « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». « De l'homme », le texte est limpide et circonscrit. Il suffit de prendre la définition du mot : « *être appartenant à l'espèce animale mammifère de la famille des hominidés* ». Une personne morale ne saurait en faire partie. Si des fautes sont commises par son biais, l'ancien article 1382 du Code civil ne saurait appréhender que les personnes physiques, humaines.

Et pourtant, l'évolution de la jurisprudence – qui n'a jamais circonscrit ce texte à la lettre de l'« homme » - l'a ouvert à une appréhension très large. Elle en a même inversé l'essence : si une personne physique commet une faute dans le cadre de ses fonctions au sein de la personne morale, ce n'est pas l'homme qui sera responsable, mais la personne morale.

Pour rendre le propos plus intéressant et le délimiter davantage, nous nous concentrons plus particulièrement sur les sociétés-personnes morales, et, plus précisément, les sociétés par actions. La jurisprudence, à l'égard de ces dernières, contrairement aux textes, a fait de la société-personne morale, à l'égard des tiers, la seule responsable des fautes commises par ses membres, que l'on restreindra aux actionnaires et aux dirigeants. Plus encore, lorsque ces derniers commettent une faute, les juges considèrent que cette faute n'est pas commise par eux mais par la société elle-même ! Dans les deux cas, la seule occasion pour que leur responsabilité personnelle ressorte réside dans la commission d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de leur fonction ou de leur prérogative. Faute qui est extrêmement difficile à prouver, faisant de cette exception une « exception immunisante ». En dehors de celle-ci, si un actionnaire, dans le cadre de ses prérogatives, ou un dirigeant, dans le cadre de ses fonctions, commet une faute, il ne sera pas tenu pour responsable à l'égard des tiers. Plus encore, à l'égard de ces derniers, seule la personne morale aura commis la faute et pourra engager sa responsabilité. C'est ce qu'on le dénomme généralement l'écran de la personnalité morale.

Ce dernier vient conférer aux dirigeants et actionnaires une véritable immunité de responsabilité civile au sens où le décrit Olivier Deshayes, à savoir « *les hypothèses dans lesquelles une personne dont la responsabilité aurait vocation à être mise en cause échappe néanmoins à toute obligation de réparer le dommage causé* ».

Cette immunité est tellement ancrée dans notre système juridique que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile propose de la consacrer au sein d'un potentiel futur article 1241-2 du Code civil énonçant que « *La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* ».

Comment peut-on l'expliquer ? Comment justifier qu'une personne morale puisse être responsable personnellement pour faute alors même que, matériellement, cette faute est commise par un dirigeant ou par des actionnaires ? Cette immunité est-elle légitime ? Sur quoi repose-t-elle ?

À bien y regarder, je vous propose d'étudier ces questions sous deux angles puisqu'il me semble que les justifications théoriques d'une part (I), et pratiques d'autre part (II), sont tout à fait insuffisantes pour soutenir un tel principe de responsabilité pour faute personnelle des personnes morales immunisant ainsi les actionnaires ou dirigeants.

I. Les insuffisances théoriques de l'écran

Deux ordres de justifications théoriques ont pu être mis en avant pour affirmer le principe de responsabilité civile pour faute personnelle des personnes morales. L'une liée à la nature de la personne morale (A), l'autre à son fonctionnement (A).

A. L'insuffisance de la justification liée à la nature de la personnalité morale

En 1967, la Cour de cassation affirma le principe de responsabilité pour faute personnelle de la personne morale dans les termes suivants : « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, 5^{ème} alinéa, lesdits organes pris comme préposés* ». Elle exacerba cette solution par la suite. Cette responsabilité est devenue quasiment exclusive de celle des membres ayant commis matériellement l'acte en immunisant les actionnaires pour les décisions d'assemblées et les

dirigeants en exigeant d'eux une faute séparable toute particulière, comme j'ai pu l'indiquer en introduction.

À vrai dire, cette jurisprudence, désormais constante, peut être reliée à sa propre conception de la personne morale : elle serait une réalité. L'influence de Michoud est ici connue : la personne morale serait une réalité technique. Elle est réelle juridiquement et existe dès lors que l'on se trouve en présence d'un intérêt distinct des intérêts individuels qui la composent et d'une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt. Or, l'on sait bien qu'en 1954 (avec l'arrêt Comité d'établissement Saint Chamond), la jurisprudence fit sienne de cette analyse.

Dès lors, il lui a suffi d'en tirer les conséquences qui s'imposent. Si la personne morale est une réalité, la responsabilité civile pour faute qu'elle peut engager ne serait que la conséquence de sa nature et ferait ainsi partie de son essence.

N'est-ce pas déjà ici une justification quelque peu bancal ? Yves Guyon le disait très bien, faire reposer la responsabilité civile des personnes morales sur leur nature est fragile : « *Y voit-on une réalité, la responsabilité ne fait pas de doute. La considère-t-on comme une fiction, la responsabilité devient plus discutabile* ».

Or, si l'on regarde dans le passé, la jurisprudence refusait une telle responsabilité de l'être moral pour cette même raison de nature. Si l'on regarde dans le futur, elle pourrait refuser de nouveau cette responsabilité pour cette même raison de nature. Observons ces deux aspects.

Pendant longtemps la personnalité morale a été considérée comme une fiction, qu'elle soit inutile selon Ihering ou utile selon Savigny. Dans les deux cas, admettre une telle responsabilité à la place de celle des membres était une impossibilité congénitale. D'une part, en tant que fiction inutile, c'est-à-dire « *n'étant rien* » pour reprendre les mots du Marquis de Vareilles Sommières, seuls les membres pouvaient être titulaires d'obligations et ainsi soumis à une responsabilité potentielle. D'autre part, en tant que fiction utile, la personnalité morale ne pouvait être accordée que pour une fin précise décidée par l'État. Une activité ou un acte illicite étant bien évidemment étrangère à l'essence et à la destination spéciale de la personne morale choisie par l'État, celle-ci ne pouvait être responsable.

Ces conceptions ont été celles de la jurisprudence pendant très longtemps. C'est dire que l'appréhension actuelle est toute relative et est dépendante des époques, des constructions et des

conceptions. C'est aussi dire que la responsabilité civile pour faute personnelle des personnes morales ne peut être considérée comme un principe indiscutable et constant. Qui plus est, elle pourrait d'ailleurs être amenée à changer dans le futur.

Depuis plusieurs années, en effet, en partant des travaux de Bruno Oppetit, un nouveau courant analyse la personnalité morale comme une simple technique juridique destinée à répondre à une finalité ou encore, pour reprendre la thèse la plus connue de Guillaume Wicker, comme une technique d'opposabilité aux tiers d'un groupement. Même si elles divergent sur certaines modalités, ces nouvelles conceptions ont pour point commun que la personne morale ne serait qu'une simple technique d'autonomisation d'une activité finalisée et non une technique d'autonomisation des membres et d'une autre personne. À mon sens, c'est un certain retour à la fiction. Or, cette vision devient dominante. L'occasion pourrait ainsi être saisie là encore pour changer de position. On ne saurait dire mieux que G. Wicker qui indique que ces nouvelles analyses montrent « *que l'autonomie de la personne morale n'implique pas que la personne soit autonome vis-à-vis de ses membres, ni que ces derniers disparaissent totalement derrière elle* » et peuvent ainsi modifier le régime même du droit des personnes morales. La réapparition de la personnalité des membres pourrait ainsi provoquer une réapparition plus importante de leur responsabilité personnelle.

Aussi, de ces observations, il semble que l'on puisse tirer deux constatations :

- Justifier la responsabilité civile pour faute de la personne morale à raison de sa nature est un raisonnement bancal et temporaire tant la question de sa nature est fragile et évolutive.
- Historiquement non inhérente au droit de la personnalité morale, sa responsabilité civile personnelle pourrait disparaître au profit de la responsabilité personnelle des membres qui était, à l'origine, le principe.

On comprend instinctivement qu'il a semblé plus logique que le débat se soit déplacé et se place actuellement sur le terrain de la technique d'imputation de la faute, c'est-à-dire sur le fonctionnement de la personne morale.

B. L'insuffisance de la justification liée au fonctionnement de la personnalité morale

La question est simple : comment expliquer que la faute d'un dirigeant ou une décision fautive d'assemblée soit directement considérée comme la faute de la société à l'égard des tiers ? Comment imputer immédiatement la faute de l'un sur la tête de l'autre ?

L'on peut distinguer deux grandes théories :

- *Les théories représentatives*
- *La théorie de l'organe*

À titre liminaire, il faut préciser qu'elles sont toutes basées sur un constat simple : une personne morale ne dispose pas de volonté propre ; une personne physique doit lui prêter la sienne. Elles cherchent ainsi à justifier la responsabilité de la personne morale par un mécanisme de volonté pour autrui : les dirigeants ou les actionnaires commettant une faute en exprimant la volonté de la personne morale n'exprimeraient pas leur propre volonté mais celle de la société. Aussi, la faute serait à imputer exclusivement sur le chef de la société-personne morale. Là où ces théories se détachent concerne la technique d'expression de la volonté d'autrui. Dans les deux cas pourtant, elles demeurent, à mon sens, que trop peu pertinentes juridiquement.

D'une part, pour exprimer qu'une faute se détache d'une personne physique pour s'imputer sur la tête de la personnalité morale, l'on a eu recours à des théories représentatives. Ces théories, à vrai dire, se sont forgées pour une large partie autour de la position du dirigeant. L'on peut en dénombrer deux :

- La première ne se concentre que sur le dirigeant : il serait le mandataire de la personne morale. Il agirait ainsi en son nom et pour son compte. Ceci aurait le mérite d'expliquer que, lorsqu'il commet une faute, au regard des tiers, c'est la personne morale qui la commet. Cette explication est fortement limitée. Elle ne permet d'expliquer que le sort des fautes contractuelles. En revanche, l'on ne peut admettre, dans la théorie du mandat, qu'une personne reçoive mandat de commettre des délits : seul le mandataire doit en répondre. Quand bien même l'on accepterait la thèse d'Anne Gilson-Maes suivant laquelle il est admissible qu'un mandant puisse être engagée par les fautes de son mandataire, encore faut-il considérer le dirigeant comme mandataire de la personne morale. Et pour qu'il y ait mandat, encore faut-il qu'il y ait rencontre de deux volontés. Or, du moins à sa naissance, la personne morale en est totalement dépourvue pour pouvoir octroyer quelque mandat que ce soit. Par ailleurs, cette théorie ne saurait satisfaire pour ce qui est des actionnaires qui ne sont en aucun cas des mandataires.
- D'où une seconde théorie, plus répandue – et qui a parfois une vocation plus large que le simple dirigeant –, à savoir celle de la représentation légale de la société. La source de la représentation, de l'incarnation et l'étendue de ce pouvoir serait à rechercher dans la loi. Ceci étant, d'un côté, aucunement la loi ne donne autorisation au dirigeant de commettre au nom et pour le compte de la société des fautes délictuelles : la jurisprudence sur la faute détachable, et c'est bien connu, est ici *contra legem*. D'un autre côté, elle n'explique ni la

situation de l'actionnaire isolé qui n'est aucunement représentant ni celle des actionnaires en assemblée puisque, l'assemblée générale n'ayant pas la personnalité juridique (et c'est ici la moindre qualité requise pour être représentant), elle ne peut exercer une représentation.

Face à ces problèmes, une autre théorie, que l'on doit à l'allemand Jellinek et importée en France par Michoud, ayant obtenu le sceau de la jurisprudence depuis 1967, s'est imposée : la théorie de l'organe. Alors que dans la représentation une relation juridique entre deux personnes est toujours nécessaire, dans la théorie de l'organe, l'organe s'efface totalement au profit de la personne morale, il fait corps avec elle, il l'incarne. Il est concomitant à elle. Lorsque l'organe agit, c'est la personne morale qui agit. Il n'y a pas deux volontés mais une. Si l'organe s'exprime, il y a imputation directe et immédiate de sa volonté sur le chef de la personne morale. Qui plus est l'organe peut aussi bien exécutif que délibératif, ce qui permet de dire qu'un dirigeant est un organe et que l'assemblée en est un tout autant. Du point de vue de la responsabilité, le résultat est bluffant : s'il y a identification entre organe et personne morale, alors les actes comme les faits de l'organe sont ceux de la personne morale. La faute de l'organe est la faute de la personne morale. Cependant, à peine cette théorie expliquée, l'on en voit les faiblesses :

- Cette théorie est plus une métaphore qu'une explication. Elle est descriptive sans être explicative. Si elle décrit l'imputation de la faute, elle n'explique absolument pas le mécanisme juridique à l'œuvre. Elle n'est qu'un jeu de l'esprit, descriptive et sans explication juridique.
- Elle pêche par excès d'identité. Il ne peut y avoir une identité parfaite entre l'organe et la personne morale. La personnalité des membres de l'organe ne disparaît pas sous la simple appellation bien trop anthropomorphique d'« organe ». D'ailleurs, le postulat anthropomorphique sur lequel elle repose est erroné, comme il a pu être souligné : chez l'être humain, la vie descend de la volonté de l'homme aux organes, or dans la théorie de l'organe, qui est censée s'inspirer de la mécanique humaine, la volonté remonte de l'organe à la personne morale.
- Dire que la volonté de l'organe est immédiatement celle de la personne morale est erronée : comme un auteur a pu le dire « *par la nature des choses cette volonté est celle de la personne qui l'a émise* ».

II. Les insuffisances pratiques de l'écran

Pour dépasser l'insuffisance des justifications théoriques, il est généralement soulevé diverses justifications pratiques de la responsabilité civile pour faute personnelle des personnes morales et

de l'immunité de ses membres. Si ces justifications sont nombreuses et largement partagées d'une part, elles sont toutes contestables, d'autre part.

Quelles sont ces justifications ? L'on peut en dénombrer plusieurs, non exhaustives :

- L'attractivité de l'investissement (rendre les actionnaires responsables dissuaderait d'investir dans les sociétés françaises)
- L'attractivité de grands dirigeants (un dirigeant sera plus à même d'accepter un poste dans une société s'il se sait protégé contre des actions en responsabilité venant de l'extérieur)
- La meilleure solvabilité des personnes morales, conférant une sécurité d'indemnisation pour la victime
- Faciliter l'identification de l'auteur fautif pour la victime
- Garantir les victimes contre les risques de l'activité déployée par la société-personne morale

En réalité, outre l'argument de la solvabilité qui n'est pas le plus opportun (il n'y a qu'à penser aux ressources financières des grands actionnaires, notamment dans les groupes de sociétés), toute utilisation pratique d'un instrument juridique dépend pour une large part d'une question de politique juridique. Or, de l'ensemble des justifications pratiques, l'une d'elle, la plus débordante, peut être résumée dans l'« indemnisation de la victime ». C'est là faire profit exclusif de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. S'il s'agit certes de sa fonction principale, elle n'est pas celle historique d'une part et, d'autre part, elle n'en constitue pas l'unique fonction.

Or, toute question de politique juridique dépend d'un choix d'opinion elle-même politique. Ainsi, l'on pourrait changer le cours des solutions en mettant en avant d'autres fonctions de la responsabilité civile pour effacer ou diminuer l'immunité des actionnaires ou des dirigeants.

En premier lieu, sans aller jusqu'à la peine privée, mettre en exergue la fonction punitive de la responsabilité civile permettrait de réguler les comportements sans pour autant enlever l'attractivité financière, la régulation étant dans l'air du temps à l'échelle internationale. Qui plus est, cette fonction trouverait tout son intérêt dans un domaine où la faute lucrative est extrêmement présente. Par ailleurs, l'indemnisation de la victime ne serait pas oubliée en ce qu'il suffirait, par exemple, de pratiquer une responsabilité *in solidum* avec la société.

D'autre part, l'on pourrait également trouver bénéfique la fonction préventive de la responsabilité civile, qui plus est pour des dirigeants ou actionnaires. Ceux-ci sont généralement à la recherche d'un profit, d'un accroissement patrimonial. Par la menace de la responsabilité civile, ils réguleraient leur comportement afin d'éviter toute perte pécuniaire. Au demeurant, d'un point de vue de l'analyse économique du droit, c'est cette fonction de la responsabilité civile qui paraît la plus

pertinente. Comme Grégory Maitre a pu l'indiquer, il est bien plus « *raisonnable de rechercher par priorité la fixation du niveau de dommages causés à autrui au degré le plus bas possible, plutôt que d'assurer la meilleure réparation de ces dommages sans se préoccuper d'en réduire les manifestations* ».

Au demeurant, le législateur n'est pas totalement ignorant de ces fonctions. L'on peut en trouver des traces dans des dispositions plus ou moins récentes qui touchent soit le dirigeant soit l'actionnaire : la responsabilité pour insuffisance d'actif, la responsabilité environnementale des sociétés mères, la responsabilité des sociétés mères en matière de devoir de vigilance. Mais si ces cas de responsabilité ont pour vocation première de sanctionner un comportement en passant outre la personnalité morale, ils ne trouvent à s'appliquer que dans des circonstances particulières et à des conditions extrêmement rigides. C'est dire que la politique du législateur est également de protéger autant que possible si ce n'est les dirigeants, au moins les actionnaires. Et pourtant, il met en même temps en avant d'autres fonctions de la responsabilité civile et non pas seulement celle indemnitaire.

Finalement, tout dépend d'une volonté politique : protéger les dirigeants et les actionnaires en indemnisant les victimes par le biais de la personne morale (capitalisme « à outrance ») ou réguler les comportements tout en protégeant les victimes (capitalisme « raisonné ») ? Il est certain qu'actuellement, se savoir protéger par la personnalité morale invite à ne pas se soucier réellement de son comportement.

Pour terminer, l'on répondra par avance à deux objections et nous émettrons une piste de réflexion :

- La première réside dans ce que lever l'immunité du point de vue de la responsabilité civile ne changerait pas grand-chose puisque l'assurance prendrait le relais. Ceci étant, d'une part, il n'est absolument pas certain que le risque généré par une faute actionnariale puisse rentrer dans le cadre d'un risque couvert par assurance. D'autre part, il a déjà pu être relevé que « *la pratique assurantielle a su réintroduire une certaine prophylaxie des comportements dommageables* » par diverses techniques tel que les systèmes de bonus-malus, d'exclusion, de déchéance, de plafond, de franchises, etc.
- La seconde tient à ce que l'immunité ne concerne que les rapports externes et des actions en responsabilité peuvent être menées en interne contre les dirigeants ou les actionnaires fautifs. Ceci étant, et on le sait bien, ces actions ne restent que théoriques et elles ne sont jamais réellement utilisées. Exercer une action *ut singuli* n'apporte aucun profit direct pour les actionnaires et peut s'avérer au contraire dangereux financièrement ; agir contre un actionnaire, essentiellement lorsqu'il est puissant et/ou majoritaire, est bien trop risqué pour un dirigeant.

- Peut-être, au fond, serait-il plus logique et plus juridique de s'inspirer du modèle pénaliste. La responsabilité pénale des personnes morales fait figure d'exception, au moins dans les textes. Textuellement, en effet, le principe reste la responsabilité des personnes physiques ayant matériellement commis l'infraction qui peut même être engagée cumulativement. Pour ce faire, plutôt que de décrire une exception à l'immunité, le Code pénal explique les conditions d'imputation d'une faute pénale sur la tête de la personne morale.

Pourquoi s'en inspirer ? D'une part, il s'agit du seul dispositif qui décrit le fonctionnement d'une personne morale en droit français pour ce qui est de sa responsabilité. D'autre part, les travaux préparatoires à cette innovation démontrent bien la volonté du législateur suivant laquelle la technique de la personnalité morale ne doit pas servir de bouclier fictif aux actions de ses membres.

* * *

*