

N° 7143

**LA LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ
DÉLICTUELLE DES SOCIÉTÉS ANONYMES**

1. — C'est surtout aux États-Unis d'Amérique qu'on a commencé à douter au cours de ces dernières années, qu'il soit juste d'opposer le principe de la responsabilité limitée des personnes juridiques aux créanciers involontaires qui ont souffert des dommages du fait de l'activité exercée par les sociétés anonymes.

La conscience que de grands dégâts sont souvent provoqués par les organisations collectives ayant un but lucratif qui cherchent à extérioriser une partie des coûts de leur exploitation, s'est accrue à l'occasion de quelques événements qui ont frappé l'opinion publique. La rupture ou même le naufrage des énormes navires qui transportent des dizaines de milliers de tonnes de pétrole ont bouleversé non seulement les équilibres naturels, mais aussi les revenus provenant de la pêche et du tourisme dans des régions entières. Ailleurs se sont vérifiées des explosions ou des pertes de substances toxiques qui ont ravagé la population et le territoire (comme dans les désastres de Bhopal aux Indes, de Seveso en Italie ou encore des industries bâloises qui ont versé dans le Rhin et par lui dans les pays baignés par ce fleuve des venins échappés aux installations chimiques).

Ces accidents exceptionnels ont posé du point de vue juridique surtout la question de la responsabilité des sociétés mères pour la conduite fautive ou les omissions des sociétés filiales, souvent déplacées dans un contexte multinational⁽¹⁾. Lorsqu'une entreprise est contrôlée d'une façon totalitaire — comme c'est le cas le plus fréquent⁽²⁾ — ou majoritaire par une société de renommée mondiale, celle-ci sent souvent le besoin de sauvegarder son image devant les consommateurs ou les marchés financiers et, par conséquent, offre aux victimes des indemnisations auxquelles elle

(1) V. par exemple le cas *Amoco Cadiz* dans lequel une responsabilité de la société mère a été reconnue par la U.S. District Court, Northern District of Illinois, East Div., le 18 avril 1984 (l'arrêt est publié dans la revue *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 347 avec une note de F. BONELLI, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*).

(2) Seulement un quart des filiales américaines n'est pas possédée entièrement par la société mère : D.W. LEEBRON, *Limited Liability, Torts Victims and Creditors*, 91 *Columbia Law Review* 1565, 1620 (1991).

ne serait pas obligée par l'application stricte de la loi. Néanmoins si l'on réussit d'une façon spontanée ou par quelque remède du droit des groupes de sociétés à imputer l'obligation de réparation à la holding qui contrôle les filiales directement responsables, le patrimoine des grandes sociétés mères est en mesure de supporter les dommages-intérêts en faveur des victimes. Mais, évidemment, la tentation est forte de se décharger d'un poids si lourd sans détériorer sa propre réputation : c'est ainsi que la Shell Oil Company a annoncé qu'elle préfère dorénavant confier le transport de son pétrole à des transporteurs indépendants dans la crainte de pouvoir autrement encourir des responsabilités aussi grandes que celles supportées par sa concurrente Exxon à la suite des pertes de la Exxon Valdez(3).

À côté de ces malheurs provenant de la mer qui ont effacé le souvenir du radeau de la Méduse, d'autres tragédies collectives se sont consommées d'une manière plus insidieuse jusqu'au moment où leur déroulement silencieux au fil des années est devenu soudain manifeste par l'introduction de demandes en justice. C'est le cas des travailleurs de l'amiante qui ont souffert d'une façon souvent irrémédiable de l'asbestose ; c'est le cas bien plus discutable de ceux qui se plaignent d'avoir lentement ruiné leurs poumons en fumant du tabac et qui demandent désormais aux fabricants de cigarettes une réparation du fait causé par leurs produits dangereux. Le grand nombre des recours judiciaires a déjà conduit onze sociétés américaines à la faillite à partir de 1982 : dans le cas du producteur Johns-Mansville, un fonds de 1,7 milliard de dollars, constitué en vue de financer la résolution des litiges par voie transactionnelle a été épuisé par les règlements amiables de seulement 25.000 requêtes sur 140.000 présentées. On prévoit qu'il faudra dépenser encore 6 milliards de dollars pour couvrir les suites des demandes actuellement en discussion devant les juges(4).

Les dommages provoqués par l'asbestose ont démontré que les obligations délictuelles peuvent aujourd'hui surpasser le patrimoine même de puissantes sociétés qui ne sont pourtant pas dépourvues sur le plan financier. Le problème de l'indemnisation des victimes n'est donc plus seulement lié aux accidents de

(3) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 *The Yale Law Journal* 1879, 1881 nt. 4 (1991).

(4) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1895, nt. 42.

la circulation routière dont sont responsables les taxis, chacun desquels appartenant à une petite société à faible capitalisation et étant assuré pour un plafond minimal, selon une mauvaise habitude très répandue aux États-Unis(5).

Or il est vrai que, dans l'histoire du droit des affaires, la responsabilité limitée a servi à encourager les entreprises périlleuses en transférant les risques de leurs excès sur les tiers, les associés n'étant pas obligés au-delà de leurs apports(6). Mais ce déplacement des coûts sociaux sur la collectivité, qui est souvent composée d'individus aux ressources modestes, ne peut être accepté que dans les périodes de croissance de l'industrialisation. Dans une économie développée le critère de justice se situe plutôt dans le sens d'une plus complète protection des victimes et l'on préfère réprimer les activités seulement en apparence économiques et dont la conséquence est le transfert des coûts véritables sur l'environnement et les personnes qui y habitent.

Même pour ceux qui cultivent le maximum d'efficacité par l'analyse économique du droit, le problème de la distribution optimale des risques se pose, c'est-à-dire la recherche du sujet le mieux à même de prendre des précautions ou encore de s'assurer.

Le temps est donc arrivé où la limitation de responsabilité en faveur des personnes juridiques va être de plus en plus remise en question. Nous voulons ici rappeler, dans un bref aperçu de droit comparé, quelles sont les techniques envisagées pour réduire et, le cas échéant, compenser les dommages provoqués par les

(5) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1927, nt. 121 ; D.W. LEEBRON, *op. cit.*, 1577, nt. 38, 1628 ; R.C. CLARK, *Corporate Law*, Little Brown and Company, Boston-Toronto, 1986, 67 et s., 78 et S., 83 et s.

(6) R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1986, 370. Dans le speech prononcé sur le cas *Dimbleby & Sons Ltd v. National Union of Journalists* en 1984 Lord Diplock observe : « *My Lords, the reason why English statutory law, and that of all other trading countries, has long permitted the creation of corporations as artificial persons distinct from their individual shareholders and from that of any other corporation even though the shareholders of both corporations are identical, is to enable business to be undertaken with limited financial liability in the event of the business proving to be a failure* » (citation extraite de J.H. FARRAR, N.E. FUREY, B.H. HANNIGAN, P. WYLIE, *Farrar's Company Law*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1991, 80). Que le droit des actionnaires encourage la valorisation du capital jusqu'à ses extrêmes limites (et donc en augmente les risques) avait été déjà souligné par K. MARX dans son *Capital* (Livre III, ch. 27) : v. K. MARX & F. ENGELS, *Werke*, Band 25, Dietz Verlag, Berlin, 1972 et ss., 457.

entreprises sociétaires. On mentionnera dans l'ordre la responsabilité personnelle concurrente des mandataires ou organes de la société anonyme, l'imposition d'une assurance obligatoire, le maintien d'une capitalisation suffisante et enfin la proposition d'établir une responsabilité générale directe des associés pour les obligations d'origine délictuelle.

2. — Il faut répondre tout d'abord à la question préalable consistant en la détermination des cas dans lesquels un fait illécite donne vie à une dette sociale. En effet, lorsque quelqu'un contracte au nom d'une société qui jouit de la personnalité morale, des problèmes peuvent parfois surgir en termes de validité de l'acte accompli par des sujets qui ne sont pas investis d'un pouvoir représentatif. Mais les droits réels sur les biens qui font l'objet des accords peuvent appartenir ou non à la société, jamais aux sujets qui prétendent agir en son nom.

Par contre, pour les actes illicites survenant à l'occasion d'une activité conduite par une organisation collective, il faut constater une liaison fonctionnelle entre l'action ou l'omission de la personne physique agissante et le but de la personne morale pour attribuer à cette dernière le comportement délictuel⁽⁷⁾.

En principe on peut envisager trois hypothèses différentes⁽⁸⁾. Premièrement, que la personne morale soit le responsable unique envers les tiers endommagés. C'est le résultat auquel on arrive lorsqu'il est impossible d'identifier dans l'organisation du travail de l'entreprise un sujet précis à qui attribuer une faute de gestion ou d'exécution : dans ces cas, par exemple, le consommateur blessé par un produit défectueux peut néanmoins s'adresser à la société fabricante.

Mais à la responsabilité de la personne morale peut s'ajouter celle des personnes physiques qui agissent pour son compte. Si une tâche est confiée dans l'organisation à quelques individus

(7) Sur ce sujet, la bibliographie est immense : on peut consulter G. EORSI, *Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs*, dans le vol. XI, *Torts de l'International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (P. Siebeck) et Mouton, Tübingen-The Hague-Paris, 1975 ; M. MARTINEK, *Repräsentantenhaftung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979 ; J. GUYENOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées*, LGDJ, Paris, 1959 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Paris, 1965 ; F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Giuffrè, Milano, 1991.

(8) F. GUERRERA, *op. cit.*, 353.

déterminés, ils sont concurremment responsables avec la société qui les emploie des dommages provoqués aux tiers en raison de leur faute. Le principe peut être affirmé, d'une façon très générale, pour tout lien de préposition, soit sur base de l'art. 1384 du Code Napoléon (et des règles semblables des codes qui ont subi son influence, comme c'est le cas de l'art. 2049 du code civil italien), soit en invoquant le § 831 du BGB, soit encore en vertu de la *vicarious liability* qui joint le *principal* (mandant) et son *agent* (mandataire)(9). Mais une évolution peut également être constatée au sein des théories organiques(10), qui empêchaient jadis selon une opinion répandue d'étendre la responsabilité aux individus constituant la tête et les mains de la personne morale — selon une description provenant de Ménénius Agrippa(11) — : aujourd'hui l'image n'est considérée rien plus qu'une métaphore, qui ne doit donc pas emprisonner celui qui l'emploie(12). Ainsi les fonctionnaires de l'État ou les administrateurs des sociétés anonymes sont souvent censés être eux-mêmes responsables des dommages qu'ils ont causés aux tiers par leur faute.

Il reste encore une troisième possibilité, que la personne insérée dans l'organisation abuse de ses pouvoirs sans respecter les limitations statutaires ou les ordres de service. Surtout dans le cas de faute dolosive, on arrive parfois à exonérer de toute responsabilité la personne morale, soit en affirmant qu'elle s'est bien efforcée de surveiller ses préposés, soit en constatant que l'acte ne peut être mis à charge du patrimoine collectif, étant en dehors de l'objet social ou du risque qu'il est convenable d'attacher à l'entreprise.

On peut rappeler ici les conclusions auxquelles est arrivé le droit administratif français, posant une distinction entre les « fautes du service », dont seule l'administration est responsable en raison de sa mauvaise organisation ou de son fonctionnement défectueux, et les fautes individuellement attribuables à des personnes déter-

(9) Pour le droit américain, cons. D.W. LEEBRON, *op. cit.*, 1626.

(10) Le § 31 du BGB s'appuie sur cette construction. Elle a un certain succès même en Angleterre : v. J.H. FARRAR etc., *op. cit.*, 759 et s.

(11) L'apologue se trouve dans le Livre II, ch. 32 de TITE-LIVE, *Histoire Romaine*, tome II, Les belles lettres, Paris, 1967, 48.

(12) « Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they often end by enslaving it » : on trouve ces mots dans la décision *Berkey v. Third Avenue Rly* de 1926 (cette citation aussi est prise de J. H. FARRAR etc., *op. cit.*, 72).

minées, parmi lesquelles on distingue encore les « fautes de service » (qui inévitablement se constatent même à la charge des fonctionnaires les plus scrupuleux et dont l'administration doit aussi répondre étant bénéficiaire de leur travail) et les « fautes personnelles » qui peuvent être reprochées à l'initiative solitaire des agents et sont donc détachables de l'organisation(13).

Dans la deuxième hypothèse, si la personne morale paie les dommages-intérêts, se pose la question de savoir si un recours de la personne morale contre les personnes physiques coobligées est admis, étant donné que l'être collectif bénéficie de leurs activités(14). Une répétition n'est pas concevable évidemment lorsqu'on ne peut pas identifier un coupable à l'intérieur de l'organisation, ou si la faute est attribuée exclusivement à celui-ci (première et troisième hypothèses).

3. — La responsabilité concurrente des administrateurs, employés et collaborateurs de l'entreprise sociétaire pour leurs « fautes de service », qu'on a constatée dans la deuxième hypothèse, exerce sûrement une fonction de prévention dans le fonctionnement de toutes les sociétés afin d'éviter les dommages aux tiers.

Néanmoins, du point de vue strictement monétaire, cette prévention est souvent enrayée par les assurances que les sociétés doivent souscrire suivant les contrats collectifs de travail pour couvrir les fautes de leurs employés mis en cause par les tiers encourant un dommage. De telles assurances sont habituelles pour les dirigeants(15), mais deviennent de plus en plus fréquentes même pour les membres des conseils d'administration ou de surveillance, dans tous les pays où la loi ne s'y oppose pas(16).

Il faut aussi souligner que, dans les grandes entreprises, on ne peut pas instituer les administrateurs en garants du bon fonction-

(13) F. GUERRERA, *op. cit.*, 358, nt. 108.

(14) F. GUERRERA, *op. cit.*, 394 et s. ; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, Paris, 1989, 104, 122.

(15) On trouve des informations sur la situation italienne dans R. DIAMANTI, *L'esonero contrattuale del dirigente dalla responsabilità civile*, *Rivista di diritto civile*, 1981, II, 355.

(16) J.H. CHOPER, J.C. COFFEE Jr. C.R. MORRIS Jr., *Cases and Materials on Corporations*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 1989, 887 et s. En Angleterre la sec. 137 du *Companies Act* 1989 a éliminé les doutes sur la validité des polices d'assurance couvrant les administrateurs des sociétés anonymes (v. J.H. FARRAR etc., *op. cit.*, 440 et s.).

nement d'une organisation complexe ainsi que de la diligence et de la loyauté de tous les subordonnés(17). La responsabilité naissant des décisions techniques et de leur exacte exécution frappe les personnes auxquelles chaque secteur est confié. Toutefois le dommage est imputable selon un lien juridique de causalité non seulement au sujet qui en est l'auteur matériel, mais aussi à tous ceux qui sont chargés d'une surveillance directe de la conduite des préposés, la faute par omission s'ajoutant ainsi à la faute par commission(18).

Quant à l'autre fonction principale de la responsabilité civile, qui consiste dans l'indemnisation des victimes(19), on peut supposer que l'attribution d'une responsabilité concurrente aux administrateurs qui ont infligé un dommage aux tiers par leur faute apporte un supplément de garantie surtout dans les petites sociétés, dans lesquelles tous les actionnaires sont aussi chargés de la gestion de l'entreprise. Dans ces cas l'imposition de dommages-intérêts à charge des administrateurs conduit en pratique aux mêmes résultats qu'on rejoindrait par l'attribution d'une responsabilité directe aux associés(20).

La situation est différente dans les grandes sociétés, où normalement le patrimoine collectif est suffisant pour toute réparation ordinaire, tandis que pour les risques extraordinaires l'énormité des dommages surpasse presque toujours les richesses personnelles des individus qui sont responsables des actes illicites. D'autre part, les *managers* sont ici surtout des professionnels et par conséquent une attribution de responsabilité aux associés embrasserait des sujets différents.

Remarquons en passant qu'une amélioration pourrait être envisagée, si l'habitude devenait plus fréquente dans les groupes, de nommer comme administrateur d'une filiale la société mère. Une pareille décision, là où elle est admise par la loi (ce qui n'est pas le cas par exemple en Italie), suscite une responsabilité directe du patrimoine de la personne juridique devenue membre du conseil s'ajoutant à celle de son représentant permanent(21). On com-

(17) F. GUERRERA, *op. cit.*, 298 et s.

(18) F. GUERRERA, *op. cit.*, 214, 421.

(19) A. TUNC, *op. cit.*, 142 et s.

(20) D.W. LEEBRON, *op. cit.*, 1633.

(21) V. par exemple, l'art. 91 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales en France.

prend alors la raison pour laquelle une telle technique de gestion est évitée, pour mieux isoler un holding des accidents provoqués par ses filiales.

4. — On a vu que, dans les grandes sociétés, les administrateurs demandent aujourd'hui une assurance couvrant leurs fautes de gestion et que la prime soit prise en charge par la société, soit directement, soit indirectement moyennant une augmentation de leur rémunération. L'habitude de s'assurer est au contraire très peu répandue dans les sociétés familiales.

Dans le vaste univers des petites entreprises même, les sociétés, en qualité de sujets de droit, n'achètent pas volontiers une assurance suffisante couvrant leur responsabilité à l'égard des tiers. La chose est regrettable, considérant que leur activité engendre des risques normaux que le marché des couvertures est en état de neutraliser(22).

Les grandes sociétés ont une propension plus forte à l'assurance. On explique cette inclination par le désir des administrations professionnelles de sauvegarder leur réputation : en effet, ils investissent souvent tout leur capital humain dans la direction d'une entreprise spécifique et ne veulent pas qu'il soit trop mis en jeu du fait du hasard(23).

L'assurance est en général une technique visant la dilution de la charge des dommages(24). La prime est répertoriée dans les frais de la gestion et le coût probable de la responsabilité civile de l'entreprise peut être réparti entre tous les acheteurs de ses produits payant un supplément de prix. Elle permet de porter dans les comptes sociaux et donc à l'intérieur de l'exploitation les effets négatifs qui seraient autrement transférés sur la collectivité.

Mais il faut remarquer que le marché ne permet pas de s'assurer complètement contre les risques catastrophiques lesquels sont susceptibles de générer des dommages dépassant les réserves et le capital même des principales sociétés. Aux États-Unis, en dehors de quelque branche spécialisée, le plafond maxi-

(22) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1889 et s.

(23) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1908 ; F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge Ma.-London, 1991, 53 et s.

(24) A. TUNC, *op. cit.*, 146 et s.

mal offert par les assurances atteint 500 millions de dollars par accident (25).

Pour les risques courants, il est difficile de fixer légalement un niveau suffisant de couverture obligatoire qui varierait selon les industries, la dimension des usines, les équipements techniques, etc. Une règle plus précise peut être choisie pour des secteurs déterminés, comme cela est le cas des entreprises qui se chargent d'écouler les déchets toxiques : aux États-Unis, grâce au *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976, l'on est passé d'un milieu caractérisé par de nombreuses petites sociétés lilliputiennes à un moindre nombre de personnes juridiques dotées d'une garantie suffisante, soit par leur propre capital soit par une police d'assurance convenable. De plus, le *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* de 1980 permet aux tribunaux d'attribuer à l'occurrence une responsabilité aux clients, qui donc se préoccupent de contracter seulement avec des sociétés solides (26).

La préférence actuelle pour l'assurance de responsabilité (*third-party insurance*) a été critiquée car elle favorise souvent des excès en réparation. Les jurys américains accordent en moyenne 47 % des indemnités pour dommage corporel en compensation des souffrances (*pain and suffering*). Si l'on demandait aux victimes potentielles de s'acheter elles-mêmes une assurance directe (*first-party insurance*), elles ne doubleraient pas volontiers la prime pour rechercher une couverture des dommages extra-patrimoniaux (27). En Europe, les juges sont beaucoup plus prudents dans ce domaine. Comme on l'a remarqué : « indemniser la souffrance peut être légitime, mais non nécessaire » (28).

De plus, la responsabilité civile « fonctionne au profit des riches et à l'encontre des pauvres : en contrepartie d'une prime égale pour tous, elle compense des revenus inégaux, rembourse des frais

(25) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1908, nt. 81.

(26) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1928 et s. ; v. aussi K. ABRAHAM, *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, 88 *Columbia Law Review* 942 (1988) ; L. GURUSWAMY, *Integrating Thoughtways : Re-opening of Environmental Mind ? Wisconsin Law Review*, 1989, 463.

(27) G.L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 *Yale Law Journal* 1521 (1987). On peut consulter aussi A. TUNC, *op. cit.*, 126 sur le système français d'assurances en matière de constructions, qui joint une couverture directe à celle de la responsabilité civile.

(28) A. TUNC, *op. cit.*, 179.

médicaux qui pratiquement varient en fonction de la richesse et indemnise davantage les souffrances des riches. Autant imposer les mêmes primes d'assurance contre l'incendie au propriétaire d'un château et à celui d'un taudis »(29).

Ces exagérations jurisprudentielles ont contribué à la crise profonde que le marché américain des assurances a traversée à partir de 1984. Par conséquent, on a amendé la législation de nombreux États de l'Union en vue de réduire la charge de la responsabilité(30).

En particulier, il faut souligner que les primes de l'assurance pour les administrateurs des sociétés ont été multipliées par 12 en deux ans. La raison doit être recherchée dans la multiplication des tentatives de prise de contrôle, qui ont mis en jeu non seulement les titres des actionnaires mais aussi la responsabilité des dirigeants dans le cadre des marchés de valeurs mobilières(31). Ainsi que l'a dit le juge Horsey de la Cour Suprême du Delaware dans le sévère arrêt rendu dans le cas *Smith v. Van Gorkom*, qui en 1985 a jeté la panique dans les milieux financiers ayant déclaré en faute lourde les membres d'un conseil d'administration qui avaient approuvé une fusion sur la base d'un simple exposé oral d'une vingtaine de minutes par leur président, il faut admettre que : « It is, of course, a fact of corporate life that today when faced with difficult or sensitive issues, directors often are subject to suit, irrespective the decisions they make »(32).

Aujourd'hui la formule d'assurance la plus commune offre une couverture à 95 % jusqu'à un plafond d'un million de dollars ; mais avec une franchise de 20.000 dollars(33).

5. — Si la société est pourvue d'un capital suffisant, tous les tiers sont garantis, soit que leur créance provienne d'un contrat, soit qu'elle puise son origine involontaire d'un acte illicite.

Évidemment, le problème n'est pas résolu par la fixation d'un capital minimal, que d'ailleurs les législations des pays européens et la deuxième directive de la Communauté ont établi à un mon-

(29) A. TUNC, *op. cit.*, 175 et s.

(30) Ces indications sont formulées par A. TUNC, *op. cit.*, 171 et s.

(31) A. TUNC, *op. cit.*, 173.

(32) L'arrêt est publié par J.H. CHOPER, J.C. COFFEE Jr., C.R. MORRIS Jr., *op. cit.*, 247 (passage cité p. 257).

(33) J.H. CHOPER, J.C. COFFEE Jr., C.R. MORRIS Jr., *op. cit.*, 900.

tant assez bas. Comme pour l'assurance obligatoire, le législateur se trouve embarrassé à choisir une valeur satisfaisante (*Seriositätsschwelle*), compte tenu de la grande variété des entreprises imaginables(34).

On doit alors considérer la sous-capitalisation d'un point de vue économique. Il s'agit de distinguer deux hypothèses. La première se vérifie lorsque les associés fournissent à la personne juridique des moyens suffisants pour son exploitation, mais sous forme de prêts plutôt que d'apports : on l'indiquera sous le vocable de sous-capitalisation formelle. On peut aussi rappeler par affinité la situation des sociétés qui ont un capital réduit mais disposent d'abondantes réserves.

Plus grave est la seconde hypothèse, de sous-capitalisation matérielle, quand les moyens financiers sont tout à fait insuffisants en vue de réaliser l'objet social.

Lorsque le patrimoine de la société est assez important, la tendance contemporaine tant législative que jurisprudentielle va dans le sens d'imposer une requalification des comptes courants d'associés en apports, subordonnant leur restitution au paiement des dettes sociales(35). La nature véritable des sommes confiées à la société peut être constatée par rapport aux conditions qu'aurait demandées un tiers pour devenir créancier (*Drittmannstest*) : un taux d'intérêt courant sur le marché, un délai de restitution, une proportion convenable avec les fonds propres de la personne juridique. Dans les petites sociétés, on constate aussi que tous les associés prêtent proportionnellement aux actions souscrites par chacun. Dans les grandes sociétés, ce sont ceux qui en ont le contrôle (par exemple le holding d'un groupe) qui fournissent leur secours.

On rappelle ici les §§ 32a et 32b introduits en Allemagne par la *Novelle* de 1980 dans la GmbH pour la discipline des *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen*, en cas de faillite ou de règlement amiable.

Ailleurs, on arrive à frapper la restitution des prêts aux associés lorsque la démarche de la société s'avère chancelante en

(34) G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, *Rivista delle Società*, 1991, 3 et s., 23.

(35) G.B. PORTALE, *op. cit.*, 30 et s., 108 et s. offre un excellent aperçu de droit comparé.

les considérant responsables de la rupture brutale du crédit. La demande de remboursement présentée lorsque le patrimoine collectif vient à être obéré serait contraire aux bonnes mœurs (cfr les §§ 242, 823 Abs. 2, 826 du BGB) ou constituerait un abus du droit. Une pareille solution s'impose lorsque les associés majoritaires ou unanimes décident de distribuer d'un coup les réserves, laissant à la personne juridique seulement son (faible) capital et les réserves obligatoires⁽³⁶⁾.

Quant à la sous-capitalisation matérielle, on remarque aussi des réactions croissantes de la part des systèmes juridiques modernes contre les abus du recours à la responsabilité limitée.

Parfois c'est la loi qui vient au secours par une discipline spécifique. En Belgique le montant du capital social doit être justifié par les fondateurs d'une société anonyme, qui déposent chez le notaire un plan financier sans le publier, mais en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution le juge met à leur charge les engagements de la société dans la proportion qu'il fixe « si le capital était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins » (art. 29^{ter} et 35, 6° des Lois coordonnées sur les sociétés commerciales, selon le texte établi en 1978).

Aux États-Unis, l'idée d'un capital légal (*stated capital*) et d'une valeur nominale des actions (*par value*) a été abandonnée⁽³⁷⁾. En lieu et place, le § 6.40 du *Revised Model Business Corporation Act* a introduit pour les distributions aux actionnaires (y inclus les rachats d'actions) un critère de solvabilité de la société, qui doit toujours être en condition de rembourser ses dettes et au moins les actions de priorité. Parmi les règles les plus soucieuses de maintenir une bonne liquidité on peut mentionner le § 500 du *California General Corporation Law*⁽³⁸⁾.

La jurisprudence américaine consent pour sa part plus volontiers à « percer le voile de la personnalité morale » que la jurispru-

(36) G.B. PORTALE, *op. cit.*, 123 et s.

(37) A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, Paris, 1985, 52 et s.

(38) On trouve ces textes dans L.D. SOLOMON & J.D. BAUMAN (ed.), *Selected Corporation and Partnership Statutes, Rules, and Forms*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1991, 38 et s., 1997.

dence anglaise(39). La sous-capitalisation peut souvent en être le prétexte. Il est toutefois étonnant de constater qu'une récente enquête conclue que les juges américains appellent les associés à répondre plus facilement des obligations sociales contractuelles que délictuelles(40).

Quant aux tribunaux du vieux continent, ils retiennent parfois une responsabilité soit des administrateurs soit des associés de contrôle, attendu qu'il est illicite de poursuivre l'activité d'une société qui est manifestement dépourvue de moyens financiers(41). La doctrine reconnaît de plus en plus l'existence d'un principe interdisant d'employer une personne juridique pour une exploitation sans l'approvisionner de ressources raisonnables, sous peine d'être réputé garant de ses obligations (par la *Durchgriff*)(42). On ne parvient à imposer positivement un montant déterminé de moyens propres à chaque société, mais on en déduit l'interdiction d'une dotation trop faible dans les cas manifestes. Autrement les risques de l'exploitation tomberaient presque entièrement sur les tiers(43).

6. — Le percement du voile de la personnalité morale s'applique, le cas échéant, à toutes les créances, tant contractuelles que délictuelles. En effet, on constate que d'ordinaire les dettes financières d'une société sous-capitalisée sont déjà couvertes par la caution des associés, qui engagent dès lors leur patrimoine personnel en faveur des créanciers les plus puissants. Quant aux autres contractants, on peut dire qu'en principe ils sont informés par la publicité des statuts et des documents comptables, de la condition économique de la société qu'ils choisissent comme partenaire(44).

(39) A. TUNC, *Le droit américain*, 49 et s. ; J.H. FARRAR etc., *op. cit.*, 83 ; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Giuffrè, Milano, 1964.

(40) R.B. TOMPSON, *Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study*, 76 *Cornell Law Review* 1036, 1058 (1991) ; F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *op. cit.*, 58 ne partagent pas cette conclusion et pensent que les juges tentent de protéger les contractants trompés par des représentations fausses.

(41) G.B. PORTALE, *op. cit.*, 38 et s., 83 et s., 88 et s., 106 avec les indications quant aux jurisprudences française, belge et hollandaise.

(42) G.B. PORTALE, *op. cit.*, 33, 94 et s.

(43) On rappellera ici l'étude de L. DABIN, *Les conditions de la limitation de la responsabilité et l'avenir des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, dans le *Liber amicorum J. v. Houtte*, Elsevier-Sequoia, Bruxelles, 1975, 231.

(44) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1919.

Les victimes encourant un dommage du fait d'un acte illicite deviennent par contre créanciers d'une façon involontaire(45). Surtout lorsqu'elles souffrent d'un dommage dans leur personne, elles semblent mériter une garantie susceptible de leur fournir réparation.

Il faut remarquer qu'une société à faible capitalisation peut accroître les risques à charge des tiers en augmentant ses dettes financières. En cas de faillite, les créanciers privilégiés et hypothécaires sont préférés à ceux qui demandent réparation d'un dommage délictuel(46). De plus, les prêts consentis à une société contiennent souvent une clause de remboursement immédiat lorsque l'endettement de la personne morale atteint un certain niveau : les banques peuvent ainsi surveiller la gestion des entreprises(47).

Aux États-Unis, la proposition a été avancée de supprimer d'une façon générale la responsabilité limitée des sociétés pour les obligations délictuelles. À sa place, il faudrait établir un principe de responsabilité partagée (*pro rata rule*) des associés quand le patrimoine collectif devient insuffisant(48).

Dans les petites sociétés, cette menace d'une contribution supplémentaire pousserait les entrepreneurs à s'assurer pour un plafond convenable(49).

Dans les grandes sociétés faisant appel à l'épargne publique, le refus de la solidarité permet de surmonter les obstacles(50) envisagés par les auteurs estimant que la règle légale de limitation de responsabilité qui règne aujourd'hui correspond à l'équilibre qui serait spontanément contracté par les participants au marché, mais avec des coûts additifs de stipulation (*transaction costs*)(51).

Selon ces mêmes auteurs(52), une responsabilité illimitée et solidaire des actionnaires, telle qu'on la rencontre dans les sociétés en nom collectif, empêcherait la formation d'un prix courant

(45) J.H. FARRAR etc., *op. cit.*, 79, 83 ; G.B. PORTALE, *op. cit.*, 49, 87, pour des indications de droit allemand et italien.

(46) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1884 et s.

(47) D.W. LEEBRON, *op. cit.*, 1602 ; F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *op. cit.*, 46.

(48) D.W. LEEBRON, *op. cit.*, 1588, nt. 77, rappelle le système du Lloyd's, où les *names* s'exposent à une contribution aux pertes.

(49) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1887 et s.

(50) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1892 et s.

(51) F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *op. cit.*, 1 et s.

(52) F.H. EASTERBROOK & D.R. FISCHER, *op. cit.*, 40 et s.

des titres. L'entrée en société d'un riche serait évaluée plus chère que celle d'un petit rentier. En outre, les associés auraient intérêt à surveiller réciproquement leurs richesses personnelles, de peur qu'un seul fût appelé à supporter le poids entier des dettes sociales non payées. Les investisseurs ne pourraient plus diversifier leurs placements si la possession d'une seule action s'avérait susceptible d'engloutir tout leur patrimoine. Il faudrait alors concentrer les fonds disponibles dans la même société et la surveiller de près.

En guise de réplique, l'on souligne que la perte de responsabilité limitée pour les seules obligations délictuelles ne contraindrait pas à augmenter de façon remarquable la surveillance des actionnaires sur les *managers*. On suggère que le risque supplémentaire pourrait multiplier par cinq l'apport initial(53). Et un peu plus de surveillance de la part des investisseurs institutionnels, qui gardent en portefeuille 45 % des actions américaines(54), serait la bienvenue.

L'histoire nous enseigne que la responsabilité limitée n'est pas nécessairement inhérente à la société anonyme. En Angleterre la règle de la limitation a été introduite à partir de 1855, en Californie seulement dès 1931(55).

Mais si les actions changent continuellement de mains sur le marché, à quels propriétaires faut-il attribuer la responsabilité ? La meilleure solution semble être une référence au moment où l'on vient à connaître qu'une responsabilité supplémentaire va se déclencher (*information-based rule*) : les administrateurs devraient en informer les possesseurs des titres(56). Toutefois il est peu probable qu'un marché de ces valeurs puisse se rétablir à un cours épuré du coût de la contribution aux dettes(57) : si le patrimoine de la société est devenu par hypothèse insuffisant, personne ne voudra s'y engager. Les titres au porteur seraient supprimés.

L'attribution aux victimes d'un accident de la garantie supplémentaire du patrimoine personnel des associés permettrait de les

(53) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1900.

(54) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1990, nt 57.

(55) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1924 ; J.H. FARRAR etc., *op. cit.*, 15 et s., 82.

(56) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1897.

(57) Comme l'espèrent H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1898 et s.

rétrograder à la dernière place comme créanciers de la société(58). Mais il faut bien préciser qui sont les créanciers involontaires : la responsabilité des actionnaires ne pourrait être invoquée que si le tiers n'avait pas eu la possibilité de s'informer et d'établir contractuellement avec la société les conditions de sa créance(59). On peut donc penser que les associés ne pourraient être engagés dans le cas d'une rupture des négociations, même si on qualifie cette forme de responsabilité comme extra-contractuelle.

Enfin, on aura compris qu'une telle proposition s'annonce comme révolutionnaire. Il est peu probable qu'elle soit acceptée à l'heure actuelle. Mais il est intéressant qu'on commence à discuter le dogme fondamental du droit des actionnaires précisément dans les pays où les marchés financiers ont plus d'importance. D'ailleurs ceux qui ont le mieux étudié la question ont pu conclure : « While we cannot claim to have demonstrated conclusively the superiority of unlimited liability, we believe we have exposed the weakness of existing justifications for limited liability. If there remain reasons for retaining the limited liability regime, the burden is on the proponents of that regime to provide a persuasive exposition of those reasons »(60).

Roberto WEIGMANN (*)

(58) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1902, 1929 et s.

(59) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1920 et s.

(60) H. HANSMANN & R. KRAAKMAN, *op. cit.*, 1934.

(*) *Professeur à l'Université de Turin.*