Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales

Delvaux, Marie-Amelie; De Wolf, P.

Published in:
Le statut du dirigeant d'entreprise

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Delvaux, M-A & De Wolf, P 2009, Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales. Dans Y De Cordt (Ed.), Le statut du dirigeant d'entreprise. CRIDES, Larcier , Bruxelles, p. 203-294.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 26. Apr. 2024

Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales

Marie-Amélie Delvaux

Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix

Patrick De Wolf

Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain et aux FUCAM

Introduction

1. La responsabilité des dirigeants de société est une matière paradoxale à bien des égards.

D'une part, souvent bien connue des juristes, on est surpris de constater dans la pratique combien est grande l'ignorance des dirigeants qui sont, en somme, les principaux intéressés!

D'autre part, on s'étonne également du peu de décisions de jurisprudence publié en la matière au regard du nombre de sociétés commerciales et de l'ampleur des responsabilités en jeu.

2. Est-ce à dire que tous les dirigeants de sociétés exercent leur mission de manière irréprochable? Ce serait une vision utopique. En réalité, rares sont les créanciers individuels, les curateurs, ... prêts à introduire une action judiciaire (longue et aléatoire), surtout quand le patrimoine des personnes visées est peu important au regard du préjudice subi; en outre, en cours de vie sociétaire, et dans la mesure où les dirigeants sont une émanation de la majorité présente à l'assemblée générale et qu'il existe dès lors une entente tacite ou expresse entre eux, il y a peu de chance qu'une action sociale soit introduite[1], seule une timide action minoritaire pouvant trouver sa place.

[1] L'action contractuelle dépend d'une décision de l'assemblée contrôlée par ceux-là mêmes qui doivent obtenir la décharge... L'introduction d'une action sociale peut cependant être envisagée lorsque prend fin la 'connivence' entre les dirigeants et le groupe d'actionnaires majoritaire, à savoir lorsqu'un renversement de majorité s'opère au sein de

Notons cependant que la simple existence de règles relatives à la responsabilité des dirigeants présente un double intérêt: elle est une base potentielle d'actions en justice qui, un jour, sont susceptibles de se multiplier et, indépendamment de toute action judiciaire, ces règles constituent une ligne de conduite à respecter par les dirigeants; on peut espérer en effet que la seule crainte d'une procédure à leur encontre amène les dirigeants à être plus attentifs, plus scrupuleux dans l'exercice de leur mandat.

3. Enfin, alors que le législateur a réglementé pratiquement toutes les professions, imposant des conditions précises à leur exercice, le 'métier' de dirigeant de société peut être exercé par quiconque, sans justifier – sauf exception[2] – de compétences ou connaissances particulières, notamment de l'ensemble de la législation applicable à la gestion d'une société; il suffit en effet d'être choisi, ce choix étant créateur de confiance de la part de l'assemblée générale et présomption de la compétence de l'élu.

Très concrètement, il n'existe pas de conditions *préalables* pour être autorisé à gérer une société, mais *a posteriori*, la responsabilité personnelle de ceux qui faillissent à leur mission est sanctionnée, ces fautes ou omissions pouvant raisonnablement être imputées à leur manque de connaissances, de qualifications, de compétences ou tout simplement d'honnêteté; en quelque sorte, la démarche est inversée.

Il ne faut pas réduire la responsabilité à l'hypothèse de la *faillite* de la société, même s'il s'agit du *quod plerumque fit*; il existe, et nous le verrons dans les lignes qui suivent, de nombreux cas dans lesquels la responsabilité peut être invoquée *durant la vie active et rentable de la société*.

4. Après avoir formulé quelques observations préalables (II), nous passons en revue les différents cas de responsabilité: la responsabilité à l'égard de la société (III), la responsabilité à l'égard des tiers (IV), divers cas particuliers de responsabilité à l'occasion de certaines opérations (V), le tout avant de conclure (VI).

Notons que nous limiterons notre propos aux sociétés à responsabilité limitée les plus fréquentes, à savoir les SA, les SPRL et les SCRL.

l'assemblée générale (suite à une O.P.A., une cession amiable de contrôle, ...). Notons toutefois que lorsque la cession de la participation de contrôle fait l'objet d'un contrat, ce dernier stipule souvent expressément que le cessionnaire renonce à introduire une quelconque action en responsabilité contre les anciens dirigeants

[2] Par exemple, la loi-programme du 10 février 1998 sur la promotion de l'entreprise indépendante impose aux dirigeants de PME des «connaissances de gestion de base», qui restent assez minimalistes toutefois.

Observations liminaires

1. De l'irresponsabilité de principe de l'organe (art. 61 C. Soc.) à la responsabilité «tous azimuts» du dirigeant

5. Les administrateurs des SA et SCRL[3], les gérants des SPRL ainsi que les membres de l'éventuel comité de direction qui a été institué dans les SA[4] sont les personnes investies du pouvoir de gérer et de représenter la société[5].

Conséquence de la théorie de l'organe, ils ne contractent en principe aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société[6]; ils agissent au nom de celle-ci et leurs actes lient seulement la société.

Il arrive cependant que la responsabilité des administrateurs ou des gérants[7] soit recherchée par la société, par tout ou partie des actionnaires ou par des tiers. C'est aux hypothèses dans lesquelles les administrateurs, gérants et membres d'un comité de direction de SA peuvent être personnellement mis en cause que nous consacrons notre contribution[8].

[3] Autant dans le passé, les L.C.S.C. parlaient indistinctement de 'gérant' ou d''administrateur' pour désigner la personne dirigeant la société coopérative, autant le Code des sociétés uniformise le plus possible les termes utilisés; c'est le terme 'administrateur' qui est préféré, même si, pour parler de l'organe, le Code use, sauf exception (voir l'expression 'organe chargé de l'administration' dans l'article 355, 3°), des mots 'organe de gestion', cette divergence n'emportant aucune conséquence juridique.

[4] Voir la loi du 2 août 2002, dite de *corporate governance*, modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 22 août 2002, p. 36.555 qui a introduit dans le Code des sociétés une section Ibis relative au comité de direction qui peut être institué dans les SA.

[5] Voy. P. DE WOLF, «Le conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux», *J.T.*, pp. 217-224.

[6] Seconde phrase de l'article 61 du Code des sociétés, ci-après «C. Soc.». Cet article «*élève le principe selon lequel les membres des organes de société ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société au rang d'un principe général applicable à toutes les sociétés disposant de la personnalité juridique*» (*Doc . parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, 1838/1, p. 31); auparavant, ce principe était uniquement affirmé à l'article 61 L.C.S.C. pour les SA.

[7] Ainsi que des membres de l'éventuel comité de direction institué dans une SA.

[8] Sur la doctrine relative à la responsabilité des administrateurs et des gérants, voir notamment les références citées par J. RONSE et S. LIEVENS, «L'administrateur de sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite, l'extension de la faillite au maître de l'affaire», *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 1, 1985; P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité en matière économique», *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1978, pp. 9-62; H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum des SPRL, gérants et associés*, Creadif, 5ème éd., 1997; H. OLIVIER et K. Deboeck, *Vademecum de l'administrateur de SA*, Creadif, 1996;

La responsabilité d'un dirigeant de société commerciale peut être engagée indépendamment de toute condamnation judiciaire, qu'elle frappe la société gérée ou le dirigeant lui-même. Le dirigeant peut en effet décider spontanément d'indemniser les victimes de ses agissements, ce qu'il fera par exemple en vue d'éviter une publicité néfaste pour la société et/ou pour lui-même.

2. L'assurance RC professionnelle

6. Il n'est pas inutile de rappeler aux dirigeants l'intérêt de conclure une police d'assurance de leur responsabilité *civile*. Celle-ci peut également être souscrite par la société elle-même en faveur de l'ensemble de ses administrateurs. Ce type d'assurance couvre tantôt l'intégralité des fautes commises par un dirigeant en cette qualité, tantôt certaines fautes spécifiques expressément énumérées, la couverture de la responsabilité *pénale* comme du *dol* étant évidemment exclue. Doctrine et jurisprudence s'interrogeaient, avant la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre, sur la possibilité, au regard du droit des assurances, de couvrir la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société[9], alors même que la faute lourde ou grave était dans l'ancien régime exclue des couvertures d'assurance en général. Cette question épineuse a été heureusement vidée par l'entrée en vigueur de la loi susmentionnée[10]: en effet, la faute lourde ou grave du preneur ou de l'assuré peut dorénavant être assurée sans limitation[11].

P. NICAISE et K. DEBOECK, *Vademecum des sociétés coopératives*, Creadif, 2e éd., 1995; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996; J.Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2e édition de l'ouvrage de O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004.

[9] Articles 265, alinéa 1, 409, alinéa 1 et 530 C. Soc.

[10] Voir notamment sur cette question de l'assurance des mandataires sociaux J.-L. FAGNART, «La responsabilité des administrateurs de la société anonyme», in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1991, pp. 50 à 56; P. VAN OMMESLAGHE, «L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés et d'associations en Belgique et la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre», *R.D.C.*, 1994, pp. 275-305; P. VAN OMMESLAGHE, «L'assurance de la responsabilité des administrateurs et commissaires de sociétés anonymes en Belgique», *Les assurances de l'entreprise*, vol. 1, Coll. Fac. de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 57 à 92; D. DE MASENEIRE, «L'assurance de la responsabilité civile de l'entreprise», *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 126, Diegem, Kluwer, pp. 46-49; D. VAN GERVEN, «Les clauses limitatives de responsabilité , les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux», *R.P.S.*, 1998, pp. 133-162 et spéc. 152-162; J.Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 327 à 343.

[11] Article 8, alinéa 1er de la loi du 25 juin 1992.

3. Qui peut être tenu pour responsable?

3.1. Personnes physiques et personnes morales – dirigeants actifs et non-actifs

7. La responsabilité est attachée *à la fonction*. Soulignons-en deux conséquences.

8. Tout d'abord, la responsabilité concerne *tout administrateur ou tout gérant*[12], quelle que soit la façon dont il a été désigné et quels que soient les pouvoirs réels dont il dispose au sein de la société.

Personnes physiques comme personnes morales répondent de manière identique de leurs éventuelles fautes[13] [14].

Actifs et non-actifs répondent pareillement de leurs actes[15]. Et aucune distinction ne doit être faite selon que l'administrateur est actionnaire/associé.

[12] Ainsi que les éventuels *membres du comité de direction des SA* (voir la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition; sur cette loi et ses modifications, voir l'analyse détaillée d'E. POTTIER et T. L'HOMME intitulée «La loi 'corporate governance' du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés» in *R.D.C.*, 2005, liv. 4, pp. 311-355, et plus spécialement pp. 334 et s.).

[13] On rappelle qu'une personne physique comme une personne morale peut être administrateur d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL; autrefois, seule une personne physique pouvait être gérant d'une SPRL en vertu d'une limitation expresse inscrite à l'article 255 ancien C. Soc. La loi «*corporate governance*» du 2 août 2002 a modifié cet article 255 en supprimant le mot «physique», autorisant dès lors une personne morale à gérer une SPRL.

[14] La même loi introduit un second paragraphe à l'article 61 C. Soc., prévoyant expressément que la personne morale administrateur d'une société doit désigner une personne physique chargée de l'exécution de cette mission pour ses nom et compte; ladite personne encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale représentée.

L'objectif poursuivi par les auteurs du projet «*corporate governance*» (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin. 2001-200, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12) est d'éviter qu'une personne physique puisse échapper totalement à sa responsabilité de dirigeant, ou à tout le moins rendre plus complexe la mise en cause de sa responsabilité, par le biais de la désignation, au poste d'administrateur, d'une société qu'elle contrôle plutôt que d'elle-même directement. Ce stratagème lui permettrait de se protéger, de masquer sa responsabilité, tant vis-à-vis des actionnaires que des créanciers, de modifier substantiellement l'appréciation des risques et de faire obstacle aux garanties d'indépendance requises des administrateurs.

La modification apportée accroît non seulement la protection des tiers (la solidarité implique que le dommage puisse être réclamé à la personne morale comme à son représentant physique), mais également le sens des responsabilités du représentant.

[15] Voir par exemple Comm. Termonde (3e ch.), 6 décembre 1999 (*J.D.S.C.*, 2001, n° 315, p. 194; T.R.V., 2000, p. 40 et note) en ces termes: «*Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la politique de la société. En effet, les*

En outre, ni une éventuelle incompétence technique, ni le motif philanthropique pour lequel il aurait accepté sa mission, ni d'éventuelles absences au sein du conseil ne pourraient limiter la responsabilité d'un administrateur ou d'un gérant[16].

Ainsi, il a été jugé que l'obligation d'établir des comptes annuels est une obligation qui incombe aux administrateurs, et qu'ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité pour l'établissement de comptes annuels inexacts en invoquant qu'ils n'ont pas collaboré activement à l'élaboration de ces comptes et que ceux-ci ont été rédigés par l'expert comptable de l'entreprise et vérifiés et approuvés par le réviseur[17].

Certains administrateurs invoquent qu'ils ne bénéficient pas de l'indépendance requise; ils sont soumis à des pressions, exercées sans rapport avec l'intérêt de la société qu'ils dirigent. Il en va ainsi parfois des administrateurs publics, c'est-à-dire des mandataires désignés par les pouvoirs publics dans les sociétés que ceux-ci contrôlent et auxquelles ils portent

administrateurs doivent exercer eux-mêmes leur mandat et ne peuvent jamais se faire remplacer de manière permanente par un mandataire comme cela fut le cas en l'espèce. (...) C'est déjà en soi une faute grave de prêter son nom et, sans s'occuper effectivement de l'administration de la société, d'en confier totalement la gestion de fait à un mandataire.». Voir également Gand (7e ch.), 8 février 2001(*J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211et note M.A. DELVAUX intitulée «De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité»): «*En tant qu'unique gérante, elle ne peut se cacher derrière les manquements du gérant de fait auquel elle abandonna la gestion «sans aucunement se soucier du fonctionnement de la société» (voir sa déclaration dans le procès-verbal no 10282)*». Voir enfin Gand (7e ch.), 9 mai 2005, T.R.V., 2005, liv. 7, p. 480 et J.D.S.C., 2007, p. 61 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les trois missions du dirigeant et le délai de prescription de sa responsabilité): «(...) *Les autres administrateurs disent ne plus avoir été au courant de rien à partir du mois de mars 1984. Néanmoins, des administrateurs ne peuvent pas échapper à leur responsabilité en invoquant qu'ils ne se sont pas occupés des affaires de la société. Un administrateur est tenu de suivre les affaires de la société. S'il n'en a pas matériellement ou intellectuellement la possibilité, il doit refuser le mandat d'administrateur (J. RONSE, «Overzicht van Rechtspraak 1978-1985, Vennootschappen», T.P.R., 1986, 201).* (...) *L'administrateur doit exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société*».

[16] «*Un administrateur distrait, inactif, incompétent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations des L.C.S.C. ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même s'il n'en a pas connaissance*» (O. RALET, *op. cit*, p. 97 et J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 312).

Voir notamment Liège, 1 décembre 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 280; Anvers, 29 septembre 1981, *R.P.S.*, 1981, p. 89, n° 6180, note P.C.; voir aussi sur ce point J.-L. FAGNART, "La responsabilité civile. Examen de jurisprudence 1968 à 1975", *J.T.*, 1976, p. 591.

[17] Comm. Hasselt (4e ch.), 25 juin 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 580, p. 234, et note M.A. DELVAUX intitulée «C'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui! Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou in solidum, l'intervention d'un garant: autant de voies utiles au fautif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale?», *T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 81 et note J. VANROYE.

un intérêt particulier. Il peut en aller de même des cadres d'une entreprise chargés d'occuper un siège au conseil d'administration d'une filiale.

Ni pour ces cadres d'entreprise, ni pour les administrateurs publics n'existent des règles dérogatoires au droit commun[18].

Leur responsabilité pourra être engagée, en fonction des circonstances. C'est au pouvoir judiciaire qu'il appartiendra d'apprécier celles-ci.

3.2. Dirigeants de droit et dirigeants de fait

9. La seconde conséquence du fait que la responsabilité est attachée *à la fonction* est que ceux qui *exercent en fait* la fonction d'administrateur ou de gérant, sans avoir été désignés par l'organe compétent de la société, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit[19].

Le législateur l'a expressément prévu dans le cadre de l'action en comblement de passif (*infra*, nos 70 et S.) en visant «toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer/d'administrer la société»[20].

La vraie difficulté est de définir quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux administrateurs ou aux gérants[21]. Selon P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, pour être qualifié

[18] La situation des administrateurs publics a spécialement retenu l'attention de la doctrine. Celle-ci est généralement d'avis qu'il faut veiller à sauvegarder le sens des responsabilités de tous les administrateurs, quels que soient les actionnaires qu'ils représentent; le conseil d'administration forme un collège et toute différenciation fondamentale entre ses membres irait à l'encontre des principes élémentaires d'une saine gestion sociétaire. L'écueil à éviter est la création artificielle d'une caste d'intouchables, la mise en place d'une République des féodalités... (M.-L. STEINGERS, «Le statut légal des administrateurs publics», *J.T.*, 1980, p. 576; voir aussi du BUS de WARNAFFE, intervention au colloque sur la discontinuité des entreprises, Actes du colloque organisé à Bruxelles les 18 et 19 avril 1983, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, p. 231).

[19] Voir l'arrêt rendu en matière de banqueroute par la Cour de cassation le 2 décembre 1963, *R.P.S.*, 1965, p. 13, même s'il a été rendu en matière pénale; voir également, en matière civile, Anvers, 28/04/1997, *T. Not.*, 1997, p. 521, en abrégé; voir enfin les observations formulées par la Commission bancaire dès l'année 1970 (Rapport de la Commission bancaire, 1971, pp. 148-149); voir enfin Comm. Gand (6e ch.), 22 juin 2006 (*T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 281 et *J.D.S.C.*, 2008, n° 846, p. 180) qui considère que s'il est établi que le gérant de droit ne s'est en réalité pas occupé de la gestion de la société et qu'il l'a confiée à l'unique associé, ce dernier est considéré comme un gérant de fait et assume les mêmes responsabilités que le gérant de droit.

[20] Articles 265, § 1, al. 1, 408, § 1, al. 1 et 530, § 1, al. 1 C. Soc.

[21] Les membres d'un 'Comité de direction et de surveillance' ne prenaient pas d'initiative. Ils ne signaient pas de documents, ne jouissaient d'aucune délégation de pouvoir. Ils ne s'immisçaient pas dans la gestion. Leurs interventions extérieures se plaçaient uniquement dans le cadre de 'bons offices'. Ils ne sont pas des administrateurs de fait, même s'ils ont siégé avec les membres du Conseil d'administration (Liège, 1er décembre 1969, *R.P.S.*, 1971,

de mandataire de fait, «*il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées* (devenu art. 522 C. Soc.), *que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait*»[22].

O. Poelmans distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur ou gérant de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents[23]:

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance[24].

pp. 280 et s. et spéc. p. 289). En revanche, est bien un dirigeant de fait, celui qui a seul les contacts avec la clientèle, établit et signe les devis et contrats, fixe les prix, dirige et surveille le personnel, a la signature de tous les comptes et peut opérer tout transfert de fonds, se fait verser, outre un appointement fixe, une commission et ce, sans être couvert par une décision préalable de la gérante, un vote de l'assemblée générale ou une convention, s'attribue des frais de transport auxquels il n'a pas droit et est seul compétent pour prendre les décisions importantes de la vie sociale (Comm. Bruxelles (4ème ch.), 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524).

[22] P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 793, n° 130.

[23] O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8e ch.), 01/03/1997, *DAOR*, n° 43, p. 78. Cet auteur se réfère notamment à l'arrêt célèbre rendu par la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire Bodart-Fittings (Bruxelles, 14 septembre 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 171 et note; *T.R.V.*, 1989, p. 55 et note J. LIEVENS), en ces termes: «*La Cour rappelle d'abord que la qualité d'administrateur de fait apparaît lorsque quelqu'un, en toute indépendance et liberté, réellement et de manière positive, a pris en main l'administration de la société par la fixation de la politique commerciale et de l'organisation du personnel, la conclusion de contrats, l'achat de matériel, la participation à l'administration technique et administrative et le fait de contracter des emprunts. Les abstentions et les négligences pas plus que les suggestions, les conseils et la surveillance légale (par exemple comme fournisseur de crédit ou comme caution) ne suffisent pour caractériser une administration de fait*». P. COPPENS et F. t'KINT soulignent que la Cour adopte ainsi une conception très restrictive de la notion d'administrateur de fait («Les faillites, les concordats et les privilèges», Examen de jurisprudence (1984-1990), *R.C.J.B.*, 1991, p. 489). Voir également M. DONY, «La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficultés», *J.T.*, 1990, p. 670.

[24] En ce sens, O. POELMANS signale que le délégué d'une organisation syndicale organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine n'agit pas en qualité d'indépendant puisqu'il reste dans les liens de subordination l'unissant à son syndicat; il ne peut donc être considéré comme administrateur de fait ni tenu responsable des désordres de la gestion (Comm. Liège, 17 mai 1983, *Jur. Liège.*, 1983, p. 449 et note P. FRANÇOIS).

L'administrateur ou gérant de fait est donc celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de direction et d'administration.

10. La qualification d'administrateur ou gérant de fait suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel[25]. Ainsi, «*la notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires du franchisé puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seules forces du franchisé ne lui permettent pas d'obtenir*»[26]; elle implique que le franchiseur ne peut être qualifié d'administrateur ou gérant de fait du franchisé que lorsqu'il prend «*des initiatives dépassant le cadre contractuel de la franchise, en posant des actes que n'auraient pu poser que les administrateurs, par exemple en signant des documents, en assistant aux réunions du conseil d'administration, en donnant directement des instructions au personnel, en imposant des prix à la revente, etc... aliénant ainsi la nécessaire indépendance que doit pouvoir conserver la société franchisée*»[27].

11. On recommandera utilement aux personnes qui sont appelées à conseiller ou surveiller une société de ne jamais franchir la frontière qui sépare l'avis ou l'observation de la prise de décision. Par exemple, les banquiers ou les fournisseurs exclusifs devront faire preuve d'une prudence particulière[28]. L'État lui-même doit se montrer circonspect: il a été condamné comme administrateur de fait d'une société dans laquelle il avait désigné un 'manager de crise'[29]. Par contre, il a été jugé que le simple fait pour un associé de déposer le bilan de la société alors que celle-ci n'a plus de gérant ne suffit pas à permettre de le considérer comme dirigeant

[25] O. RALET, *op. cit.*, p. 70; J.Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 88.

[26] D. MATRAY, «Introduction générale», *in Le contrat de franchise*, CDVA Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 8.

[27] Mons (1re ch.), 13 janvier 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 588, p. 264 et obs. M.A. DELVAUX, *DAOR*, 2002, liv. 64, p. 377. Le premier juge avait considéré le franchiseur comme administrateur de fait de son franchisé et avait été condamné dans le cadre de l'action en comblement de passif.

[28] La désignation par un banquier d'un expert indépendant chargé de surveiller les travaux ne transforme pas le banquier en administrateur de fait. Les banques ne sortent pas de leur rôle de bailleur de fonds en imposant aux crédités des mesures de contrôle technique adaptées à la mesure du crédit et destinées à assurer une surveillance normale de celui-ci (Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 184).

[29] Comm. Bruxelles (5e ch.), 22 oct. 1983, *J.T.*, 1983, p. 113.

de fait[30]. De même, il a été jugé que le banquier qui exerce un contrôle étroit sur la gestion en payant les factures du crédité sur la base de pièces justificatives lui remises par ce dernier et en exigeant que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits octroyés soient soumises à son accord préalable, ne sort pas de son rôle de dispensateur de crédit et ne peut être qualifié d'administrateur de fait[31].

4. La prescription des actions en responsabilité contre les dirigeants

12. L'article 198, alinéa 4 C. Soc. prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants[32] se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol[33] [34].

[30] Liège (7e ch.), 17 décembre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 204, p. 250; *J.L.M.B.*, 1998, p. 583; cette décision réforme Comm. Namur, 20 novembre 1995, *Rev. prat. soc*, 1996, p. 349 et note M. DE WOLF.

[31] Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 587, p. 261et note M.A. DELVAUX «L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire? contre qui?»; *R.D.C.*, 2003, liv. 1, p. 21 et note J . BUYLE et M. DELIERNEUX. Ce jugement cite O. RALET, *op. cit.*, pp. 69 et 70, n° 46; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 86 à 89, n° 50.

[32] Ainsi que contre les membres du conseil de direction et les membres du conseil de surveillance d'une société européenne, depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 1er septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne (voir l'article 15).

[33] Sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer selon que les défendeurs ont ou non pris part au dol (Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 143).

[34] Il a été jugé que «*Le bref délai de prescription de cinq ans pour les actions en responsabilité à l'encontre des administrateurs (article 198 du Code des sociétés) qui déroge au droit commun ne constitue aucune violation du principe constitutionnel d'égalité. La ratio legis de ce bref délai est de ne pas laisser trop longtemps les administrateurs dans l'incertitude quant à leur responsabilité, dans l'intérêt du commerce.*» (Gand (7e ch.), 9 mai 2005, T.R.V. 2005, liv. 7, 480 et J.D.S.C., 2007, p. 61). Plus récemment, la Cour constitutionnelle a été interrogée sur la question de la compatibilité de l'article 198, §1er, quatrième tiret du Code des sociétés avec les articles 10 et 11 de la Constitution et a souligné, dans un arrêt n° 47/2007 du 21 mars 2007 (*J.D.S.C.*, 2007, n° 778, p. 69 et note M.A. DELVAUX intitulée «Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs»), qu'il existe une justification objective et raisonnable dans la différence de traitement des victimes que cette disposition instaure, selon que la faute génératrice du dommage qu'elles subissent constitue ou non une faute commise dans le cadre de la gestion d'une société, confirmant la parfaite conformité au principe d'égalité et de non-discrimination.

Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs/gérants[35], quel que soit son fondement juridique[36].

Si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle implique que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action publique.

La responsabilité peut être fondée indifféremment sur un fait positif ou sur une abstention fautive. En effet, il ne convient pas de s'arrêter au sens littéral du mot «*faits*» utilisé par le législateur[37], ce terme englobant tant l'action que l'omission.

Citons, à titre d'exemples d'omissions fautives:

- responsabilité d'un administrateur en raison de la non-validité d'une souscription lors d'une augmentation du capital [38];
- responsabilité des dirigeants pour faute de gestion s'identifiant au fait d'avoir omis, durant plusieurs années, d'inscrire dans les comptes annuels une provision pour le risque de condamnation au paiement de redevances échues [39];
- responsabilité des dirigeants qui ont omis, durant plusieurs années, de «tirer la sonnette d'alarme» selon le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés [40];
- responsabilité des dirigeants qui ont omis d'adapter le capital de la société gérée aux nouvelles exigences légales[41].

13. Établir le point de départ de la prescription quinquennale de la responsabilité des dirigeants de sociétés peut poser des difficultés dans cer-

[35] Très curieusement, la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition n'a pas étendu aux membres du comité de direction des SA le délai de prescription quinquennal. Il s'agit là certes d'un oubli, mais avec des conséquences non négligeables.

[36] J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1ère éd., 1954, n° 636, p. 405.

[37] Selon l'article 198, § 1 du Code des sociétés: «*Sont prescrites par cinq ans: (...) – toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits*».

[38] Cass. 29 mai 1980 (Ost / SA Le Patrimoine), *Arr. Cass.*, 1979-80, p. 1201, note; *J.C.B.*, 1980, p. 563, note A. STRANART; *Bull.*, 1980, p. 1190, note; *J.T.*, 1980, p. 653; *Pas.*, 1980, I, p. 1190, note; *R.W.*, 1980-81, p. 2017; *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 21, note J. NELISSEN.

[39] Bruxelles (9e ch.), 21 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 575, p. 211 et note M.A. DELVAUX intitulée «Le point de départ du délai de prescription quinquennal des actions en responsabilité des dirigeants: analyse de deux applications pratiques», *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1271.

[40] *Ibidem.*

[41] Voir par exemple Liège, 14 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1260 et Comm. Hasselt, 26 novembre 2002, *J.D.C.S.*, 2004, n° 574, p. 208 et obs. M.A. DELVAUX; *NjW*, 2003, liv. 31, p. 567 et note H. DE WULF

taines espèces. Le délai de 5 ans prend normalement cours à la date des faits, et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables[42]. La prise de cours du délai peut cependant être retardée dans deux hypothèses:

- lorsqu'il est établi que les faits sur lesquels repose la demande ont été celés par dol, et ce même si la dissimulation n'est pas imputable au dirigeant concerné[43]; dans ce cas la prise de cours du délai quinquennal est postposée à la date de la découverte de ces faits;
- lorsqu'on constate que le dommage résulte d'un ensemble de faits fautifs successifs et indivisibles, ou du maintien d'une situation fautive; dans ce cas le délai ne prend cours qu'au jour de l'accomplissement du dernier fait indivisible[44] ou au jour de la cessation de la situation illégalement maintenue.

L'indivisibilité doit être appréciée avec une certaine rigueur. Ainsi, c'est selon nous à bon droit que la cour d'appel de Bruxelles a précisé que l'obligation d'établir des comptes fiables est annuelle, et que l'omission corrélative constitue une faute spécifique, susceptible de se répéter chaque année. Puisqu'il ne s'agit pas d'un ensemble de fautes successives et indivisibles, le délai de prescription prend cours séparément pour chaque faute à la date à laquelle elle a été commise, à savoir le jour de la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale[45].

5. Démission, révocation et échéance du terme

14. Désigné par les statuts ou nommé par l'assemblée générale, et investi par le même fait de ses pouvoirs de gestion, le dirigeant qui n'est plus en accord avec le conseil d'administration et qui veut éviter de participer à des décisions qui pourraient engager sa responsabilité peut choisir unilatéralement, et donc sans l'accord des associés, de *démissionner* à tout moment.

La démission ne peut toutefois intervenir «à contretemps», c'est à dire à un moment où elle porte préjudice à la société.

[42] La prise de cours du délai diffère donc du régime de droit commun instauré par l'article 2262*bis* du Code civil.

[43] Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note STRYCKMANS.

[44] Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, II, p. 180; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1972-1978)», *R.C.J.B.*, 1981, p. 392, n° 67.

[45] Bruxelles (9e ch.), 21 novembre 2002, *op. cit.*

Exemples:

- dans une SA, la démission entraîne une réduction du nombre de membres du conseil d'administration en deçà du minimum légal fixé à trois;
- dans une SPRL dans laquelle les statuts fixent que le nombre des gérants ne peut être inférieur à cinq, la démission entraîne une réduction du nombre des gérants entraînant une violation des statuts.

Dans certains cas, l'administrateur qui souhaiterait démissionner devra donc poursuivre sa mission jusqu'à ce qu'il soit remplacé.

À noter par ailleurs que la démission d'un administrateur peut être fautive si elle se révèle une fuite et un abandon aux mains d'administrateurs dont le démissionnaire désapprouve les méthodes[46].

15. L'assemblée générale doit prendre acte de la démission intervenue et veiller si nécessaire au remplacement du démissionnaire, outre que la démission doit être publiée au Moniteur belge[47]. Comme le souligne M. COIPEL[48], il serait opportun que les sociétés prévoient expressément dans leurs statuts les modalités selon lesquelles s'opère la démission, puisque le Code des sociétés n'en touche mot. Ainsi, il peut être utile de prévoir un délai déterminé dans lequel l'assemblée générale doit se réunir et pourvoir au remplacement du démissionnaire, sous peine de voir celui-ci totalement dépendant de la société qu'il quitte et qui peut tarder à désigner un nouveau gestionnaire, avec la lourde responsabilité corrélative du démissionnaire. À tout le moins, devrait-on reconnaître au dirigeant démissionnaire le droit, même après sa démission, de procéder seul à la convocation d'une assemblée générale ayant cet objet. S'il persiste à porter une lourde responsabilité postérieurement à sa décision de quitter la société, il faut au minimum lui reconnaître les moyens de l'assumer d'une part, d'y mettre un terme définitif d'autre part.

16. L'assemblée générale qui n'accepte plus la manière de gérer de l'administrateur ou du gérant peut également décider de *révoquer* un administrateur.

[46] Pour une illustration, voir Liège, 8 mai 2003 (*J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70) qui ajoute que l'administrateur sur le départ doit justifier sa décision auprès de l'assemblée générale et dénoncer les faits précis qui motivent sa décision.

[47] Article 74, 2°a C. Soc.

[48] M. COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. Not.*, Tome XII, Livre IV, et Larcier, 1997, n° 296, p. 261; pour l'édition 2008, voy. n° 296, p. 468.

17. Enfin, le mandat de gestion prend fin au *terme fixé*, si le dirigeant n'est pas reconduit dans ses fonctions.

18. Dans ces trois hypothèses (démission, révocation, arrivée du terme), jusqu'à quel moment précis la responsabilité du dirigeant peut-elle être engagée ?

À l'égard de la société, la démission, acte unilatéral et non formaliste, a un effet immédiat.

Il en est de même de la révocation. Le dirigeant demeure évidemment tenu à l'égard de sa mandante de la gestion antérieure à la fin de sa mission, même si le dommage ne se produit qu'après celle-ci[49]. Mais il ne peut voir sa responsabilité engagée pour les actes ou omissions fautifs du conseil d'administration postérieurs à la fin de sa mission.

À l'égard des tiers par contre, démission et révocation ne produisent leurs effets qu'à compter de la publication aux annexes du Moniteur belge[50], à moins que les tiers en aient eu connaissance avant cette publication. La Cour d'appel de Bruxelles, après avoir rappelé que la démission du gérant d'une SPRL ne le dégage pas de toute responsabilité à l'égard des créanciers de la société à partir de cette date puisque l'acte de démission n'est opposable aux tiers qu'à partir de sa publication aux Annexes du *Moniteur belge*, a ainsi jugé que ce gérant *«ne peut, au seul motif qu'il a donné sa démission, se désintéresser du sort de la société jusqu'à son remplacement. Jusqu'à ce remplacement, il conserve, en principe, la possibilité et l'obligation de faire l'aveu de la faillite si les conditions lui paraissent réunies.»*[51].

Quant à l'échéance du terme du mandat, elle libère le dirigeant de toute responsabilité *à l'égard de la société* pour les conséquences préjudiciables d'un acte fautif ou d'une omission fautive future du conseil d'administration, et ce de manière immédiate et sans formalité. La société ne pourra donc plus reprocher au dirigeant des fautes du conseil d'administration postérieures à la fin de sa mission ; il reste évidemment tenu de la gestion antérieure à la fin de sa mission, même si le dommage ne se produit qu'après celle-ci.

À l'égard des tiers par contre, il convient selon nous d'opérer quelques distinctions :

[49] Dans l'hypothèse (d'école ?) où le dirigeant aurait poursuivi sa mission de gestion après sa démission ou sa révocation, on note que sa faute engagerait sa responsabilité comme *administrateur de fait*.

[50] Article 76, alinéa 2 C. Soc.

[51] Bruxelles, 24 février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 408, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX, *Juristenkrant* 2000 (reflet D. BLOMMAERT), liv. 20, p. 4 ; *Rev. prat. soc.* 2000, 258, note W. DERIJCKE.

- La durée du mandat des dirigeants déjà choisis et inscrits dans l'acte constitutif de la société est opposable aux tiers par le biais de la publication de cet acte constitutif. De même, si la durée du mandat est précisée dans l'acte de nomination des dirigeants qui est publié aux annexes du Moniteur belge, elle est opposable aux tiers. Dans ces deux hypothèses, la fin du mandat est opposable *de plein droit* aux tiers sans formalité ou publication complémentaire, la nomination *à durée déterminée* ayant déjà fait l'objet d'une publication. Cependant, l'article 69, 9° du Code des sociétés n'impose pas que la durée du mandat soit publiée en même temps que le nom des dirigeants et l'indication de leurs pouvoirs.
- Si la durée du mandat des dirigeants n'a pas été publiée d'initiative, et même si l'article 74, 2°, a ne l'exige pas expressément[52], il est indispensable de publier l'arrivée du terme et la fin corrélative du mandat pour la rendre opposable aux tiers.

Généralement, la publication de l'arrivée du terme du mandat se fait concurremment avec la publication de la nomination du ou des nouveaux administrateurs ou la prolongation de leur mandat.

19. Pour assurer une plus grande sécurité juridique, il est conseillé de procéder à la publication systématique de toute cessation de mission d'un dirigeant, quelle que soit sa cause (démission, révocation, échéance du terme) et, relativement à ce troisième cas, même si la durée du mandat a déjà été publiée.

6. La juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants

20. En vertu de l'article 574, 1° du Code judiciaire tel qu'il est formulé depuis la loi du 7 mai 1999[53], le tribunal de commerce est matériellement

[52] La «cessation des fonctions» qui doit être publiée selon cette disposition vise uniquement les hypothèses de démission et de révocation, et non celle de l'arrivée du terme fixé (P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, T. I, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 471, n° 370).

[53] On note que la loi du 26 janvier 2009 modifiant le Code judiciaire concernant la continuité des entreprises (*M.B.*, 9 février 2009) apporte des modifications au Code judiciaire qui dépassent la 'simple' question de la continuité des entreprises et de l'article 574, 2° puisqu'elle complète également l'article 574, 1° en attribuant désormais au tribunal de commerce la compétence de connaître des conflits au sein de *sociétés civiles à forme commerciale* (alors que ces sociétés n'ont pas la qualité de commerçant et ne peuvent par exemple être attraites devant la juridiction commerciale). Sans doute est-ce un *premier pas* vers l'as-

compétent pour connaître des contestations pour raison d'une société de commerce entre :

- sociétés et administrateurs ou gérants,
- administrateurs et gérants (entre eux),
- administrateurs ou gérants et tiers,
- administrateurs ou gérants et associés.

Tout type de contestation, quel que soit son objet et quelle que soit l'identité du demandeur est ainsi visé, contrairement au régime en vigueur avant 1999 qui ne comprenait pas les litiges entre sociétés et dirigeants[54] ni les litiges entre tiers et dirigeants, qui relevaient de la compétence ordinaire du tribunal de première instance.

21. Territorialement, et à défaut de disposition impérative ou d'ordre public particulière, c'est l'article 624 du Code judiciaire qui s'applique à savoir que la juridiction saisie est, *au choix du demandeur*, celle du domicile du ou d'un des défendeurs, celle du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées, celle du *domicile élu* ou celle de la signification à personne (ces deux dernières hypothèses sont peu fréquentes).

Il aurait bien sûr été intéressant que seule soit compétente la juridiction commerciale dans le ressort de laquelle la société dirigée par l'administrateur ou le gérant dont on souhaite mettre en cause la responsabilité a son siège social. C'est en effet là que réside toute l'information relative à cette société commerciale et qui pourrait s'avérer utile.

III. La responsabilité envers la société

1. La décision d'introduire une action sociale

22. Hors l'hypothèse de l'action minoritaire[55], c'est l'assemblée générale qui décide d'introduire une action en responsabilité contre les administrateurs et gérants; compétente pour accorder la décharge, elle est en effet

similation des sociétés à objet civil aux sociétés à objet commercial, qui ravira les auteurs de doctrine qui préconisent depuis longtemps l'application de la faillite à toutes les personnes morales, à objet civil ou commercial, avec ou sans but de lucre.

[54] À moins d'assimiler la société à ses associés, ce que nous avons critiqué *supra*.

[55] Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du C. Soc.

également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale[56].

23. Cette décision doit intervenir *avant* l'introduction de la demande en justice[57]; elle est exigée *même dans les sociétés familiales*[58].

Cette exigence ne met pas en doute le mandat *ad litem* du conseil de la société (article 440 du Code judiciaire) mais impose, pour que l'action soit recevable, de vérifier que l'organe compétent, à savoir l'assemblée générale, a décidé *expressément* qu'une action sera introduite.

Il s'agit donc d'une question de *recevabilité*, et plus précisément de pouvoir d'introduire une procédure judiciaire au nom de la société[59]. En effet, les articles 289 (SPRL), 415 (SCRL) et 561 (SA) précisent que la demande ne peut être introduite qu'après la décision de l'assemblée générale; en l'absence d'une telle décision, la société (via ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la *qualité* nécessaire au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire l'action sociale. En restreignant leur pouvoir de représentation, les articles 289, 415 et 561 du Code des sociétés constituent dès lors une limitation légale à la compétence du conseil d'administration et des gérants. Cette limitation du pouvoir de représentation de l'organe «*est non seulement*

[56] Cass. (1re ch.), 25 septembre 2003, *DAOR*, 2004, liv. 67, p. 44 et note, *T.R.V.*, 2004, liv. 1, p. 35 et note J. VANANROYE, *R.D.C.*, 2005, p. 382 et note S. GILCART intitulée «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale»: Lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de l'assemblée générale, l'action sociale dirigée contre l'administrateur d'une société au nom de la société peut être rejetée à la demande de cet administrateur, même si elle a été portée devant le tribunal à l'intervention d'un organe compétent; Anvers, 1er mars 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 615; Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et note M.A. DELVAUX; Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et note B. VAN BRUYSTEGEM, *J.D.S.C.*, 2002, n° 378, p. 87 et note J.F. GOFFIN et E. VIATOUR; voir également J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS, H. LAGA, « Vennootschappen (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, n° 259, p. 1280; voir également J. RONSE et al., «Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, n° 203, p. 824; K. BYTTEBIER, «II, Vennootschappen, De N.V.», in *Recht voor de Onderneming*, II.31, p. 42.

[57] Voir notamment Comm. Hasselt (1re ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et *T.R.V.*, 2000, p. 184.

[58] Comm. Hasselt, 3e ch., 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note de B. VAN BRUYSTEGEM qui suit cette décision, intitulée «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», pp. 188 et s.

[59] Anvers, 1er mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *DAOR*, 2000, n° 54, p. 126.

opposable aux tiers mais peut également être invoquée par ceux-ci à l'encontre de la société»[60].

Dans la mesure où la qualité du demandeur doit être appréciée au moment où il introduit l'action, la ratification ultérieure de la demande par l'assemblée ou les curateurs ne peut faire obstacle à l'irrecevabilité de la demande.

Par contre, lorsque c'est le curateur qui introduit *l'actio mandati*, aucune délibération préalable de l'assemblée générale n'est requise[61].

24. La décision d'intenter l'*actio mandati* à l'encontre des membres du comité de direction d'une SA appartient au seul conseil d'administration[62].

2. La décharge susceptible de libérer les dirigeants de leur responsabilité envers la société

25. Chaque année, l'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu le rapport de gestion, le rapport des commissaires et discuté le bilan, doit se prononcer par un vote spécial sur la décharge des administrateurs ou des gérants[63]. Cette décharge libère les administrateurs ou gérants de la responsabilité qu'ils auraient pu encourir envers la société pour les actes accomplis au cours de l'exercice écoulé, qu'il s'agisse de fautes simples de gestion ou de violations du Code des sociétés ou des statuts[64] [65], sauf en cas d'exercice de l'action sociale minoritaire par des actionnaires n'ayant

[60] S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», note sous Cass. (1re ch.), 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 386. L'auteur rappelle que les limites *statutaires* aux pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont par contre qu'une portée interne et ne peuvent être opposées aux tiers ou invoquées par eux.

[61] J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, *op. cit.*, n° 262, p. 1281.

[62] *Doc. Parl.*, Ch., 2002-2003, n° 1211/1001, p. 13.

[63] Articles 282 et 284 (SPRL), 411 (SCRL) et 552 et 554 (SA) du C. Soc. À noter que pour les SCRL, et comme par le passé, le Code n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale; mentionnant toutefois expressément que l'assemblée générale doit discuter les comptes annuels, cette exigence d'annualité s'impose d'elle-même.

Pour une étude détaillée des modalités et implications juridiques de la décharge, on conseille la lecture de l'article d'A. GOEMINNE intitulée «Kwijting van bestuurders en zaakvoerders», parue dans *R.W.*, 1995-96, II, pp. 1001 à 1021.

[64] Sur ces notions, voir *infra*.

[65] Sauf stipulation expresse contraire, la décharge ne couvre pas les fautes aquiliennes des dirigeants. La prudence invite donc à indiquer expressément que la décharge couvre toutes les fautes des dirigeants, quel que soit leur fondement, et donc y compris la responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

pas voté la décharge ou dont la décharge accordée a été ultérieurement invalidée[66].

26. Encore faut-il, pour que l'effet souhaité se produise, d'une part que le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie[67] dissimulant la situation réelle de la société, d'autre part que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation[68]: les actionnaires doivent en effet pouvoir apprécier la gestion *en connaissance de cause*[69] [70]. À noter toutefois que la décharge peut être acceptée même en cas d'inexactitudes ou de dissimulations dans le bilan si l'assemblée générale a été informée, par une voie différente, de la situation réelle de la société[71]. De manière générale, les omissions et indications fausses qui n'ont pas eu pour effet d'induire l'assemblée générale en erreur restent sans incidence sur la validité de la décharge[72].

Les articles 284, alinéa 2 (SPRL), 411, alinéa 2 (SCRL) et 554, alinéa 2 (SA) prévoient que doivent être mentionnés dans la convocation, outre les actes faits en-dehors de statuts, les actes faits «*en contravention du présent code*». Cette exigence n'existait pas dans les anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales et l'ajout est important puisqu'une condition complémentaire doit être remplie pour que le quitus donné par l'assemblée générale en cas de violation de la loi soit valable et libère les dirigeants à l'égard de la société.

27. La décharge valablement votée peut-elle être opposée au curateur? Personnage bicéphale, ce dernier représente à la fois la masse des créan-

[66] Voir *infra* et articles 290, § 1, alinéa 3 (SPRL), 416, §1, alinéa 3 (SCRL) et 562, alinéa 3 (SA) C. Soc.

[67] Omission, fausse indication, erreur,... .

[68] Articles 284, alinéa 2 (SPRL), 411, alinéa 2 (SCRL) et 554, alinéa 2 (SA) C. Soc.

[69] Voir notamment sur ce point, Cass., 12 févr. 1981, *J.D.S.C.*, 2000, n° 160, p. 137 et n° 199, p. 239, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 116, *Pas.*, 1981, I, p. 639.

[70] Ainsi, il a été jugé que ne peut invoquer le quitus qui lui a été donné à la fin de son mandat l'ancien administrateur qui est poursuivi par la société pour une dette impayée en compte courant, laquelle est née après une correction de la comptabilité rendue nécessaire après que quelques irrégularités aient été révélées, dans la mesure où la décharge a été donnée à un moment où l'assemblée générale n'était pas au courant de la situation comptable exacte (Gand, 12e ch. Bis, 9 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2006, n° 725, p. 87; *T.R.V.* 2004 (abrégé), liv. 1, p. 58 et note).

[71] Gand, 25, juin 1999, *JDSC*, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M.A. DELVAUX.

[72] Voir à ce sujet Cass., 12 février 1981, *J.D.S.C.*, 2000, n° 160, p. 137 et n° 199, p. 239; *R.P.S.*, 1981, p. 116; *Pas.*, 1981, p. 639; Comm. Bruxelles, 15 mars 1988, *R.P.S.*, 1988, p. 234.

ciers[73] et la société faillie elle-même[74]. En conséquence, les implications du vote par l'assemblée générale ordinaire de la décharge aux administrateurs/gérants devront être distinguées suivant la qualité en vertu de laquelle agit le curateur : opposable au curateur qui agit sur pied de l'*actio mandati*, la décharge n'est pas opposable au curateur qui introduit une action au nom de la masse des créanciers sur pied de la violation du Code ou des statuts, ou sur pied des articles 1382 et/ou 1383 du Code civil[75].

28. Il peut être utile de synthétiser, dans le tableau ci-après, les effets de la décharge selon l'identité du demandeur en justice et selon le fondement de son action.

	Faute simple de gestion dans le cadre du mandat confié au dirigeant	**Violation du Code ou des statuts**	**1382 et/ ou 1383 du Code civil**
Action sociale	Décharge libère à la double condition que le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie dissimulant la situation réelle de la société et que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation	Décharge libère à la double condition que le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie dissimulant la situation réelle de la société et que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation	Aucun effet

[73] À tout le moins ceux qui, suite à la faillite, ont fait leur déclaration de créance auprès de la curatelle dans le délai requis.

Les autres créanciers, non représentés par le curateur, conservent en principe leur droit individuel d'action ; ce droit est toutefois paralysé aussi longtemps que la faillite n'est pas clôturée, et, lorsque le failli est une société, disparaît inexorablement à la clôture ; seuls les créanciers de personnes physiques commerçantes retrouveront leur droit individuel d'action après la clôture de la faillite de leur débiteur, à moins que ce dernier n'ait été excusé par le tribunal.

[74] Sur cette double qualité, voir notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 247, n° 2686 ; P. COPPENS et F. t'KINT, « Les faillites, les concordats et les privilèges », Examen de jurisprudence (1984-1990), *R.C.J.B.*, 1991, pp. 318 et s. et spéc. n° 14 à 16.

[75] Voir la note de M. WYCKAERT, « De aaspraakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap », publiée sous Gand (12e ch.), 1er mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 434, et principalement les pages 446-447.

	Faute simple de gestion dans le cadre du mandat confié au dirigeant	**Violation du Code ou des statuts**	**1382 et/ ou 1383 du Code civil**
Action minoritaire[76]	Décharge votée par la société n'exclut pas l'action introduite par ceux qui ne l'ont pas votée ou dont la décharge accordée a été invalidée	Décharge votée par la société n'exclut pas l'action introduite par ceux qui ne l'ont pas votée ou dont la décharge accordée a été invalidée	Aucun effet
Curateur représentant la masse des créanciers	Pas de possibilité d'agir sur cette base	Aucun effet	Aucun effet
Curateur représentant la société faillie	Décharge libère à la double condition que le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie dissimulant la situation réelle de la société et que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation	Décharge libère à la double condition que le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie dissimulant la situation réelle de la société et que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation	Aucun effet
Tiers	Pas de possibilité d'agir sur cette base	Aucun effet	Aucun effet

3. La responsabilité pour faute de gestion

3.1. Définition de la faute

29. La société peut d'abord reprocher aux administrateurs ou aux gérants de mal exécuter le mandat qui leur a été confié. Elle invoquera alors les fautes de gestion qui ont été commises. Les administrateurs ou gérants en sont responsables suivant les conditions du droit commun du mandat[77],

[76] Voir *infra*.

[77] Articles 262 (SPRL), 408, alinéa 1 (SCRL) et 527 (SA) C. Soc.

le critère pour apprécier leur faute, acte positif ou abstention, étant celui de l'administrateur normalement diligent et compétent[78].

30. La *simple* faute de gestion est celle qui est commise dans l'exécution du mandat et qui consiste *«dans tout manquement à l'obligation que les administrateurs ont de gérer (...) en bon père de famille, c'est-à-dire en apportant à cette gestion tous les soins, toute la diligence avec lesquels un chef de famille est censé administrer le patrimoine familial»*[79]. La compétence spécifique qu'on peut attendre d'un administrateur implique l'application de critères plus rigoureux dans l'appréciation de ses fautes de gestion[80]. Comme on l'a indiqué (*supra*, n° 8) l'incompétence de l'administrateur n'est donc pas exonératoire[81].

31. On cite traditionnellement les exemples suivants de faute de gestion[82]:

- l'octroi de crédit à des personnes notoirement insolvables, et l'octroi de crédit ou de délais de paiement sans garantie suffisante, spécialement s'il s'agit de crédit accordé à un administrateur, gérant, commissaire ou cadre de la société concernée;
- la conclusion d'un contrat avec un entrepreneur non enregistré;
- le défaut de poursuite d'un débiteur avec une diligence suffisante;
- le défaut de surveillance d'un délégué à la gestion journalière ou d'un comptable[83];

[78] Voir ce qui sera dit ci-après (n° 32-33) quant au pouvoir d'appréciation du juge.

[79] *Étude sur la question de l'action sociale et de l'action individuelle des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Centre d'étude des sociétés anonymes, Bruxelles, 1937, p. 24.

[80] Liège, 1er décembre 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 281.

[81] Pour K. GEENS, c'est le régime commun de la responsabilité du professionnel à l'égard de son client qui est ici applicable. (K. GEENS, «Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders in kort bestek», in *Le risque entrepreneurial – Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, Bruxelles, VBO-FEB, p. 11.)

[82] Sur des exemples de faute de gestion, voir de façon générale, Ch. RESTEAU, *op. cit.*, t. II, n° 959 à 961, pp. 199 à 204; P. DE WOLF, «Variations sur la responsabilité des administrateurs», *DAOR*, 2005, p. 97; J.-M. DE BACKER et O. RALET, *op. cit.*, n° 56, pp. 65 et 66; Cl. PARMENTIER, *op. cit.*, n° 2, p. 743; C. del MARMOL, *Droit commercial terrestre*, cahier n° 8, La société anonyme, Libr. Univ. F. Gothier, 1979, p. 102; voir aussi, pour d'autres exemples tirés de la jurisprudence, notamment Comm. Leuven, 9 janvier 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 459; Comm. Charleroi (réf.), 11 juillet 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 959; Bruxelles, 1er février 1982, *J.D.S.C.*, 2000, n° 198, p. 236 et note M. CALUWAERTS, *RP.S.*, 1982 et note; Bruxelles, 16 juin 1981, *J.D.S.C.*, 1999, n° 49, p. 138, *R.P.S.*, 1981, p. 145; Comm. Bruxelles, 27 juin 1973, *RP.S.*, 1974, p. 164.

[83] Voir notamment Bruxelles, 1 février 1982, *J.D.S.C.*, 2000, n° 198, p. 236 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 219 et note.

- l'octroi d'avantages anormaux à un locataire ou, plus généralement, la conclusion d'opérations à des conditions désavantageuses pour la société sans motif, ou la réalisation de dépenses exorbitantes ou inconsidérée;
- les négligences qui consistent dans la non-exécution, en temps utile, de formalités nécessaires, tels le renouvellement d'une inscription hypothécaire ou d'une police d'assurance, le renouvellement d'un bail commercial, ...;
- le défaut de prendre les mesures utiles pour assurer, dans les délais, l'exécution d'un contrat de fournitures ou, à tout le moins, pour limiter les conséquences de l'inexécution d'un contrat;
- la conclusion d'opérations hasardeuses[84] ou d'opérations en devises étrangères purement spéculatives excédant l'objet social et hors la volonté du conseil d'administration et des actionnaires[85];
- la déclaration de faillite sans disposer du pouvoir de le faire, avec information des clients et des fournisseurs par télécopie et le fait de ne plus accomplir de prestations liées à la gestion[86];
- le fait de ne pas comptabiliser la créance de la société à son égard sur son compte courant et ainsi de ne pas respecter les obligations à l'égard des contributions, donnant ainsi la priorité à son intérêt personnel au mépris des intérêts de la société[87];
- la rédaction de factures comportant des mentions inexactes quant au nom et à l'adresse des personnes concernées, ce qui s'identifie à une infraction à la législation TVA dont l'administrateur d'une société commerciale est responsable à l'égard de la société[88].

3.2. Appréciation de la faute par le juge

32. La faute doit être appréciée en tenant compte des faits ou circonstances qui auraient dû être connus des administrateurs *au moment où ils ont décidé ou agi*, et non en tenant compte d'événements postérieurs qui auraient raisonnablement pu ou dû être prévus[89].

[84] Civ. Liège, 25 février 1966, *Jur. Liège*, 1965-1966, p. 243.

[85] Comm. Courtrai (5e ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 576, p. 218; *T.R.V.*, 2003, liv. 4, p. 417 et note J. VANANROYE.

[86] Comm. Courtrai (5e ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 576, p. 218; *T.R.V.*, 2003, liv. 4, p. 417 et note J. VANANROYE.

[87] Gand, 25 juin 1999, *JDSC*, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M.A. DELVAUX.

[88] Gand, 24 octobre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 403, p. 168 et note M.A. DELVAUX intitulée «La déduction fiscale comme charge professionnelle de l'indemnisation versée par un dirigeant à la victime de sa faute – société ou tiers – dans le cadre de sa responsabilité civile: bref aperçu», *F.J.F.*, 2001, p. 108 et dans *Fisc. Act.*, 2000 (reflet DESTERBECK F.), liv. 38, p. 7.

[89] J. RONSE et S. LIEVENS, *op. cit.*, t. II, n° 10, p. 193.

La faute sera aussi appréciée à l'aune de l'intérêt social conçu de manière plus ou moins extensive[90].

L'application des règles du mandat a un effet sur l'appréciation de la faute de l'administrateur, appréciée moins rigoureusement à l'égard de celui dont le mandat est gratuit, qu'à l'encontre de celui qui reçoit un salaire (art. 1992, al. 2 C. civ.). Les avantages, même indirects, que retire l'administrateur de son mandat, permettent d'en dénier la gratuité[91]. La jurisprudence assimile par ailleurs au mandataire rémunéré l'administrateur qui, en[92] vertu des statuts, peut percevoir une rémunération mais n'en perçoit pas en fait.

33. Le juge dispose d'un *large pouvoir d'appréciation* pour qualifier un comportement ou une abstention de fautifs. En effet, les dirigeants disposent d'une certaine marge de manœuvre dans la prise de décision et dans la gestion de la société, marge dans laquelle ils peuvent raisonnablement opter pour plusieurs solutions. Le juge appréciera dès lors les décisions et actions des administrateurs de façon marginale, sans pouvoir – tout comme l'expert qu'il aurait éventuellement désigné – substituer son opinion personnelle sur ce qui aurait été judicieux ou raisonnable de faire ou décider[93].

3.3. La responsabilité contractuelle et individuelle

34. La faute de gestion est une *faute contractuelle*: elle consiste pour un administrateur ou un gérant, à mal exécuter le mandat qui lui a été confié. L'action fondée sur le contrat est réservée exclusivement à la société. Elle suppose soit une décision de l'assemblée générale (action sociale), soit une action minoritaire[94], soit une initiative du curateur ou du liquidateur. Les tiers ne peuvent donc introduire ce type d'action, sauf s'ils l'intentent en lieu et place de la société qui reste en défaut d'agir (action oblique)[95]. Peuvent-ils néanmoins soutenir que la faute de gestion constitue en même

[90] P. DE WOLF, «Exercice du pouvoir et fonctionnement de la S.A.: un régime de liberté (moins) surveillée», *J.T.*, 2003, pp. 589-597, spéc. p. 590, n° 3 et les références citées.

[91] Liège, 1er décembre 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 281.

[92] Liège, 1er décembre 1969, *R.P.S.*, 1971, n° 5658, p. 280.

[93] Sur ce point, voir O. RALET, *op. cit*, pp. 77 à 81; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 103 à 108; J. RONSE et J. LIEVENS, *op. cit.*, n° 11, p. 194.

[94] Voir *infra*.

[95] Article 1166 du Code civil. À condition toutefois que l'assemblée générale n'ait pas préalablement donné décharge. Si toutefois cette décharge avait été donnée pour nuire aux créanciers, ceux-ci auraient alors le droit de faire déclarer nulle la délibération ainsi intervenue et d'intenter l'action (action paulienne, article 1167 du Code civil).

temps, à leur égard, une faute quasi délictuelle? Cette question est envisagée ci-après, dans la section consacrée à la responsabilité envers les tiers.

35. Chaque administrateur ou gérant ne répondra que de sa faute personnelle: la société devra démontrer la faute spécifique de celui ou de ceux qu'elle assignera. Aussi, les administrateurs ou gérants ne seront-ils tenus ensemble de la totalité du dommage invoqué par la société que s'ils ont, ensemble aussi, commis la faute qui a causé le dommage global.

4. La responsabilité pour violation du Code ou des statuts[96]

4.1. Définition de la faute

36. Les administrateurs et les gérants doivent exercer leur mission dans le respect, par eux-mêmes et par la société, des exigences légales comme des dispositions statutaires, sortes de 'lois' propres à la société selon sa spécificité; ils répondent dès lors des fautes qui consistent dans une violation des statuts sociaux ou du Code des sociétés[97]. On ne se situe plus seulement au niveau du mandat contractuel confié aux dirigeants, mais plus largement au niveau du respect des 'règles du jeu' sociétaire; ceci a, on le verra ci-après, des conséquences sur les titulaires de l'action.

37. L'introduction dans le Code d'obligations comptables a eu un impact non négligeable sur la responsabilité des administrateurs et gérants pour violation de la loi[98]. En effet, si par le biais de l'article 77 des L.C.S.C., renvoyant à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels et à ses arrêtés d'exécution, un certain nombre d'infractions aux dispositions du droit comptable était déjà sanctionné en tant

[96] De nombreux auteurs ont écrit d'intéressants développements sur cette question de la responsabilité des administrateurs pour violation de la loi ou des statuts. On en mentionne quelques-uns:
- J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 618 et s.;
- Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, tome II, 3e éd., Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 968 et s.;
- P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnele en matière économique» in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, éd. Jeune Barreau, 1978, p. 45 et s.;
- P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, n° 128, pp. 781 et s.;
- O. RALET, *op. cit*, pp. 96 et s.; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 131 et s.

[97] Articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) C. Soc.

[98] La même remarque vaut pour la responsabilité des commissaires, visée à l'article 140 du Code des sociétés.

qu' «infractions aux dispositions du *présent titre*» selon la formulation ancienne[99], l'intégration va plus loin aujourd'hui. Sont englobées dans le Code des dispositions comptables auxquelles ne renvoyait pas l'article 77 des L.C.S.C.; sont également englobées des violations du Code civil ainsi que de toute autre législation intégrée dans le nouveau Code.

On imagine dès lors le champ important qui s'ouvre à la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés pour violation *du présent Code*[100]; curieusement, l'ampleur de cette aggravation de la responsabilité civile a été largement ignorée dans l'exposé des motifs, seule une vision partielle, et même minime, du changement opéré y étant présentée[101].

38. On peut citer comme exemples de violations du Code ou des statuts qui engagent la responsabilité des dirigeants:

- l'absence ou le retard dans la publication des actes et décisions soumis à publication, tels les nominations d'administrateur ou les comptes annuels[102];
- le refus de convoquer l'assemblée générale quand un cinquième des actionnaires ou associés en fait la demande;
- la violation d'un grand nombre de règles de comptabilité (et plus uniquement celles édictées par la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises ou ses arrêtés d'exécution);
- la participation par un administrateur à une délibération dans laquelle il a un intérêt opposé à celui de la société sans respecter les modalités fixées par le Code en matière de conflit d'intérêts;
- le fonctionnement irrégulier des organes de la société, caractérisé, par exemple, par le défaut de réunion du conseil d'administration ou l'absence de convocation de l'assemblée générale, ou encore par la violation des restrictions statutaires aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration, ou encore par l'utilisation des fonds ou du crédit de la société à des fins étrangères à l'objet social;
- la non-adaptation des statuts de la société gérée aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum[103 104];
- la décision prise par les administrateurs de se faire verser une rémunération en violation des statuts[105];
- la liquidation de la société sans décision préalable de l'assemblée générale[106].

Par contre, n'a pas été reconnue comme une violation du Code ou des statuts engageant la responsabilité des dirigeants la non-exécution partielle de mesures de recapitalisation projetées et proposées par des réviseurs[107].

4.2. Extension de la responsabilité à l'égard des tiers

39. La responsabilité des dirigeants pour violation de la loi ou des statuts est engagée non seulement à l'égard de la société, comme c'était le cas dans le cadre du contrat les liant, mais également à l'égard des tiers; l'action trouve alors son fondement dans le délit ou le quasi-délit commis par l'administrateur ou le gérant[108].

[99] Articles 62, alinéa 2, 132 et 158, 2° des L.C.S.C.

[100] Par exemple, l'article 110 du Code consacre l'obligation pour toute société mère d'établir des comptes consolidés ainsi qu'un rapport de gestion sur ces comptes consolidés lorsqu'elle contrôle une ou des filiale(s). Si auparavant aucune conséquence n'était attachée par les L.C.S.C. à la violation de cette exigence introduite par arrêté royal (article 7 de l'A.R. du 6 mars 1990 (I) relatif aux comptes consolidés des entreprises, *M.B.*, 27 mars 1990, p. 5675), la situation est bien différente désormais puisque la responsabilité civile des dirigeants défaillants pourra être engagée.

[101] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 1838/1, pp. 49, 50, 72 et 101.

[102] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703.

[103] À noter que les lois des 5 décembre 1984 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 12 décembre 1984, pp. 15 612 et s., article 72, alinéa 3) et 13 avril 1995 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, pp. 17 492 et s., article 111, alinéa 3) augmentant le capital minimum des S.A. ainsi que la loi du 15 juillet 1985 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 14 août 1985, pp. 11.698 et s., article 17, alinéa 2) augmentant le capital minimum des SPRL prévoient expressément la responsabilité solidaire des administrateurs pour la différence entre le capital souscrit et le capital nouvellement imposé. Par contre, la loi du 20 juillet 1991 (loi portant des dispositions sociales diverses, *M.B.*, 1er août 1991, pp. 16 951 et s.) augmentant le capital fixe minimum des coopératives ne prévoit aucune sanction pour les dirigeants n'ayant pas adapté en temps utiles le capital de la société gérée.

[104] Sur cette question, voir M.A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, p. 588 à 595; voir également notes de M.A. DELVAUX sous Comm. Charleroi, 10 septembre 1997 et Liège (7e ch.), 18 novembre 1997 dans *J.D.S.C.*, 1999, pp. 226 à 230, aux n° 89 et 90.

[105] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703.

[106] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703.

[107] Comm. Charleroi, 4 octobre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 185, p. 193; *R.D.C.*, 1999, p. 283.

[108] Voir *infra*, n°s 50 et s.

4.3. Solidarité et présomption d'imputabilité

40. Dès que la violation du Code ou des statuts est établie, la faute existe. La société (ou le curateur la représentant après la faillite) qui introduit l'action en responsabilité doit établir alors le dommage qu'elle invoque, et surtout le lien de causalité entre la faute et le dommage, preuve souvent délicate à apporter[109]. Le Code n'établit en effet *pas une présomption de responsabilité* (le seul établissement de la faute étant insuffisant pour engager la responsabilité) mais plutôt une véritable *présomption d'imputabilité*: la violation de la loi ou des statuts sera présumée être le fait de TOUS les administrateurs, solidairement[110]. Cette disposition est sévère pour les administrateurs, dans la mesure où elle instaure un renversement de la charge de la preuve: c'est à l'administrateur qu'il appartiendra, pour s'exonérer, d'établir trois éléments cumulatifs[111]:

- absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...);
- absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...)[112];
- dénonciation par lui de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

41. Si la décharge est votée, elle peut mettre fin à la responsabilité encourue par les administrateurs ou les gérants à l'égard de la société, sauf le cas de l'intentement d'une action minoritaire[113]. Mais il faudra d'abord que le *quitus* soit voté en connaissance de cause, et il faudra ensuite que les actes commis en violation des statuts ou en contravention avec le Code

[109] Voir par exemple Civ. Huy (3e ch.), 18 novembre 2004 (*J.D.S.C.*, 2005, n° 663, p. 168 et obs. M.A. DELVAUX): le tribunal considère que la faute commise par l'administrateur qui n'a pas assuré la mise en concordance des statuts de la SCRL gérée aux nouvelles exigences en matière de capital fixe minimum imposées par la loi du 20 juillet 1991 ne présente pas de lien causal avec le dommage dont le curateur postule réparation puisque la décision de liquider la société a été prise dans le délai reconnu par la loi pour adapter les statuts.

[110] On renvoie ici à la notion de *faute commune*, à savoir l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes commettent une faute ensemble, en contribuant à produire un fait dommageable, celles-ci étant alors condamnées *solidairement* à réparer la totalité du dommage causé. Le Code des sociétés présume que la violation du Code ou des statuts est une *faute commune* des dirigeants.

[111] Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA) C. Soc.

[112] Voir Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, p. 232 et note M. CALUWAERTS, *R.P.S.*, 1985, p. 261: «*Attendu qu'aucun administrateur ne peut tirer argument de son absence à des réunions, alors qu'en raison de ses fonctions il aurait dû y assister, et encore moins de son incompétence, qui aurait dû lui dicter de ne pas accepter une telle fonction*».

[113] Voir *infra*, n° 43 à 46.

aient été spécialement mentionnés dans la convocation à l'assemblée générale[114].

La décharge n'est votée que par la société; elle est dépourvue du moindre effet quant à l'action que pourraient introduire les tiers[115].

5. La responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil

42. Les articles 1382 et 1383 du Code civil peuvent servir de base à une action de la société.

Toute faute de l'administrateur qui constituerait simultanément un manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence peut donner lieu à une action en responsabilité.

Dans le cas d'une action de la société, l'hypothèse demeure assez théorique eu égard aux règles strictes posées par la Cour de cassation en matière de cumul de responsabilités. Celles-ci sont largement exposées ci-après à l'occasion de l'examen des règles applicables à la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs à l'égard des tiers[116].

Le cumul est, en revanche, facilement admis lorsque l'administrateur a commis une infraction pénale[117].

6. L'action minoritaire

43. La décision d'introduire une action sociale contre les administrateurs et gérants appartient à l'assemblée générale. Divers motifs peuvent justifier cette action: fautes de gestion, violation du Code ou des statuts, faute de droit commun (articles 1382 et 1383 du Code civil)[118].

Les actionnaires minoritaires des SA, SPRL et SCRL ont également la possibilité d'introduire une action mettant en cause la gestion des administrateurs ou gérants[119].

[114] Sur ces deux exigences, voir *supra*, n° 25 à 28.

[115] Voir *infra*, n° 50 et s.

Quant à l'opposabilité au curateur du vote par l'assemblée générale ordinaire de la décharge aux administrateurs/gérants, M. A. DELVAUX, note sous Gand (12e ch.), 1er mars 1989 in *J.D.S.C.*, 1999, n° 88, pp. 225-226.

[116] Voir *infra*, n° 52 à 69.

[117] Voir *infra*, n° 58.

[118] Voir les développements ci-avant relativement à chaque type d'action.

[119] Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) C. Soc. Cette possibilité ouvre des perspectives intéressantes aux actionnaires minoritaires, à qui seul l'article 1382 permettait, avant la réforme de 1991, d'introduire, à titre individuel, une action

Cette action est réservée à ceux qui n'ont pas voté la décharge, ou même à ceux qui l'ont votée dans l'hypothèse où elle aurait été invalidée[120]. Par conséquent, même si les administrateurs ou gérants ont reçu *quitus* lors de la présentation de leur rapport de gestion à l'assemblée générale des actionnaires, les associés ne l'ayant pas voté peuvent intenter une action en responsabilité, y compris dans l'hypothèse où aucune irrégularité ou omission entachant les données reprises au bilan ne pourrait être démontrée.

44. L'action minoritaire est introduite:

- au nom propre des actionnaires agissant, et non au nom de la société comme dans l'action sociale *stricto sensu*;
- dans l'intérêt de la société, et non dans l'intérêt personnel des actionnaires agissant[121]; ceci n'exclut toutefois pas que l'actionnaire agissant obtienne également un avantage qui s'ajoute à l'intérêt de la société, comme par exemple une valorisation de ses actions; à noter qu'il a été jugé que la question de savoir si l'intérêt de la société est effectivement en cause ne relève pas de l'examen de l'admissibilité de la demande – mais relève du fond de l'affaire[122];
- pour le compte de la société: comme l'action est fondée sur un préjudice subi *par la société*, le bénéfice de cette action est tout naturellement versé à celle-ci.

45. L'action minoritaire n'est ouverte qu'à (aux) actionnaire(s) dont la participation dépasse certains seuils, qui nécessiteront fréquemment que les actionnaires minoritaires se fédèrent. S'agissant d'une SA., il(s) doit (doivent) posséder *au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs des titres auxquels sont attachés au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 EUR*

en responsabilité contre les administrateurs pour faute de gestion; les minoritaires devaient, pour triompher dans leur action, apporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel, différent du préjudice subi par la société.

120 Articles 290, § 1, alinéa 3 (SPRL), 416, §1, alinéa 3 (SCRL) et 562, alinéa 3 (SA) C. Soc. Voir *supra*. À cet égard, il convient que les actionnaires votant contre la décharge ou s'abstenant le fassent constater expressément dans le procès-verbal de l'assemblée générale, pour éviter toute discussion ultérieure sur la recevabilité de leur action.

121 Voir G. HORSMANS qui insiste sur le fait que l'action minoritaire doit faire référence et s'appuyer sur l'intérêt social dans toutes ses composantes (*in* «Le conseil d'administration: pouvoirs et responsabilité», *Le nouveau droit belge des sociétés*, 1992, p. 30).

122 Voir en ce sens Anvers (5e ch.), 8 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 405, p. 178 et note M.A. DELVAUX intitulée «Quelques réflexions en matière d'action en désignation d'un expert vérificateur et d'action sociale minoritaire»; *DAOR*, 2001, liv. 57, p. 56.

au moins. Dans la SPRL et la SCRL, le seuil de participation est logiquement relevé: sont titulaires de l'action sociale, le ou les associé(s) détenant au jour de l'assemblée générale des parts auxquelles sont attachées au moins 10% des voix attachées à l'ensemble des parts existant à ce jour[123]. S'ajoute, dans les SCRL uniquement, le même droit d'agir pour le(s) associé(s) possédant des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 EUR au moins. Il s'agit d'une nouveauté – pas forcément volontaire puisque les travaux préparatoires n'en touchent mot[124] – introduite par le Code des sociétés[125].

Les conditions de recevabilité sus énoncées doivent être réunies dans le chef du demandeur au jour du vote par l'assemblée générale de la décharge. Cela implique qu'une telle action ne peut être introduite tant que l'assemblée générale ne s'est pas prononcée sur la décharge. Par ailleurs, si une cession de parts intervient antérieurement à ce vote, l'associé cédant n'est pas recevable à introduire une semblable demande.

Enfin, certaines mesures visent à prévenir les actions abusives. Les demandeurs minoritaires déboutés de leur action doivent supporter les dépens et le juge peut les condamner, en outre, à des dommages et intérêts. Mais inversement, à supposer que la demande soit accueillie, le juge a le pouvoir de condamner la société à concurrence des sommes avancées par les demandeurs et non comprises dans les dépens de la société[126].

À peine d'être privée de toute efficacité, l'action minoritaire est assortie de certaines garanties assurant l'accès des demandeurs aux informations. En cas d'indices ou de risques d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou plusieurs associés minoritaires, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier

123 Articles 290, § 1, alinéa 2 (SPRL) et 416, §1, alinéa 2 (SCRL) C. Soc.

124 *Doc. Parl.*, Chambre des représentants, sess. ordin. 1998-1999, 1838/1, p.103: «*Cet article est une reformulation de l'article 158 L.C.S.C., renvoyant à l'article 132bis L.C.S.C., renvoyant à l'article 66bis, §2 à 5 L.C.S.C.*».

125 À ce sujet, voir M.A. DELVAUX et M. COIPEL, «Le Code des sociétés», *J.T.*, 2000, pp. 549-550.

126 Articles 291 (SPRL), 417 (SCRL) et 567 (SA) C. Soc. C'était, jusqu'il y a peu, une importante dérogation au principe selon lequel celui qui gagne un procès doit supporter ses frais d'avocats. Ce principe a cependant été remis en question par un premier arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2004, suivi par d'autres décisions jurisprudentielles marquantes. Depuis le 1er janvier 2008, la matière est réglée par la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat et ses arrêtés d'exécution. Nous pensons cependant que les demandeurs à l'action minoritaires pourront récupérer *intégralement* auprès de la société les frais et honoraires d'avocats déboursés, et donc échapper aux strictes limites fixées par le nouveau régime, sur la base de la gestion d'affaires.

les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par les organes[127].

Pour une illustration d'une action minoritaire fructueuse, voir l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 2 mars 2006[128].

46. À côté de l'action minoritaire a toujours existé la possibilité pour un ou plusieurs actionnaire(s) d'intenter une *action individuelle*, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, et ce dans l'hypothèse spécifique où ils auraient subi un préjudice *particulier* et *personnel*.

Ce fondement de responsabilité, qui subsiste à l'introduction de l'action minoritaire en 1991, est soumis aux règles du droit commun de la responsabilité aquilienne.

Les actionnaires minoritaires qui agiraient à des fins personnelles doivent, comme n'importe quel tiers, démontrer que la faute du ou des administrateurs leur a causé un préjudice distinct de celui subi par tous les actionnaires en raison de l'appauvrissement de la société et doivent agir sur la base du droit commun.[129]

7. La désignation d'un expert vérificateur comme préalable à une action sociale en responsabilité

47. Comme éventuel préalable à une action minoritaire, les articles 168 et 169 C. Soc. confèrent aux actionnaires minoritaires[130] le droit de saisir le Tribunal de commerce pour solliciter la désignation d'un expert vérificateur. L'objectif est de mettre l'actionnaire en possession d'une information qui lui fait défaut, en vue de faire la lumière sur un comportement litigieux et dès lors, le plus souvent, de lui permettre de rassembler les éléments de preuve nécessaire en vue d'une action judiciaire, dont en particulier l'action en responsabilité contre les administrateurs. «*Ce n'est pas seulement des violations directes de la loi ou des statuts, mais également, dans un sens plus large, des comportements, omissions ou négligences qui peuvent nuire aux intérêts de la société, qui justifient la désignation d'un expert judiciaire*»[131].

[127] Voir *infra*, n° 47 à 49.

[128] *T.R.V.*, 2007, p. 192 et note C. CLOTTENS; *J.D.S.C.*, 2008, n° 840, p. 134 et obs. M.-Cl. ERNOTTE..

[129] J.-P. RENARD, «De l'action minoritaire», *Commentaire systématique Code des sociétés*, art. 562, Kluwer, pp. 2-3, n° 1.

[130] L'utilisation par le texte légal de l'expression «un ou plusieurs associés ...» indique que les associés individuels peuvent se grouper pour atteindre ce seuil. (H. LAGA, *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18.07.1991*, p. 244, n° 57; H. BRAECKMANS, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, p. 368, n° 88 avec renvoi à la p. 347, n° 46.

[131] Comm. Liège (2e ch.) 21 janvier 2005, *R.P.S.*, 2004, liv. 2, p. 195.

Il faut que les actionnaires, que ce soit dans une SA, une SPRL ou une SCRL, possèdent au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existant, ou possèdent des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins. Cette condition doit être vérifiée *au jour de l'introduction de l'action en justice*, les actionnaires individuels pouvant se grouper pour atteindre ce seuil.

Les conditions d'admissibilité d'une telle action en désignation d'un expert sont *similaires*, mais *non identiques*, à celles d'une action minoritaire définies *supra*: le moment où est apprécié le capital nécessaire est différent (en matière d'action sociale, l'appréciation s'opère au jour du vote de la décharge), et les seuils sont différents (en matière d'action sociale, les seuils sont variables selon le type de société, et parfois plus exigeants).

En pratique, ces divergences signifient que des actionnaires minoritaires qui auraient pu, suite à leur demande de désignation d'un expert et au dépôt de son rapport, trouver les bases suffisantes à l'introduction d'une action en responsabilité contre les dirigeants de leur société pourront se trouver bloqués par l'insuffisance de leur participation en capital, et donc inadmissibles à introduire une action minoritaire. Cette situation se rencontrera notamment lorsque les minoritaires ont atteint le seuil pour introduire la demande en désignation d'un expert *après* l'assemblée générale au cours de laquelle la décharge a été votée, mais qu'ils ne l'atteignaient pas à ce jour; elle se rencontrera également fréquemment dans les SPRL ou les SCRL, puisque les seuils de participation sont de 10% des voix, et non 1%.

On peut toutefois aisément imaginer que la lecture des résultats du rapport de l'expert convainque de nouveaux associés de l'existence de fautes dans le chef des dirigeants et de la nécessité d'introduire une action sociale minoritaire. En se joignant au groupe originel qui avait sollicité la désignation d'un expert, ils peuvent dans certains cas permettre d'atteindre les seuils de participation requis.

Les actions en désignation d'un expert vérificateur peuvent notamment être exercées lorsque les minoritaires sont préoccupés par des accointances développées par certains dirigeants avec d'autres sociétés avec lesquelles leur société fait des affaires, et craignent que les intérêts de leur société soient en péril[132].

48. Les demandeurs en désignation d'un expert vérificateur doivent apporter un *commencement de preuve*[133] quant aux atteintes graves ou

[132] Pour une illustration, voir Anvers (5e ch.), 8 mai 2000, *op. cit.*

[133] L'expertise ayant précisément pour objet de rapporter la preuve concrète de l'atteinte, seul un commencement de preuve est requis pour fonder la demande en désignation d'un expert judiciaire.

aux risques d'atteintes graves aux intérêts de la société; ces atteintes ou risques doivent être clairement identifiés, et en l'absence d'indices précis, concrets ou détaillés quant au risque d'atteinte aux intérêts de la société, la demande doit être rejetée. Il ne suffit donc pas au demandeur de faire le constat de l'évolution de la situation financière de la société; il doit en sus dénoncer des fautes ou autres comportements précis et concrets constitutifs d'une atteinte grave ou d'un risque d'atteinte grave aux intérêts de la société. Ainsi, il a été jugé que la circonstance que la société concernée se trouve dans une situation financière difficile n'est pas révélatrice en soi de comportements nuisibles aux intérêts de la société[134].

49. La mission confiée par le Tribunal à l'expert désigné peut être très variée; elle comprend généralement:

- la vérification des documents comptables et administratifs et des comptes de la société;
- la recherche de situations de conflit d'intérêts, la vérification du fait que les administrateurs ont bien respecté les règles applicables à de tels conflits et, le cas échéant, la description de ces situations de conflit;
- l'examen des contrats en cours et des relations entre la société gérée et telle(s) société(s) semblant liée(s), et la vérification de l'utilité de ces contrats pour la société gérée et du respect par ces contrats des conditions du marché;
- la réponse aux questions que les minoritaires sont susceptibles de poser à la lumière des découvertes faites dans le cadre de la mission d'expertise.

8. Tableau synthétique de la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société

	Faute de gestion	**Violation du Code ou des statuts**	**Responsabilité aquilienne**
Base légale?	articles 262 (SPRL), 408, alinéa 1 (SCRL) et 527 (SA)	articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA)	articles 1382 et 1383 du Code civil

[134] Comm. Liège (2e ch.), 21 janvier 2005, *op. cit.*

	Faute de gestion	**Violation du Code ou des statuts**	**Responsabilité aquilienne**
Qui peut être responsable?	administrateur de droit[135], actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé[136]	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé[137]
Quelle faute?	mauvaise exécution du mandat confié par la société; conditions du droit commun du mandat	violation du Code ou des statuts (càd violation d'une obligation de résultat)	Faute indépendante du mandat qui lie le dirigeant à la société (violation d'une loi pénale ou d'une norme s'imposant à tous)
Y a-t-il solidarité?	responsabilité pour sa faute personnelle; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune[138]	solidarité de droit	responsabilité pour sa faute personnelle; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune

[135] Le texte vise *expressément* la responsabilité *de l'exécution du mandat que le dirigeant a reçu*; il semble donc que l'administrateur de fait ne puisse voir sa responsabilité engagée sur cette base, puisqu'il n'a reçu aucun mandat de gestion, à moins que la société ait accepté, expressément ou tacitement, sa gestion de fait (voir la théorie du mandat apparent).

[136] Malgré l'indigence du texte sur ces points, on considère que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour violation de la loi ou des statuts non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

[137] Malgré l'indigence du texte sur ces points, on considère que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

[138] C'est-à-dire que chaque administrateur ou gérant a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion dans laquelle la participation de chacun à la faute commune a concouru à la réalisation du dommage. Dans la mesure où la faute reprochée est une omission, on peut présumer son caractère commun à tous les administrateurs au vu du principe de la collégialité du conseil d'administration. Par contre, la faute positive ne sera pas nécessairement une faute commune mais pourra être imputée particulièrement à l'un des administrateurs.

	Faute de gestion	Violation du Code ou des statuts	Responsabilité aquilienne
À qui la faute est-elle imputable ?	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve[139] ; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir
Quel est le dommage réparable ?	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi
Quel lien causal ?	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage

IV. La responsabilité envers les tiers

1. Le titulaire de l'action en responsabilité

50. L'action en responsabilité peut être introduite soit par un tiers – durant la vie « active » de la société », pendant (selon certaines conditions) ou après la faillite –, soit par le curateur désigné dans le cadre de la faillite.

Les tiers sont tantôt des créanciers « *contractuels* », à savoir des personnes qui ont contracté avec la société et restent impayées (fournisseurs, travailleurs, sous-traitants, banquiers), tantôt des créanciers qu'on pourrait qualifier d'« *institutionnels* », à savoir des personnes morales de droit public auxquelles la société commerciale est tenue de verser des fonds en vertu de la loi (en matière d'ONSS, de TVA, d'ISOC, ...).

Le curateur intervient en sa qualité de représentant de la masse des créanciers, chargé de réaliser l'actif du failli et de répartir les deniers qui

[139] Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA) C. Soc. ; cette triple preuve consiste à prouver une absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), une absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration : maladie,...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

proviennent de la réalisation de cet actif entre les créanciers. Il dispose d'un monopole d'action pour rechercher la réparation d'un dommage qui ne constitue qu'une partie du préjudice collectif subi par la masse faillie. Les droits résultant de dommages causés par la faute d'un dirigeant qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif sont communs à l'ensemble des créanciers. En raison du dommage causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, cette faute est à l'origine d'un préjudice collectif pour ceux-ci et lèse des droits qui leur sont, par nature, communs[140].

Le fait que la société soit en faillite n'exclut cependant pas la recevabilité de l'action introduite par un créancier isolé contre l'administrateur ou le gérant lorsque sa demande concerne la réparation d'un dommage individuel distinct du dommage commun de tous les créanciers résultant de la diminution de leur gage ou lorsque son action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif[141].

Hormis l'hypothèse définie ci-dessus ainsi que celle de l'action en comblement de passif envisagée ci-après[142], le créancier isolé est paralysé durant la faillite de la société, et ne peut pallier à l'inaction du curateur par une action personnelle en réparation de sa part dans le préjudice collectif. Le créancier ne retrouve son droit d'action qu'après la clôture de la faillite. Il peut toutefois se plaindre de l'inaction du curateur auprès du

[140] Cass. 12 février 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 662 ; *Bull.* 1981, 639, concl. M. DECERLCQ ; *J.D.S.C.* 2000, p. 137, note J. GOFFIN et E. VIATOUR ; *J.D.S.C.* 2000, p. 239, note M. CALUWAERTS ; *J.T.* 1981, 270 ; *Pas.* 1981, I, 639, concl. M. DECLERCQ ; *R.C.J.B.* 1983, 5, note J. HEENEN ; *R.P.S.*, 1981, 116, note P. COPPENS.

[141] O. RALET, *op. cit.*, pp. 173 à 175 ; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 223 et s.

Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 3 octobre 2002 relatif à une action en responsabilité introduite par l'État belge et fondée sur l'absence de versement du précompte professionnel que « *En tant que créancier individuel, l'appelant pouvait non seulement faire la déclaration de ses créances dans le cadre de la faillite, mais aussi intenter, pendant la faillite, une action contre l'intimé, en sa qualité de gérant de la société faillie, en vue d'être indemnisé du dommage individuel subi, s'agissant d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui était indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la société. L'appelant souhaite être indemnisé d'un dommage particulier qu'il a lui-même subi et non d'un dommage qui aurait eu un effet sur tous les créanciers parce que, s'agissant d'un dommage que le gérant aurait fait subir au patrimoine de la société, il aurait diminué leur gage commun. Ce n'est que pour ce type de dommage, qui n'est pas celui pour lequel l'appelant demande à être indemnisé en l'espèce, que le curateur détient un droit d'action exclusif en sa qualité de « représentant forcé » de la masse des créanciers.* » (Anvers, 3 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 582, p. 245 et *NjW*, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT).

[142] Voy. *infra*, n°s 70 et s., spécialement n°s 84 et 85.

juge-commissaire à la faillite et même intenter une action en responsabilité contre la curatelle en raison d'une abstention qu'il jugerait fautive[143].

2. La responsabilité pour violation du Code ou des statuts

51. La responsabilité des administrateurs ou des gérants envers les tiers peut être engagée pour violation de la loi ou des statuts[144].

Il est renvoyé ici à ce qui a déjà été dit relativement à ce type de responsabilité envers la société, les développements y effectués étant transposables à la responsabilité envers les tiers, sous une seule exception: la décharge, qui libère les administrateurs ou gérants de la responsabilité qu'ils auraient pu encourir envers la société pour les actes accomplis au cours de l'exercice écoulé, ne les libère pas à l'égard des tiers.

Les deux exemples les plus classiques d'actions en responsabilité pour violation du Code des sociétés sont la non-adaptation des statuts de la société gérée aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum d'une part[145] et la non-convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social d'autre part[146]. On peut citer comme illustration de la violation des statuts le fait de mettre en gage le fonds de commerce pour une dette personnelle du gérant[147] et le fait de s'octroyer une rémunération non prévue par les statuts[148].

3. La responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil

52. Les dirigeants sont responsables de leur faute de gestion. Ils le sont, principalement, à l'égard de la société qui les a nommés (*supra* n° 29 à 31).

Il n'est plus raisonnablement contesté que la faute commise par l'administrateur dans le cadre du mandat de gestion qui lui est confié par la société, puisse également être source de responsabilité à l'égard des tiers.

[143] Comm. Charleroi, 2 septembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 406, p. 185 et obs. M.A. DELVAUX; *J.L.M.B.* 1999, p. 987; *R.D.C.* 2000, p. 635, note B. VOGLET.

[144] Articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) C. Soc.

[145] Voir par exemple Civ. Gand (3e ch.), 25 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 577, p. 225 et obs. M.A. DELVAUX, *Courr. Fisc.*, 2003 (reflet), liv. 8, p. 370, note X; Comm. Bruxelles (5e ch.), 22 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 578, p. 227 et obs. M.A. DELVAUX, *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 293.

[146] Voir *infra*, n°s 87 et s.

[147] Gand (7e ch.), 8 février 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211et note M.A. DELVAUX intitulée «De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité».

[148] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703.

C'est l'enseignement majeur à tirer de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989[149] que nous commenterons ci-après, certes rendu en matière d'ASBL, mais dont l'application aux sociétés est unanimement admise. Par cet arrêt, notre Cour suprême ouvrait la voie à une interprétation non restrictive de l'ancien article 62 al. 1er L.C.S.C. (devenu l'article 527 C. Soc.): l'action en responsabilité contre les dirigeants, à l'occasion de fautes commises dans leur gestion, ne se cantonnerait plus, par principe, à la relation mandant/mandataire (ou société/dirigeant) [150] mais serait également ouverte aux tiers.

On peut aussi trouver un fondement à l'action des tiers dans le libellé de l'article 527 C. Soc. Régissant la responsabilité des administrateurs mais aussi des membres du comité de direction et des délégués à la gestion journalière pour les fautes commises dans leur gestion, cette disposition précise qu'ils sont responsables *conformément au droit commun*. Selon les auteurs qui s'inscrivent à cet égard dans la lignée de l'enseignement de GUILLERY au 19ième siècle, la référence au droit commun doit s'entendre comme englobant certes le droit commun du mandat mais aussi celui de la responsabilité quasi-délictuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil[151].

53. Le principe de l'action des tiers étant admis, il fallait préciser les conditions de cette action et répondre aux questions que cet arrêt laissait sans réponse.

N'étant, par définition, pas lié au tiers par contrat, le dirigeant de la société sera actionné par le tiers sur pied des articles 1382 et 1383 C. civ. La responsabilité personnelle du dirigeant s'inscrit dès lors dans une relation triangulaire (le tiers demandeur – la société – le dirigeant) et se voit donc mise en cause *en plus* (cumul) ou *à côté* (co-existence)[152] de celle de la société, généralement dans le cas d'impécuniosité de cette dernière, suite à sa faillite ou pour une autre cause.

D'une manière générale, qui déborde largement le droit des sociétés, le cumul des responsabilités contractuelle et quasi-délictuelle a donné lieu

[149] Cass., 29 juin, *R.P.S.*, 1989, p. 175.

[150] Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97, note J.J. STRYCKMANS. Sur le régime antérieur à 1989, cons. J. RONSE et J. LIEVENS, «L'administration des sociétés – la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite, in Les sociétés commerciales, *J.B.*, 1985, pp. 183-257.

[151] J. VAN RYN et X. DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, p. 401.

[152] Sur la relative équivalence des notions de «cumul», de «concours» ou de «co-existence» de responsabilités, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, Bruylant, 1934, pp. 768-776.

à d'importants développements, sous la plume des meilleurs auteurs[153]. Comment concilier les principes dégagés en cette matière avec la situation particulière du dirigeant de société? Quelle est la conséquence de la théorie de l'organe sur la position juridique de l'administrateur, considéré comme un mandataire dans l'ordre interne? Faut-il considérer que le dirigeant est un agent d'exécution[154] et lui réserver de ce fait un régime de quasi-immunité à l'égard des tiers?

Ces questions sont délicates, d'une part sur le plan théorique, eu égard aux principes mis en œuvre et aux controverses non encore tranchées et, d'autre part, sur le plan pratique. Les dirigeants sont en effet confrontés depuis deux décennies à l'action des tiers, y compris dans la sphère de la gestion dont la plupart des auteurs a longtemps estimé qu'elle n'exposait les dirigeants qu'à un recours de la société «mandante».

La Cour de cassation a développé sur ce sujet une jurisprudence intéressante à bien des égards.

54. Les arrêts rendus par notre Cour suprême traitent de deux types particuliers de responsabilité personnelle du dirigeant: le premier a trait à la responsabilité personnelle du dirigeant dans le cadre de la responsabilité contractuelle de la société; le deuxième cas a trait à la responsabilité du dirigeant dans le cas d'une faute quasi-délictuelle commise par la société.

Ces deux cas sont traités successivement ci-après.

3.1. La responsabilité quasi-délictuelle des dirigeants en cas de faute contractuelle de la société: la quasi-immunité des dirigeants

55. Un premier cas de responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur se pose, en pratique, lorsque la société a engagé sa responsabilité contractuelle à la suite d'un acte ou d'une omission de son administrateur. Particulièrement en cas d'insolvabilité de la société, les tiers seront tentés d'actionner le représentant organique de la société à titre personnel[155].

Qu'en est-il des conséquences de la faute de l'administrateur dans le cadre de l'inexécution d'un contrat auquel la société est partie?

[153] Pour une synthèse, cons. le regretté R.O. DALCQ, Des délits et quasi-délits, Livre III, Titre IV, chapitre II, in Bicentenaire du Code civil 1804-2004, *J.T.*, 2004, pp. 304-305.

[154] En ce sens Ph. COLLE, «De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés», *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076.

[155] K. GEENS, "Aansprakelijkheid van bestuurders en zaakvoerders in kort bestek", in *Le risque entrepreneurial – Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, Bruxelles, VBO-FEB, p. 15.

Rappelons que dans les sociétés dotées de la personnalité juridique, *les membres des organes sociaux ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements* de la société (art. 61, §1er) ce qui conduit *prima facie* à une exclusion de la responsabilité de l'administrateur à l'égard des tiers, lorsqu'il agit dans les limites de son mandat. Tout se passe, en ce cas, comme si le tiers avait traité directement avec le mandant, comme le veut le fonctionnement régulier de la représentation.

Deux arrêts de la Cour de cassation retiennent notre attention:

- l'arrêt du 29 juin 1989[156] rendu en matière d'A.S.B.L. et incriminant la responsabilité des administrateurs sur pied de l'article 1382 C. civ. pour une faute de gestion;
- l'arrêt du 7 novembre 1997[157], assimilant la situation de l'organe à celle du préposé ou de l'agent d'exécution.

56. L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989 a mis fin à une controverse suscitée par l'arrêt faisant l'objet du pourvoi, rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, le 9 octobre 1987[158]. Par cet arrêt, ladite Cour a condamné les administrateurs d'une ASBL défaillante à l'égard de son créancier et ce après avoir constaté, entre autres négligences fautives, l'omission des dirigeants d'exécuter les formalités qui eurent permis à l'association de bénéficier d'un subside et donc de faire face à ses engagements. S'agissant certes d'une faute de gestion, l'arrêt stigmatisait *l'impéritie* et la *déloyauté* des administrateurs à l'égard des tiers.

La Cour de cassation a rejeté le pouvoi dirigé contre l'arrêt, reconnaissant, dans la foulée de l'arrêt soumis à sa censure, le droit d'action des tiers, et ce même dans le cas d'une faute de gestion, solution étendue par la plupart des auteurs à toutes les personnes morales, en ce compris aux sociétés commerciales.

57. Dans quels cas les administrateurs peuvent-ils être actionnés et quelles sont les limites et conditions de l'action des tiers? La Cour ne répondait pas à la question.

[156] Cass., 29 juin, *R.P.S.*, 1989, p. 175.

[157] Cass., 7 novembre 1997, *Bull.*, 1997, p. 1146; *Arr. Cass.*, 1997, p. 1093; *Pas.*, 1997, I, p. 1146; *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART intitulée «La quasi-immunité des organes de droit privé», pp. 732 à 774; *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS intitulée «Het bestuursorgaan als uitvoeringsagent: een verregaande beperking van aansprakelijkheid?", pp. 285-289; *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPEL intitulée «Dérogation à la théorie de l'organe», pp. 6-9.

[158] Bruxelles, 9 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 408.

Dès avant l'arrêt de Bruxelles, certains auteurs voyaient dans l'analogie entre le dirigeant et l'agent d'exécution, la meilleure manière de «canaliser», en la soumettant aux règles strictes du concours de responsabilités, la responsabilité quasi-délictuelle de l'administrateur[159].

D'autres, tout en rejetant l'assimilation de l'organe à un agent d'exécution, se sont référé également aux règles du concours des responsabilités telles que dégagées par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973 (arrêt dit «de l'arrimeur»)[160], précisément applicables aux agents d'exécution[161], pour en déduire des règles pertinentes, applicables aux administrateurs[162]. Ces principes sont régulièrement confirmés par la Cour de cassation: «*la responsabilité d'une partie contractante ne peut être engagée, sur le plan extracontractuel, d'une faute commise lors de l'exécution du contrat, que si la faute qui lui est imputée, 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 qui résulte de la mauvaise exécution du contrat*»[163].

Comme l'a écrit X. Dieux, «*ce système n'est, en somme, que la transposition, en matière de responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers, eu égard au contrat de mandat sous couvert duquel ils sont censés exercer leurs fonctions au sein de celle-ci, des principes qui gouvernent la coexistence possible des responsabilités contractuelles et aquilienne, lorsqu'un manquement par une partie contractante à ses obligations contractuelles cause un dommage à un tiers et que ce tiers peut établir que pareil manquement au contrat comporte aussi un manquement à l'un ou l'autre des devoirs généraux de prévoyance, de diligence et de prudence, qui s'imposent à chacun vis-à-vis d'autrui, indépendamment de tout contrat et que sanctionnent les art. 1382 et 1383 du Code civil*»[164].

[159] Ph. COLLE, «De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés», *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.076.

[160] Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15 et note DALCQ et GLANSDORFF, P. WERY, «Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 à 108. Pour une synthèse critique des enseignements de cet arrêt, on consultera utilement P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *Liber amicorum Michel Coipel*, *op. cit.*, pp. 774-777, n° 10.

[161] Suivant les mêmes cirières, la jurisprudence a dégagé la théorie de l'immunité civile des préposés et agents d'exécution: R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, note sous Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 423 et suiv.

[162] En ce sens, J. VAN RIJN et X. DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, p. 401.

[163] Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155.

[164] X. DIEUX, «La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours», *Mélanges John Kirkpatrick*, *op. cit.*, p. 226

58. Le concours de responsabilité est établi, on le sait, en cas d'infraction pénale[165].

Les cas d'application les plus courants ont trait à la poursuite d'activités déficitaires[166], ainsi qu'à l'aveu tardif de faillite[167].

Bien qu'ayant surpris par la sévérité de la solution consacrée et par les questions théoriques et pratiques qu'il suscitait, l'arrêt du 29 juin 1989 semble cependant n'avoir pas été à l'origine d'une multiplication des cas de condamnation des administrateurs. Dans la foulée des interrogations doctrinales, une clarification s'imposait de la part de notre cour suprême: les principes du cumul de responsabilité seraient-ils transposés dans la matière du dirigeant de société purement et simplement? Le seraient-ils par le truchement d'une assimilation du dirigeant à un agent d'exécution? La Cour de cassation eut l'occasion de trancher la question en 1997.

59. Par un arrêt du 7 novembre 1997[168], la Cour de cassation mit un terme aux controverses consécutives à l'arrêt de 1989, en assimilant l'organe à un agent d'exécution, dans une motivation dénuée de toute ambiguïté:

«*Attendu que, lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent 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*»;

«*Attendu que s'il considère que la faute du demandeur ne s'identifie pas avec la faute contractuelle commise par la s.p.r.l. Dehasse dont il est le gérant, l'arrêt ne précise pas le dommage, autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat, qu'aurait subi la défenderesse en raison de cette faute*»[169].

[165] R.O. DALCQ, *Des délits et quasi-délits*, Livre III, Titre IV, chapitre II, *op.cit.*, p. 305.

[166] Anvers, 29 septembre 1981, *R.P.S.*, p. 89; Anvers, 6 avril 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 33; Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 201 et suiv.

[167] Mons, 16 mai 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 322.

[168] Cass., 7 novembre 1997, *op. cit.*

[169] L'arrêt a été rendu dans une espèce où le gérant d'une SPRL exerçant une activité de courtage en matière d'assurances avait convaincu un client que le contrat d'assurance par lequel ce client voulait être protégé contre le risque d'émeutes, avait bien été conclu avec la compagnie d'assurances alors qu'en réalité, le gérant n'avait pas communiqué l'acceptation de la proposition d'assurance à la compagnie. La Cour de Bruxelles avait reconnu au client de la société de courtage une action aquilienne contre le gérant de cette société. La Cour de cassation a cassé cet arrêt pour le motif indiqué dans le dernier attendu cité ci-dessus.

Il y a donc quasi-immunité de l'administrateur qui ne pourra pas être tenu pour responsable à l'égard des tiers, ni sur le plan contractuel, ni sur le plan quasi-délictuel.

Soulignons, avec P.-A. Foriers que «*(...) même si l'on devait considérer que la faute commise par ces représentants était étrangère puisqu'elle se rapporterait à leurs relations contractuelles avec le représenté, on ne pourrait que constater que le dommage invoqué par les créanciers concernés s'identifierait à un défaut de paiement des obligations contractuelles souscrites à leur égard*[170].»

Certains auteurs concluent à l'immunité absolue de l'administrateur à l'égard des créanciers contractuels, «sauf à démonter qu'une faute intentionnelle ou dol est imputable personnellement aux administrateurs concernés, ou encore une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite»[171]. Cette opinion nous paraît critiquable[172].

60. Il y a toutefois place, dans les strictes conditions visées ci-après, pour une co-existence de responsabilité contractuelle de la société et quasi-délictuelle de l'administrateur.

En vertu des règles du concours de responsabilités, l'administrateur peut être actionné par le cocontractant de la société en raison de fautes commises à l'occasion de l'exécution d'un contrat, lorsqu'il (i) a commis une faute distincte de la mauvaise exécution du contrat violant l'obligation de prudence et de diligence qui s'impose à tous (art. 1382-1383 C. civ.) et lorsqu'il (ii) a causé au cocontractant un dommage autre que la privation de l'avantage que ce co-contractant devait normalement retirer de l'exécution correcte du contrat[173].

[170] P.-A. FORIERS, «Actualités en matière de représentation», *in Actualités du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 9.

[171] L. BIHAIN, «Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés», *J.T.*, 2006, p. 427.

[172] Elle est en effet critiquable à deux points de vue. La faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite est visée par l'article 530 C. Soc. et échappe, en tant que telle, à l'examen des règles du concours de responsabilité. On n'aperçoit pas, par ailleurs, sur quelle base la gravité de la faute («intentionnelle ou dol») serait un critère d'atténuation de la responsabilité du dirigeant. La *culpa levissima* ne suffit-elle pas à engager la responsabilité de l'auteur de la faute, sur pied des articles 1382 et 1383 C. civ.? Le degré de gravité de la faute commise ressurgira éventuellement, au niveau de l'appréciation du lien de causalité. En ce sens, R.O. DALCQ, Des délits et quasi-délits, Livre III, Titre IV, chapitre II, *op. cit.*, p. 305, citant Cass. 6 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 579.

[173] X. DIEUX, «La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours», *Mélanges John Kirkpatrick*, *op. cit.*, pp. 232-234, qui regrette cette interprétation «maximaliste» et aurait préféré une interprétation plus restrictive en vertu de laquelle la faute et le dommage n'étaient pas purement contractuels, c'est-à-dire une faute et un dommage susceptibles d'une double qualification.

Sa responsabilité est engagée dans tous les cas où il a commis une infraction pénale. L'auteur d'une fraude ne peut opposer aux créanciers quelque immunité que ce soit[174].

Comme exemples de fautes au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, on peut citer outre la violation de dispositions légales et réglementaires, différents cas illustrant l'obligation générale de prudence: le fait pour une société de supporter des dépenses privées excessives exposées par l'un de ses dirigeants[175], la conclusion d'un contrat, au nom et pour compte de la personne morale, alors que celle-ci ne pourra manifestement pas exécuter les obligations qui en découlent, la poursuite d'une activité déficitaire, voire la violation des normes de bonne conduite à l'usage des administrateurs (codes de bonne gouvernance) ou encore une démission donnée à contretemps[176].

3.2. La responsabilité extra-contractuelle de la société: la co-existence de responsabilité des dirigeants

61. Quittons le domaine de la responsabilité de l'organe dans le cadre de l'exécution des obligations contractuelles de la société pour entrer dans celui de la responsabilité quasi-délictuelle de la société.

Le quasi-délit commis par l'administrateur dans le cadre de l'exercice de ses fonctions engage-t-il directement la responsabilité de la société elle-même? Assurément oui[177].

62. L'administrateur est-il, en ce cas, également tenu personnellement?

Par un arrêt du 16 février 2001[178], la Cour de cassation répondit par la négative.

[174] L. BIHAIN, «Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés», *op. cit.*, p. 427, n° 12 *in fine*.

[175] Bruxelles, 28 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 800.

[176] J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 121-150, n° 73-86.

[177] X. DIEUX et Y. DE CORDT, «Examen de jurisprudence (1991-2005), Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 2008, p. 514, et les nombreuses références citées.

[178] Cass., 16 février 2001, *Arr. Cass.* 2001, liv. 2, p. 303; *Huur* 2002, liv. 2, p. 107; *J.D.S.C.* 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH; *Pas.* 2001, liv. 2, p. 301; *R.W.* 2002-03, liv. 9, p. 340; *Res Jur. Imm.* 2001, p. 123; *Rev. prat. soc.* 2001, liv. 4, p. 348; *R.D.C.* 2002, liv. 9, p. 698, note C. GEYS intitulée "Beperking van de externe aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders voor fouten begaan in de uitvoering van hun mandaat: enkele beschouwingen omtrent de mogelijke draagwijdte van Cass. 16 februari 2001", pp. 700-702. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle le preneur d'un bail commercial reprochait aux gérants d'une SPRL de lui avoir dissimulé, lors de la négociation et de la conclusion du bail en question, que la façade de l'immeuble loué devait faire l'objet de travaux susceptibles de nuire à l'exploitation à laquelle était destinée les lieux loués.

Dans un cas de responsabilité quasi-délictuelle de la société, constitué par une «*culpa in contrahendo*», la Cour décidait que:

«(...) lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant;

Attendu que le jugement attaqué constate que les premier et deuxième défendeurs ont agi en leur qualité d'organe de la s.p.r.l. (...), à tout le moins en qualité de mandataires chargés de conclure le bail commercial avec la demanderesse et que, bien qu'ils aient eu connaissance de la restauration envisagée, ils ont dissimulé ce fait;

Que, dès lors, c'est à bon droit que le jugement attaqué a décidé que la faute commise par les premier et deuxième défendeurs au cours des négociations ayant abouti à la conclusion du contrat, a été commise pour le compte de la s.p.r.l. et qu'ils ne peuvent en être tenus personnellement responsables».

63. L'arrêt a fait l'objet de nombreuses et vives critiques.

La motivation de la décision surprend en effet à double titre.

Elle surprend, d'une part, en ce qu'elle traite de la même manière mandataire et organe et, d'autre part, en ce qu'elle semble consacrer l'immunité totale du mandataire et de l'organe (hors le cas de la faute pénale) alors que la jurisprudence admet généralement les responsabilités de la personne morale et de son organe, en parallèle[179].

Il est possible, à la suite de X. Dieux, de donner de cet arrêt au moins trois lectures différentes[180] dont aucune n'est exempte de reproche:

- l'immunité reconnue aux organes d'une société et aux mandataires s'expliquerait par un présupposé selon lequel l'arrêt, rendu à propos d'une *culpa in contrahendo* préalable à la conclusion effective d'un contrat, supposerait que la responsabilité liée à pareille faute serait contractuelle; dans la mesure où les organes d'une personne morale et les mandataires, agissant dans les limites de leur mission, ne contractent aucun engagement à titre personnel pour les actes juridiques accomplis au nom et pour compte de la personne qu'ils représentent, ils sont immunisés de toute responsabilité contractuelle, en ce compris

[179] P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.* pp. 783-784.

[180] X. DIEUX, «La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours», *Mélanges John Kirkpatrick, op. cit.*, pp. 236-238, n° VII.

les fautes commises dans les négociations préalables à la conclusion du contrat;
- la Cour de cassation aurait consacré la théorie de l'absorption, appendice de la théorie de l'organe, défendue par V. SIMONART, qui aboutit à la (quasi-)immunité des organes des personnes morales[181]; s'agissant des mandataires, l'arrêt aurait avalisé l'extension de la notion de représentation aux faits juridiques et aux fautes extracontractuelles commises par le représentant dans l'exécution du mandat;
- l'arrêt pourrait aussi être la transposition à toutes les fautes précontractuelles qui ont eu une incidence sur la conclusion du contrat (commises par le mandataire ou l'organe), de l'exception selon laquelle le mandant doit répondre du dol commis par son mandataire à l'occasion de la conclusion du contrat dont il a été chargé; pour toutes les autres fautes qu'auraient commises l'organe ou le mandataire, il faudrait se référer à l'enseignement de l'arrêt du 7 novembre 1997.

64. En ce qui concerne la première interprétation, on relèvera que ni la motivation de la décision entreprise, ni les moyens présentés à l'appui du pourvoi, ni la réponse qu'y a réservée la Cour de cassation ne permettent d'affirmer que notre Cour suprême aurait voulu rompre avec la position traditionnelle selon laquelle les fautes précontractuelles constituent l'une des variétés de fautes aquiliennes sanctionnées par une responsabilité quasi-délictuelle[182].

S'agissant de la seconde interprétation, on pourrait objecter qu'elle recèle une contradiction avec la jurisprudence antérieure, spécialement l'arrêt de 1997 qui assimile l'organe d'une personne morale à l'agent d'exécution, dans la mesure où la quasi-immunité résultant de l'arrêt de 1997 ne coïncide pas, sur le plan théorique, avec celle qui découle de la théorie de l'absorption [183].

[181] Sur cette théorie, *cf.* T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés, op. cit.*, pp. 749-771, n° 995-1018; V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé», *op. cit.*, pp. 732 à 774; V. SIMONART, «La théorie de l'organe», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.*, pp. 713-732.

[182] En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.* p. 784 qui fait également remarquer que cette thèse a toujours été rejetée par la doctrine et la jurisprudence belges et, qu'en outre, l'arrêt de 2001 ne comprend pas les réserves de celui du 7 novembre 1997 autorisant, à certaines conditions strictes, la mise en cause de la responsabilité aquilienne de l'organe d'une personne morale dans le cadre de l'exécution d'un contrat.

[183] X. DIEUX, «La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours», *Mélanges John Kirkpatrick, op. cit.*, pp. 237-238; P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.* pp. 785-786 qui souligne que la Cour s'est limitée à l'hypo-

Quant à la troisième interprétation, qui paraît avoir les faveurs de X. Dieux, elle ne trouve pas davantage appui sur la motivation de la décision entreprise, ni sur les moyens énoncés par le pourvoi, ni sur les motifs de l'arrêt de cassation. On s'explique mal, en outre, pourquoi la phase précontractuelle, en tant que telle, ferait l'objet d'un régime de responsabilité spécifique tout comme il ne va pas de soi que l'organe doive être assimilé au mandataire puisque, en principe, la responsabilité du mandataire se limite aux actes juridiques à l'exclusion des faits juridiques au contraire de celle de l'organe d'une personne morale[184].

65. Faut-il y voir, comme le suggèrent certains auteurs, la consécration d'une véritable représentation parfaite en matière quasi-délictuelle[185] ?

À cet égard, P.-A. Foriers et R. Jafferali rappellent que la faute extracontractuelle engage l'organe de la personne morale qu'il représente, dune part, et, d'autre part, que la Cour de cassation a admis que le mandant répond des fautes extracontractuelles de son mandataire lorsqu'elles sont inséparables de l'acte sur lequel porte le mandat en sorte que la représentation contractuelle pourrait également se concevoir pour les faits juridiques[186].

Ceci n'exclurait nullement le concours de responsabilité entre organe ou mandataire et personne morale ou mandant et l'éventuelle condamnation des premiers sur pied des règles de la responsabilité aquilienne.

Sans recevoir la thèse de l'absorption prônée par V. Simonart en ce qui concerne les faits commis par les organes d'une personne morale,

thèse d'une faute précontractuelle, met en exergue la contradiction avec la jurisprudence constante de la responsabilité personnelle de l'organe en matière extracontractuelle et, enfin, s'étonne que la Cour se soit prononcée de façon aussi peu circonstanciée si elle a réellement souhaité opérer un tel revirement jurisprudentiel. On remarquera également le commentaire de V. SIMONART, d'après qui l'arrêt «*décide qu'en principe, les membres des organes qui commettent une faute aquilienne n'engagent pas leur responsabilité personnelle*», l'accueillant ainsi avec prudence et précisant même: «*il ne faut pas s'exagérer l'enjeu de la discussion: personne ne conteste qu'il faut trouver un équilibre entre l'esprit d'entreprise et la protection des tiers et que les administrateurs qui dépassent certaines limites engagent leur responsabilité personnelle; c'est la fixation de ces limites qui fait l'objet de controverses*» (V. SIMONART, «La théorie de l'organe», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.*, pp. 724-725, n° 17).

[184] P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *Liber amicorum Michel Coipel, op. cit.*, p. 785.

[185] P.-A. FORIERS et R. JAFFERALI, «La responsabilité des administrateurs et des membres du comité de direction des sociétés anonymes – Annotations sur le régime général de responsabilité», *séminaire Van Ham et Van Ham*, 30 septembre 2004, pp.10-16, n° 12-16 de leur contribution.

[186] Ces auteurs citent un arrêt du 22 avril 1985 (*Pas.*, 1985, I, n° 46) et un arrêt du 21 septembre 1987 (*Pas.*, 1988, I, n° 39)

P.-A. Foriers et R. Jafferali, s'interrogeant sur la cause de l'immunité de l'organe ou du mandataire pour des fautes de nature quasi-délictuelle, avancent la thèse fondée sur la théorie générale de la représentation.

Ainsi, la faute commise par les dirigeants sociaux dans le cadre de leur mission, ne seraient pas la leur mais celle de la personne qu'ils représentent, cette faute (pas plus que l'acte juridique sur lequel portait la représentation) ne liant le représentant.

La portée de l'arrêt du 16 février 2001 serait révolutionnaire à double titre:

(i) sur le plan de la théorie générale de la représentation, en mettant un terme définitif à la distinction entre représentation organique et les autres formes de représentation, particulièrement la représentation contractuelle; en admettant en outre une représentation parfaite, dans le sens le plus pur du terme, puisque non seulement le représenté répondrait des fautes extracontractuelles de son représentant mais qu'en outre, il en répondrait seul, à l'exclusion de ce dernier;

(ii) ensuite, dans le domaine de la responsabilité des organes des personnes morales – à tout le moins de droit privé – puisque ceux-ci disposeraient d'une immunité dépassant celle qui leur est reconnue par l'arrêt de 1997[187].

Ce serait une véritable représentation parfaite en matière quasi-délictuelle qui serait, ainsi, consacrée à l'égard de l'administrateur et la théorie de la Cour de cassation conduirait à une «absorption» totale de ses fautes quasi délictuelles par la société qu'il représente, pour peu que ces fautes soient inséparables de l'acte sur lequel portait la représentation. Sur base de ce raisonnement, le mandant supporte seul les conséquences des fautes aquiliennes commises par son mandataire [188] et liées à sa mission.

66. La perplexité des auteurs face à cet arrêt surprenant et à la solution qu'il semblait consacrer exigeait une clarification de la part de la Cour de cassation.

[187] P.-A. FORIERS et R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 15, n° 15. Les auteurs en déduisent une amorce de retour aux système originaire des lois coordonnées sur les sociétés commerciales tempéré toutefois par l'importance des cas particuliers de responsabilités consacrés par le Code des sociétés.

[188] P.-F. CUIF enseigne, en France, de manière imagée, que «*le mandataire est une sorte d'échafaudage qui, une fois le contrat conclu, disparaît et laisse subsister le seul lien entre le tiers contractant et le mandant. Le mandataire n'engage donc qu'exceptionnellement sa responsabilité. Ainsi, le propriétaire des biens gérés n'est-il pas totalement déchargé de leur gestion par le mandataire puisqu'il est, en principe, seul engagé vis-à-vis des tiers contractants*», *in Le contrat de gestion*, Paris, Economica, 2004, pp. 124-125, n° 160.

67. Dans un cas similaire de «*culpa in contrahendo*», la Cour de cassation a, par un arrêt du 20 juin 2005[189], clarifié sa position en renonçant de manière claire à l'immunité de principe des administrateurs dont la responsabilité, affirme la Cour, *co-existe* avec celle de la société.

Les faits qui sont à l'origine de l'arrêt se résument comme suit: une société luxembourgeoise, représentée par son gérant de droit et son gérant de fait, avait vendu une activité de services (la domiciliation de sociétés) à deux personnes physiques belges. À l'occasion de la négociation de la vente, la société luxembourgeoise s'était rendue coupable de réticence en omettant de signaler l'expiration du bail relatif au lieu d'exploitation de l'activité de domiciliation de ses clients, avec les fâcheuses conséquences s'attachant à la perte de ce droit et à la difficulté d'exercer efficacement l'activité cédée.

Par un arrêt du 30 mai 2002, la Cour d'appel de Bruxelles avait condamné les organes de la société luxembourgeoise sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Condamnés par la Cour d'appel Bruxelles, les gérants luxembourgeois se sont pourvus en cassation pour violation des règles en matière de responsabilité et de représentation des sociétés, soutenant dans leur premier moyen que lorsqu'un organe, de droit ou de fait, d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas une infraction pénale au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engageait non pas la responsabilité du gérant ou du mandataire mais uniquement celle de la société ou du mandant. L'argument était calqué sur les attendus de l'arrêt de la Cour de cassation, du 16 février 2001, commenté ci-avant.

[189] Cass. (3e ch.), 20 juin 2005, *DAOR* 2005, liv. 76, p. 340 et note G. GATHEM.; *J.T.* 2006, liv. 6230, p. 435, concl. J. LECLERCQ et note L. BIHAIN intitulée «Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés», pp. 421-427; *J.L.M.B.* 2005, liv. 27, p. 1199, concl. J. LECLERCQ; *Pas.* 2005, liv. 7-8, p. 1354, concl. J. LECLERCQ; *RABG* 2005, liv. 17, p. 1549 et note I. BLOCKX et E. JANSSENS intitulée «De saga van de buitencontractuele aansprakelijkheid van organen van een vennootschap", pp. 1552-1556; *J.D.S.C.* 2006, p. 90, concl. J. LECLERCQ et note M.A. DELVAUX intitulée «Une saga passionnante: la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale», pp. 95-103; *R.D.C.* 2005 (reflet H. DE WULF), liv. 8, p. 892; *R.D.C.* 2006, liv. 4, p. 418 et note A. COIBION intitulée «Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe», pp. 421-425; *R.G.A.R.* 2006, liv. 4, p. 14106 et note C. DALCQ; *Rev. not. b.* 2005, liv. 2991, p. 665 et note; *Rev. prat. soc.* 2005, liv. 2, p. 183, concl. J. LECLERCQ et note Y. DE CORDT intitulée «Chronique d'une valse-hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de société», pp. 194-242; *R.W.* 2006-07, liv. 19, p. 789 et note; *R.G.D.C.* 2005, liv. 8, 473.

La Cour de cassation rejette le moyen en ces termes:

«Attendu que (...) si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci;

Que, dans cette mesure, le moyen, qui soutient le contraire, manque en droit».

En affirmant que la responsabilité de la personne morale n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci, l'arrêt du 20 juin 2005 a pris le contre-pied de l'interprétation donnée à l'arrêt du 16 février 2001 et mis un terme -au moins provisoire – aux vives controverses qu'avait suscitées cet arrêt, en atténuant la portée que certains auteurs avaient donnée à l'arrêt du 16 février 2001[190]. On peut toutefois regretter, avec Y. DE CORDT[191], l'évanescence de la motivation et la difficulté qui en résulte d'appréhender les incidences de l'arrêt.

Il nous paraît ici délicat de se référer aux arrêts, commentés ci-avant de 29 juin 1989 et du 7 novembre 1997, rendus en matière de cumul -ou de concours – de deux types de responsabilité: (i) la responsabilité contractuelle de la société et (ii) la responsabilité quasi-délictuelle du dirigeant. Sauf à procéder à une assimilation hardie de la *culpa in contrahendo* à un manquement contractuel de la société, les règles dégagées de l'arrêt de 1997 (conduisant à la quasi-immunité du dirigeant) ne trouveraient pas à s'appliquer aux cas de faute quasi-délictuelle de la société puisqu'en ce cas, tant la faute du dirigeant que le dommage subi par le tiers sont, par définition, étrangers à tout contrat qui aurait été conclu entre la société et le tiers. C'est donc en vain qu'on chercherait, dans cette jurisprudence antérieure, les principes applicables à la mise en œuvre de la co-existence de responsabilité justement consacrée par l'arrêt du 20 juin 2005.

68. En l'absence d'une théorie globale «macro-jurisprudentielle» que la doctrine appelle de ses vœux[192], apportant la paix judiciaire et une lisibilité des solutions, il est permis d'évoquer les ressources offertes par la jurisprudence française. La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses

[190] A. COIBION, «Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe», *R.D.C.*, 2006/4, pp. 421 et suiv.; L. BIHAIN, «Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés», *J.T.*, 2006, pp. 421 et s., J. WINDEY, «Les responsabilités liées à l'état de faillite», *Les responsabilités d'entreprises*, *op. cit.*, pp. 483-484, nº 25-26.

[191] Y. DE CORDT, Chronique d'une valse hésitation: la responsabilité aquilienne des organes de sociétés», *op.cit.*, p. 230.

[192] *Ibidem*, pp. 230-242.

fonctions; il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales[193]. En dehors de ce cas, la société ne saurait être tenue responsable.

Développée à partir de la théorie de l'acte détachable, bien connue en droit administratif la jurisprudence française[194] a érigé en règle de droit la responsabilité fonctionnelle des dirigeants sociaux[195].

69. Nonobstant les interrogations et les critiques que cette jurisprudence soulève chez les auteurs français, les notions mêmes de responsabilité «fonctionnelle» et de «faute d'une extrême gravité» offrent des pistes de réflexion intéressantes.

Peut-on encore parler de la «fonction» de dirigeant au singulier, particulièrement depuis la loi du 17 décembre 2008 instituant un comité d'audit dans les sociétés cotées et définissant la notion d'administrateur indépendant? Les administrateurs exécutifs ou non exécutifs, les administrateurs indépendants (art. 526*ter* C. Soc.) ou non indépendants, les membres du comité d'audit (art. 526*bis* C. Soc.[196]) ou d'un comité consultatif institué sur pied de l'article 522, § 1er, *in fine*), les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière exercent des fonctions différentes. Cette variété de fonctions peut-elle encore s'accommoder, à l'avenir, d'un traitement indifférencié lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences de la faute de l'un de ces dirigeants à l'égard des tiers? Une réponse affirmative ne conduit-elle pas à l'arbitraire? Il en va de même en matière d'appréciation de la faute: la mise en cause de la responsabilité du dirigeant pour les seules fautes d'une «particulière gravité» ou pour les seuls cas de fraude ou de dol[197] constituerait certes un moyen de limiter l'extension de la

[193] Cass. (com), 20 mai 2003 et note B. DONDERO, Dalloz, Jurisprudence, commentaires, 2003, p. 2623; J.-F. CLEMENT, «La faute personnelle du dirigeant social et la fin de l'impunité à l'égard des tiers», note sous Cass. (com), 20 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 2004, pp. 483 et suiv. Voy. aussi Cass. (com), 26 février 2008, *Bull. Joly Soc.*, août-septembre 2008, p. 657 et note P. Le Cannu.

[194] Voy. Reims, ch. civ., 28 octobre 1998 et Cass. fr. (crim.), 20 octobre 1998, cités in C. CHAMPEAUD et D. DANET, Chron. Sociétés et autres groupements, *R.T.D. Com.*, 2001, pp. 454-455.

[195] *Ibidem*, p. 455.

[196] Sur les changements apportés par la loi du 17 décembre 2008 instituant notamment un Comité d'audit dans les sociétés cotées et dans les entreprises financières et la loi du 9 février 2009 modifiant l'article 133, § 6, al. 1er, et l'article 526, ter du Code des sociétés, voy. P. DE WOLF et M. DESIMPELAERE, *Actualité du contrôle des sociétés anonymes*, coll. Vanham & Vanham, 26 mars 2009, pp. 28-34.

[197] L. BIHAIN, «Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés», *op. cit.*, p. 427.

responsabilité de la société aux dirigeants. Dans l'état actuel de la loi et de la jurisprudence, elle ne paraît toutefois pas praticable.

Aussi, on peut regretter que, dans l'attente d'une unification et d'une clarification des «règles du jeu» par la voie de la loi ou d'arrêts de principe de la Cour de cassation, les dirigeants en soient tenus à subir régulièrement le ressac d'une jurisprudence en dents de scie.

4. La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite («action en comblement de passif»)

4.1. Principes

70. La responsabilité des administrateurs ou des gérants envers les tiers peut enfin être recherchée pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société; ce fondement de responsabilité, instauré par le législateur notamment pour «*marquer la responsabilité personnelle des dirigeants maladroits ou aventureux*»[198], permet de condamner les dirigeants à couvrir les dettes de la société, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité[199], à concurrence de l'insuffisance d'actif[200]. Cette aggravation de la responsabilité des dirigeants en cas de faillite permet aux tiers de retenir des fautes qui ne s'identifient pas nécessairement à une violation de la loi ou des statuts, mais à une faute de gestion qu'ils ne peuvent reprocher aux dirigeants en cours de vie sociétaire[201].

4.2. Conditions posées à l'intentement de l'action en comblement de passif

71. Trois éléments doivent être réunis pour que cette action puisse être intentée avec succès.

[198] P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges», Examen de jurisprudence (1984-1990), *R.C.J.B.*, 1991, p. 492. Dans le même sens, voir M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, 2e éd., Larcier, 1997, n° 317-1 et les références citées et J.-Fr. GOFFIN, *op. cit.*, n° 132, et les références citées.

[199] Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour condamner solidairement ou non les administrateurs, en tenant compte par exemple de la répartition des tâches entre dirigeants ou de l'incidence de leurs fautes respectives sur la faillite (Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642).

[200] Articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés.

[201] Les articles 262 (SPRL), 408, alinéa 1 (SCRL) et 527 (SA) du Code des sociétés ne permettent d'engager la responsabilité pour des fautes de gestion qu'à l'égard de la société, et non à l'égard des tiers (voir supra, n° 340).

(i) Une faute grave et caractérisée

72. Il s'agit d'une faute (faute de gestion, délit, faute contractuelle, ...) impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir «*nettement marquée*»[202], ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif pour tout homme raisonnable[203]; l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société. On considère que la faute grave est toujours caractérisée mais qu'une faute caractérisée n'est pas nécessairement grave[204].

73. On cite, comme exemples:

- le détournement de fonds au préjudice d'une société constituée avec un capital insuffisant; l'attribution d'avances à une autre société à un moment où celle-ci est déjà en liquidation, sans justification[205]; le montage d'une opération de reprise d'une autre société afin de reporter artificiellement la faillite de cette dernière[206]; la facturation partielle des fournitures de services apportées à une société tierce actionnaire à 50% de la société gérée, afin de ne pas compromettre la santé financière de cette société tierce et en sacrifiant la société gérée et ses créanciers[207];
- la tenue d'une comptabilité fausse et la poursuite d'une exploitation pendant deux ans alors que le capital était perdu[208];

[202] Comm. Liège (3e ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

[203] Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642.

[204] I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, pp. 543 et s. et réf. citées; *Act. Dr.*, «L'entreprise en difficulté», 1997.3., pp. 525 et s. et les réf. citées; Comm. Liège (3e ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

[205] Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200, *R.D.C.*, 2001, p. 739.

[206] Comm. Termonde (3e ch.), 6 décembre 1999, *J.D.S.C.*, 2001, n° 323, p. 215, *T.R.V.*, 2000, p. 40 et note.

[207] Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642; il apparaît en l'espèce que la société est gérée essentiellement pour servir d'outil financier à la société tierce.

[208] Comm. Bruxelles, 8 déc. 1981, *B.R.H.*, 1982, p. 393.

- des prélèvements massifs effectués par un administrateur dans les avoirs sociaux et atteignant le double du capital social[209]; des prélèvements substantiels en compte courant alors que la société souffre de difficultés de trésorerie[210];
- la tolérance de prélèvements injustifiés et à des fins privées effectuées par un coadministrateur[211];
- la poursuite irréfléchie d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif), ayant finalement conduit à la faillite et où les actifs étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers[212]; la poursuite d'une activité gravement déficitaire, au-delà du raisonnable, sans aucune chance de redressement[213];
- l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire durant deux années, l'acceptation que le nombre d'administrateurs prévu par la loi n'ait plus été atteint depuis plusieurs années, l'oubli de veiller à ce que les comptes soient régulièrement tenus, une convocation de la société par les services d'enquêtes commerciales s'étant avérée nécessaire pour qu'une assemblée générale extraordinaire se tienne et que les comptes relatifs à trois exercices successifs soient hâtivement établis[214], le non-respect de la procédure de la «sonnette d'alarme» (art. 633 C. Soc.);[215]
- la mise en place d'une "caisse noire";
- la violation de la législation fiscale;
- l'absence d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales relatives au capital minimum[216];
- l'acceptation d'une traite pour le compte de la société par un administrateur, sachant pourtant que les marchandises livrées ne sont pas conformes à la commande et qu'elles ont été renvoyées à l'expéditeur[217];

[209] Comm. Bruxelles, 10 sept. 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523.

[210] Liège (7e ch.), 3 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2001, n° 322, p. 211, *R.P.S.*, 1999, p. 148 et note W. DERIJCKE.

[211] Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196.

[212] P. COPPENS et F. T'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges», Examen de jurisprudence (1984-1990), *R.C.J.B.*, 1991, p. 488. Voir par exemple Bruxelles, 31/10/1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201 et observations Cl. PARMENTIER; Mons, 20 mai 1985, *R.P.S.*, 1985, p. 261.

[213] Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, n° 197, p. 232, obs. M. CALUWAERTS; *R.P.S.*, 1985, p. 261 et Bruxelles, 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, n° 7, p. 305.

[214] Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70.

[215] Gand, 6 novembre 2000, *DAOR*, 2007/82, pp. 208-220.

[216] Comm. Liège (3e ch.), 24 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2002, n° 414, p. 213; Comm. Hasselt (4e ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33.

[217] Comm. Anvers, 29 juin 1984, *R.P.S.*, 1985, p. 309.

- la tenue d'une comptabilité fragmentaire[218]; l'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et étant à la source d'un non respect des engagements envers les fournisseurs et les créanciers institutionnels[219];
- le fait de se désintéresser de l'évolution des affaires de la société, à condition que ce fait soit précisément établi[220];
- le développement d'activités économiques sous la forme d'une société sans le moindre respect ni la moindre notion des dispositions légales en matière de droit des sociétés, de droit fiscal et comptable, dans le seul but de profiter de prestations sociales[221];
- d'une façon générale: une politique aventureuse, à savoir impardonnable ou manifeste et incontestable[222].

74. La loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés[223] a ajouté un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés pour instaurer une présomption irréfragable[224] de faute grave et caractérisée, en ces termes:

«Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux».

À noter que les travaux préparatoires de la loi du 7 avril 1995 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système

[218] Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643.

[219] Comm. Liège, 26 juin 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 416, p. 224 et note M.A. DELVAUX intitulée «La faute grave et caractérisée du dirigeant ayant contribué à la faillite de la société, la responsabilité du dommage causé aux tiers et l'interdiction judiciaire d'exercer une activité commerciale ou de diriger à l'avenir une société: aux mêmes (grands) maux les mêmes (grands) remèdes?»; *R.R.D.*, 2000, p. 346.; Bruxelles, 22 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 324.

[220] Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196 (*quod non in casu*): le simple fait d'attendre la fin de l'exercice social s'étendant en l'espèce sur 18 mois pour demander le détail des comptes et les résultats concrets de la société gérée n'a pas été considéré comme faute grave dans un contexte où la société bénéficie des services d'un comptable sérieux et où rien ne permet de craindre que le coadministrateur qui gère activement la société ne commet des erreurs de gestion ou des malversations).

[221] Comm. Gand (6e ch.), 22 juin 2006 (*T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 281 et *J.D.S.C.*, 2008, n° 846, p. 180).

[222] Liège (7e ch.), 1er février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 412, p. 207, *R.P.S.*, 2000, p. 179, *DAOR*, 2001, p. 163 (*quod non in casu*).

[223] *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928, entrée en vigueur le 1er octobre 2002.

[224] Voir la justification de l'amendement et la précision du caractère irréfragable de la présomption: *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin. 2000-2001, n° 1132/007, p. 5.

financier aux fins de blanchiment de capitaux[225] citent des exemples de ce qu'il convient d'entendre par *faute grave et organisée* au sens de la loi.

Cette présomption facilite évidemment la tâche du demandeur à l'action en comblement de passif, puisqu'elle n'autorise même pas la preuve contraire; reste au dirigeant qui se voit reprocher une *'fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, §2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux'* à démontrer que cette faute n'a en aucune façon contribué à la faillite (voir *infra*).

75. La loi-programme du 20 juillet 2006[226] a apporté de nouvelles modifications à l'article 530, § 2, C. Soc.

Sous un chapitre intitulé «*Responsabilité personnelle et solidaire des gérants et administrateurs de sociétés en cas de faillite*», la loi-programme ajoute un second paragraphe aux articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA) C. Soc., relatifs à l'action en comblement de passif en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale[227].

Auparavant, le non paiement des charges sociales et fiscales n'était pas été reconnu comme une faute grave et caractérisée lorsqu'il était involontaire et la conséquence de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise[228]; le non paiement des charges sociales et fiscales devenait par contre gravement fautif lorsqu'il constituait un mode de financement délibérément choisi par les dirigeants de l'entreprise[229]. La jurisprudence considérait que la seule constatation comptable de l'importance du passif

[225] *M.B.*, 10 mai 1995, p. 12.378.

[226] Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2e édition, p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

[227] Article 38, § 3*octies*, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

[228] Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 octobre 2003 (*J.D.S.C.*, 2005, n° 665, p. 174 et note M.A. DELVAUX intitulée «*Où l'on apprend que l'état de nécessité permet aux dirigeants de méconnaître en toute impunité les obligations sociales et fiscales pesant sur la société gérée*»; *F.J.F.*, n° 2005/125, liv. 5, p. 407) se référant à l'état de nécessité pour rejeter la responsabilité des dirigeants.

[229] Liège (7e ch.), 13 janvier 2004, *J.D.S.C.*, 2005, n° 667, p. 183 et obs. M.A. DELVAUX.

fiscal et social de la faillite ne permettait pas l'engagement de la responsabilité des administrateurs pour faute grave et caractérisée; le fait de croire à tort dans les chances de redressement de l'entreprise gérée était une faute de gestion qui ne présentait toutefois pas, à elle seule, le caractère de gravité requis par l'article 530 du Code de sociétés.

On note que la faveur faite aux «*petites*» SPRL et SCRL (*infra*) est expressément écartée en la matière.

76. Le texte présume qu'est une faute grave:

- toute forme de fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, comme c'était déjà le cas au dernier alinéa des articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) C. Soc., et
- le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales.

Soulignons, avec J.-P. Renard[230] que cette dernière disposition introduit une responsabilité objective dans le chef de tous les administrateurs et qu'il suffit qu'un seul administrateur ait été impliqué dans la situation visée par la loi pour que les autres deviennent solidairement responsables de tout ou partie des dettes à l'égard de l'ONSS. L'iniquité du système est accrue par l'absence de limitation dans le temps, à savoir une période de cinq ans précédant la faillite (comp. article 530, § 2, al. 1er et al. 3).

En outre, le texte donne au Roi le pouvoir, après avis du comité de gestion de l'Office national de sécurité sociale, de déterminer les faits, données ou circonstances qui peuvent également être considérés comme faute grave.

77. C'est le tribunal de commerce qui connaît de la faillite de la société qui est compétent pour juger de l'action de l'ONSS et du curateur, ce dernier ayant perdu son monopole à l'occasion de la réforme de l'article 530 C. Soc. introduite par la loi du 4 septembre 2002 (*infra*, n° 84-85).

[230] J.-P. RENARD, «Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime de liquidation des sociétés», in *Le risque entrepreneurial*, VBO-FEB, 2006, p. 108. L'auteur qualifie cette innovation de révolutionnaire et dangereuse et appelle de ses vœux une loi de réparation.

78. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date[231].

(ii) La faillite et l'insuffisance d'actif

79. Ce type d'action en responsabilité ne peut être intenté qu'en cas de faillite de la société dirigée, et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales. Si l'action était autrefois réservée au curateur, selon la jurisprudence et la doctrine constantes, la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés[232] a toutefois supprimé ce monopole par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés (voir *infra*).

(iii) La contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite

80. Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait *contribué*[233] [234], peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause[235]. Le demandeur en responsabilité est dispensé de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif dont le diri-

[231] En vertu de l'article 59 de la loi-programme précitée.

[232] *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s.

[233] Il a été jugé que l'omission d'appliquer l'article 103 des L.C.S.C. (tirer la sonnette d'alarme en cas de perte grave de l'actif net – voir *infra*) est une faute qui a *retardé la survenance* de la faillite *sans toutefois y contribuer*, et que l'embellissement du bilan constitue une faute qui n'est *pas directement une cause* de la faillite et *ne contribue pas* davantage à celle-ci (Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200, *R.D.C.*, 2001, p. 739). Il a également été jugé que dès lors que le projet économique sur lequel reposait la société s'est rapidement révélé catastrophique, mais n'était pas en lui-même utopique ou aventureux, que l'insuffisance des moyens prévus n'est pas démontrée, mais qu'il semble bien que les difficultés de la société résultent, en réalité, de choix malheureux eu égard à la conjoncture défavorable dans le secteur d'activités concerné et que la décision des administrateurs de poursuivre les activités ne peut en soi leur être reprochée, les manquements de ces administrateurs aux obligations comptables et aux dispositions légales, bien que graves, n'ont cependant pas contribué en eux-mêmes à la faillite (Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70).

[234] Une faute grave et caractérisée qui n'a pas contribué à l'apparition du passif ou à la non réalisation ou à la perte d'actifs ne conduit dès lors pas à la responsabilité sur la base de l'article 530 du Code des sociétés; pour une application, voir Gand (7e ch.), 9 mai 2005, T.R.V. 2005, liv. 7, 480 et *J.D.S.C.*, 2007, p. 61 où la Cour doit constater que l'inactivité des administrateurs pendant la période litigieuse était bel et bien fautive, mais que, durant cette période, aucune nouvelle dette n'a vu le jour toutes les créances au passif de la faillite existant déjà précédemment.

[235] Voir par exemple Gand, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 976; voir A. BENOIT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. Dr.*, 1991, p. 110.

geant fautif est présumé responsable[236]; le juge a toutefois la possibilité de tempérer la condamnation.[237]

4.3. Action exclue pour les «petites» SPRL et SCRL

81. Cette source de responsabilité ne s'applique pas si la société en faillite est une SPRL ou une SCRL qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 370.000 EUR[238]. Le chiffre d'affaires visé par cette disposition est celui réalisé par la société "au cours des trois exercices ayant précédé la faillite".

82. C'est aux administrateurs ou gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par les alinéas seconds des articles 265 et 409 du Code pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par les alinéas premiers desdits articles[239], et non à la

[236] Comm. Liège (3e ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

[237] Liège, 23 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 252. Après avoir reconnu la gravité de la faute commise par les administrateurs d'une SCRL, la Cour ne retient pas leur responsabilité car il n'est pas établi, compte tenu du caractère éphémère des activités de la société, que leur négligence ait contribué à la faillite ou qu'il y ait un lien de causalité entre cette négligence caractérisée et le dommage subi par les créanciers du fait de la faillite.

[238] Articles 265, alinéa 2 (faveur crée pour les SPRL par la loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935) et 409, alinéa 2 (faveur étendue aux SCRL par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935) du Code des sociétés.

Sur la critique de cette limitation, voir notamment J.-M. DE BACKER et O. RALET, *op. cit.*, n° 99, pp. 126 et 127; M. WYCKAERT, «De aanspraakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», note sous Comm. Liège, 07/12/1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. 445; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, *op. cit.*, éd. 1997; n° 317-1, pp. 269-270 et éd. 2008, n° 317-2, pp. 490-491; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *op. cit*, p. 180; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 223-224; F. t'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *DAOR*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. t'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103; M.A. DELVAUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 14 févr. 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241; voir aussi, sur cette disposition, les appréciations de P. COPPENS et F. 't KINT, *op. cit.*, n° 81, pp. 523-524.

[239] Voir notamment Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643; dans cette espèce, les chiffres de la comptabilité de la SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier, de sorte que les dirigeants n'ont pu rapporter la preuve que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur aux dirigeants de petites SPRL.

curatelle ou au créancier agissant d'établir le contraire[240]. Sur le plan de la preuve en effet, et conformément au droit judiciaire (article 870 du Code judiciaire), on rappelle que la curatelle ou le créancier demandeur doit prouver trois éléments pour fonder la responsabilité d'un dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif: la faillite, l'insuffisance d'actif et l'existence dans son chef d'une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite. Si ces trois éléments sont établis, la responsabilité du dirigeant peut être engagée, à moins qu'à son tour, ce dernier apporte la preuve que la société dont il assume la gestion rencontre les critères cumulatifs définis ci-dessus (petite SPRL ou petite SCRL).

4.4. Pouvoir d'appréciation du juge

83. L'action en comblement de passif nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave (toute faute commise par un administrateur ne constitue pas forcément une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner sa responsabilité[241]) qu'au niveau de l'imputabilité distincte de celle-ci à chacun des administrateurs (en fonction du rôle joué dans sa commission, des obligations particulières pesant sur lui, ...)[242].

En outre, l'ampleur de la condamnation des dirigeants, qui supporteront tout ou seulement une quotité du passif social, est décidée par le juge. Selon quels critères? En vertu du texte légal, la limite maximale de la condamnation est nécessairement l'insuffisance d'actif. Ceci laisse une énorme marge de manœuvre au magistrat. La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le juge doit statuer *en équité*, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée[243]. Le dirigeant peut

[240] Voir Comm. Hasselt (4e ch.), 9 avril 2002 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33) qui semble exiger, par erreur selon nous, que la curatelle établisse que la société a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur puisse voir sa responsabilité engagée.

[241] Voir par exemple la décision du Tribunal de commerce de Termonde (2e ch.) du 5 septembre 1997 (*J.D.S.C.*, 1999, n° 99, p. 244 et obs. M.A. DELVAUX, *T.G.R.*, 1998, p. 75): le tribunal reconnaît qu'une faute a été commise (calcul erroné du prix de revient entraînant de mauvais résultats du chiffre d'affaires) mais qu'elle n'est pas grave au point d'engager la responsabilité du dirigeant sur pied de l'article 63*ter* des L.C.S. (devenu l'article 265 du Code des sociétés).

[242] Voir notamment Comm. Termonde (3e ch.), 31 décembre 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 96, p. 240 (sommaire), *T.G.R.*, 1998, p. 77. Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207.

[243] Voir par exemple Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 328; J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 303; O. RALET, *op. cit.*, p. 186; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 245-246.

donc être amené à supporter une condamnation soit qui excède les conséquences objectives de sa faute, soit qui est réduite au regard de celles-ci. Ceci s'explique notamment par le fait que cette source de responsabilité est largement détachée du lien de causalité, puisqu'il suffit que la faute ait *contribué* à la faillite.

84. On se demandait autrefois si le curateur bénéficiait d'un monopole pour intenter l'action en comblement de passif, ou si une initiative individuelle d'un créancier isolé était envisageable. Jusqu'en 2002, la jurisprudence comme la doctrine considéraient que pareille action en responsabilité était réservée en exclusivité au curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers; les créanciers isolés n'étaient pas recevables à agir; ce monopole d'action du curateur n'avait pas été jugé contraire à l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme «*dès lors que l'article 63*ter *(des L.C.S.) ne confère aucun droit subjectif aux créanciers particuliers mais uniquement à la masse faillie*»[244]. Restait alors au créancier individuel la possibilité de fonder ses prétentions sur l'article 1382 du Code civil, avec les difficultés corrélatives susmentionnées.

Cette consécration jurisprudentielle et doctrinale d'un véritable monopole du curateur pour introduire l'action en comblement de passif a été complètement anéantie par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés[245].

Elle a ajouté un alinéa supplémentaire aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés en ces termes: «*L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse*».

85. Le créancier agissant individuellement doit en informer préalablement le curateur; ceci lui permettra d'intervenir volontairement à la procédure ou d'intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

Le créancier agissant individuellement obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi. Selon les auteurs du texte, ce résultat exclusif ne semble pas heurter le principe d'égalité. D'une part, ce principe d'égalité reste souvent lettre morte dans la pratique des faillites, lorsque l'on constate le nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur comme les procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers (est citée comme exemple l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage); d'autre part, la volonté des auteurs du texte est clairement d'inciter le créancier individuel à agir; or s'il se retrouve sur pied d'égalité avec les autres créanciers inertes, on ne voit réellement pas ce qui le motiverait à introduire une quelconque action en justice contre les dirigeants!

[244] Bruxelles (8e ch.), 1er mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT, *J.D.S.C.*, 1999, n° 100, p. 246 et obs. M.A. DELVAUX.

[245] *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s.

5. Tableau synthétique de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers

	Violation du Code ou des statuts	**Comblement de passif**	**Responsabilité aquilienne**
Base légale?	articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA)	articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA)	articles 1382 et 1383 du Code civil
Qui peut être responsable?[246]	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé
Quelle faute?	violation du Code ou des statuts (càd violation d'une obligation de résultat)	faute grave et caractérisée qui est soit violation Code/statuts, soit faute de gestion	acte illicite et faute de gestion MAIS quid de Cass., 07/11/1997[247]
Y a-t-il solidarité?	solidarité de droit	solidarité éventuelle, soumise à l'appréciation du juge	la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune

[246] Seul le texte fondateur de l'action en comblement de passif vise *expressément* l'administrateur de droit mais aussi le dirigeant de fait, et englobe *expressément* les anciens dirigeants; sur la base de la violation du Code ou des statuts d'une part, des articles 1382-1383 du Code civil d'autre part, les textes sont indigents relativement à ces deux critères. On considère toutefois que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur ces deux fondements non seulement les dirigeants de droit actuel mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

[247] On se contente de rappeler ici l'arrêt nébuleux de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 et nos développements *supra*.

	Violation du Code ou des statuts	Comblement de passif	Responsabilité aquilienne
Y a-t-il solidarité?	solidarité de droit	solidarité éventuelle, soumise à l'appréciation du juge	la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune
À qui la faute est-elle imputable?	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute; éventuellement faute commune à établir	à l'auteur de la faute; éventuellement faute commune à établir
Quel est le dommage réparable?	l'intégralité du dommage subi	tout ou partie du dommage, selon l'appréciation du juge	l'intégralité du dommage subi MAIS quid de Cass., 07/11/1997
Quel lien causal?	lien strict entre la faute et le dommage	plus lâche: faute qui a *contribué* à la faillite	lien strict entre la faute et le dommage

V. Les responsabilités particulières à l'occasion de certaines opérations

1. La longue liste des responsabilités particulières

86. Les règles de responsabilité exposées ci-avant ont une portée générale; en plus de celles-ci, le Code des sociétés et certaines lois particulières instaurent ou modalisent une responsabilité particulière des administrateurs ou gérants à l'occasion d'opérations déterminées.

On peut citer par exemple les cas suivants:

- augmentation de capital[248];
- transformation de la société[249];
- fusion ou scission[250];

[248] Articles 314 (SPRL), 424 (SCRL) et 610 (SA) C. Soc.
[249] Article 785 C. Soc.
[250] Article 687 C. Soc.

- défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage du capital[251];
- surévaluation manifeste de biens vendus à une société par un fondateur, un administrateur ou un associé[252];
- indication insuffisante des mentions permettant aux tiers d'identifier la société ou de la qualité en vertu de laquelle les dirigeants agissent[253];
- absence de dépôt du bilan et des autres pièces nécessaires lors de l'aveu de la cessation des paiements et/ou constat d'erreurs imposant des redressements significatifs[254];
- absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA[255];
- absence ou retard dans la présentation à l'assemblée générale puis dans le dépôt des comptes annuels[256];
- modification de la dénomination sociale qui devient identique ou semblable à celle d'une autre société[257].

Certains cas sont proches de la responsabilité des fondateurs; d'autres renforcent la responsabilité qui résulterait normalement d'une violation de la loi sur les sociétés en présumant le lien de causalité ou en alourdissant la responsabilité individuelle du dirigeant fautif; enfin, certains se cachent plus vicieusement dans des lois particulière.

Seuls trois cas de responsabilité particulière retiendront l'attention dans les lignes qui suivent:

- l'omission de «tirer la sonnette d'alarme», à savoir de convoquer une assemblée générale en cas de pertes graves;
- l'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA;
- l'absence ou le retard dans la présentation à l'assemblée générale puis dans le dépôt des comptes annuels.

[251] Articles 332, al. 4, 431, alinéa 4 et 633, alinéa 5 (SA) du C. Soc.
[252] Articles 220 (SPRL), 396 (SCRL) et 445 (SA) du Code des sociétés. Voir également les sanctions pénales prévues aux articles 345, 4° (SPRL), 433, 2° (SCRL) et 647, 2° (SA) du C. Soc.
[253] Articles 62, 79 et 80 C. Soc.
[254] Article 54 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 telle que modifiée par la loi du 4 septembre 2002, entrée en vigueur le 1er octobre 2002.
[255] Articles 442*quater* du CIR 92 et 93*undecies* C du Code TVA.
[256] Articles 92, § 1, alinéa 3 et 98, alinéa 3 C. Soc.
[257] Article 65, alinéa 3 C. Soc.

2. Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net

87. Les administrateurs des SA et des SCRL ainsi que les gérants des SPRL sont tenus de réunir une assemblée générale si l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social. Une nouvelle réunion est nécessaire si l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social[258]. En ce cas, la dissolution est décidée valablement si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée[259].

Ces assemblées doivent se tenir dans un délai bref: deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires[260]. Elles doivent délibérer le cas échéant dans les formes prescrites pour la modification des statuts (intervention d'un notaire et conditions spéciales de présence et de majorité).

L'assemblée réunie en application de ces dispositions délibère sur la dissolution éventuelle de la société ou sur d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour. C'est le conseil d'administration ou l'organe de gestion qui doit formuler des propositions alternatives à la dissolution. Il doit justifier ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires/associés au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. S'il propose la poursuite des activités, il doit exposer dans son

[258] Articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) C. Soc.

Pour déterminer si les seuils définis à ces articles sont franchis, l'actif net doit être calculé sur la base d'une comptabilité qui est établie correctement et qui reflète fidèlement la situation de la société (Comm. Charleroi, 29 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 39 et note C. SANTVLIET).

[259] Articles 332, alinéa 3 (SPRL), 431, alinéa 3 (SCRL) et 633, alinéa 4 (SA) C. Soc.

[260] À noter une modification par le Code des sociétés: les articles susmentionnés renvoient respectivement aux articles 269 (SPRL), 381 (SCRL – cet article est nouveau et a pour objet d'uniformiser la réglementation des trois formes sociétaires) et 535 (SA) introduits par le Code et qui règlent de façon générale les modalités selon lesquelles les documents et pièces doivent être mis à la disposition de certaines personnes avant la réunion d'une assemblée générale. Dans une certaine mesure, il s'agit d'une reprise des obligations anciennes en la matière, mais des nouveautés apparaissent; sans entrer dans les détails ici, contentons-nous de signaler que le Code distingue ceux qui reçoivent automatiquement les documents (les actionnaires/associés, les administrateurs/gérants et les commissaires) et ceux qui les reçoivent 'à la demande' (notamment les obligataires). On renvoie pour le surplus à F. HELLEMANS, «Assemblée générale et augmentation de capital sous le nouveau Code des sociétés», *Le Code des sociétés et son arrêté d'exécution*, Rapport publié par la Faculté de droit de Liège à l'occasion de la journée d'études consacrée au Code qui s'est tenue à Liège le 7 mars 2001. Cette contribution est la version française du rapport intitulé «Algemeen vergadering en kapitaalverhoging onder het nieuwe Wetboek van vennootschappen» rédigé par M. WYCKAERT et F. HELLEMANS à l'occasion de la journée d'études consacrée au Code qui s'est tenue à Leuven le 6 février 2000.

rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Le Code des sociétés ne prévoit aucune condition de forme ou de fond pour ce rapport du conseil d'administration[261].

Lorsque l'assemblée générale a valablement délibéré et qu'elle a décidé la continuation des affaires sociales, la responsabilité du conseil d'administration est mise hors de cause[262].

Par contre, lorsque l'assemblée prend une décision alors que les rapports n'ont pas été rédigés et présentés conformément aux exigences légales, sa décision est nulle[263].

[261] Voir Mons 17 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 31 et note C. VAN SANTVLIET dans une espèce où le rapport a été rédigé à la suite de l'analyse faite par une fiduciaire réputée et énumère entre autres les orientations préconisées par cette dernière en vue d'aboutir au redressement de la société. Voir également Liège (7e ch.), 19 octobre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 426 et note M. COIPEL intitulée «La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée»: «*Nous pensons (...) qu'il convient de privilégier le contenu à la forme, l'essentiel étant que le conseil d'administration fasse des propositions de redressement consistantes à l'assemblée générale des actionnaires*»; en l'espèce, la Cour retient cependant la responsabilité des dirigeants dans la mesure où elle constate qu'il n'y a pas eu de proposition de redressement consistantes et sérieuses, qu'à aucun moment la cause des pertes importantes enregistrées n'a été analysée de manière sérieuse mais qu'ont simplement été énumérées pour les besoins de la cause des propositions vagues et imprécises dont il n'apparaît pas qu'elles aient été mises en œuvre.

[262] Voir Liège (7e ch.), 3 décembre 1998, *J.D.S.C.* 2001 (abrégé), p. 211; *J.D.S.C.* 2001 (abrégé), p. 219, note M.A. DELVAUX; *R.P.S.* 1999, p. 148, note W. DERIJCKE. La Cour précise qu'en cas d'aggravation *ultérieure* de la situation de la société, les administrateurs doivent supporter l'aggravation du passif net de la société entre le moment où l'activité aurait dû être arrêtée et celui où elle l'a effectivement été.

[263] Articles 332, al. 5 (SPRL), 431, al. 5 (SCRL) et 633, al. 3 du Code des sociétés (SA). Cette règle de la nullité de la décision de l'assemblée générale a été introduite par la loi du 29 juin 1993, complétant l'article 190bis, §1 des L.C.S.C.

Selon M. COIPEL (*in* «La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée», note sous Liège (7e ch.), 19 octobre 2004, *op. cit.*), le demandeur en responsabilité devrait alors solliciter l'annulation de la décision prise par l'assemblée générale en l'absence du rapport spécial légalement requis, et la juridiction saisie ne pourrait que constater que la perte grave de capital n'a pas été soumise à l'assemblée, et que donc il n'y a pas eu de convocation de l'assemblée pour délibérer de l'avenir de la société; ceci qui permettrait l'application de la présomption de lien causal entre l'absence de convocation et le préjudice subi par les tiers. Nous ne connaissons toutefois pas de jurisprudence relative à l'annulation de la décision de l'assemblée et à la responsabilité corrélative des dirigeants dans cette hypothèse. Bruxelles, 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 18.

88. Si l'assemblée n'a pas été convoquée dans le respect de l'exigence légale, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire[264], présumé résulter de cette absence de convocation.

Le dommage consiste pour les créanciers en la diminution des chances de recouvrement de leurs créance, résultant soit de l'accroissement du passif après le moment auquel l'assemblée générale aurait du se réunir pour décider de la dissolution[265], soit du fait que des contrats ont encore été conclus, ce qui n'aurait pas été le cas si la société avait été dissoute[266].

Cette possibilité d'engager la responsabilité des dirigeants en défaut de convoquer l'assemblée générale en cas de pertes substantielles est présente depuis 1873 dans les lois relatives aux sociétés. Elle a toutefois connu une profonde modification lors de l'adoption de la loi du 5 décembre 1984.

D'une part a été introduite une exigence particulière relative à la rédaction d'un rapport spécial du conseil d'administration ou des gérants relativement à des propositions de dissolution de la société ou à des propositions alternatives de redressement.

[264] Par exemple, le tribunal de commerce d'Ypres a considéré que cette présomption de causalité est renversée lorsque le créancier, nonobstant la connaissance qu'il aurait dû prendre de la situation financière dramatique de la société par le truchement des comptes annuels de l'exercice 1994, a choisi de continuer de fournir, même après qu'une facture échue est restée impayée ce qui montre qu'il a pris sur lui le risque du crédit ainsi fourni à la société (Comm. Ypres, 21 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2006, n° 736, p. 145; *R.W.* 2003-04, liv. 11, p. 431; *T.R.V.* 2004, liv. 8, p. 730 et note).

[265] L'accroissement du passif peut être calculée avec précision en établissant la différence entre le passif existant à la date à laquelle l'assemblée aurait dû être convoquée et le passif définitivement cliché, soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est dissoute. Sur cette question, voir X. FOSSOUL, «Modifications apportées au régime juridique de la SA par le projet 210/390», *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1983, p. 376 et les références citées; J. RONSE et J. LIEVENS, *Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, pp. 203-204. Voir également Comm. Charleroi, 07/01/1997, *R.D.C.*, 1997, p. 643, qui choisit une voie originale pour apprécier le dommage subi par les tiers: considérant que le terme 'aggravation du passif' est inadéquat dans la mesure où cette aggravation est susceptible d'être compensée par une augmentation d'actif, le tribunal préfère se référer à l'évolution de l'actif net «*c'est-à-dire en réalité à l'évolution de la valeur comptable de la société*». Une telle solution est toutefois discutable.

[266] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX intitulée «La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001», *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703. Voir également Gand, 13 janvier 1995 (*J.D.S.C.* 1999 (sommaire), p. 235 et note et *R.D.C.*, 1997, p. 179 et note) qui précise que le créancier qui veut faire déclarer un administrateur responsable, sur base de l'art. 103 L.C.S.C. au motif qu'en tant qu'administrateur d'une société virtuellement en faillite, il l'a incité à lui livrer des marchandises, doit prouver que l'art. 103 aurait dû être appliqué avant la date de la commande.

D'autre part, la protection des *tiers* quant au maintien du capital de la société a été également prise en considération, alors qu'à l'origine, l'objectif était uniquement de protéger les *associés*. Les tiers pouvaient bien sûr déjà agir avant 1984 en responsabilité pour violation de la loi[267], mais la réforme a permis de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité à leur égard. En effet, si autrefois le demandeur connaissait des difficultés à apporter la preuve du lien causal entre le défaut de convocation de l'assemblée générale par les administrateurs et son préjudice (accroissement de la perte entre l'époque où l'assemblée aurait dû être convoquée et le moment où le passif social a été définitivement cliché, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est dissoute), ce lien est aujourd'hui présumé par la loi[268] (renversement du fardeau de la preuve), cette présomption étant toutefois réfragable[269].

89. La présomption doit être bien comprise. Il ne s'agit pas d'établir fictivement que l'assemblée générale, si elle avait été adéquatement convoquée, aurait décidé la dissolution de la société ou à tout le moins aurait pris des mesures adéquates. Le Code présume par contre le lien nécessaire de cause à effet entre l'absence de convocation et le dommage subi par les tiers[270], qui doit au préalable être adéquatement prouvé par celui qui se prévaut de ladite présomption. On note qu'il n'existe pas de présomption de lien causal entre l'absence de convocation et la faillite; ce lien causal doit donc être positivement prouvé par le curateur ou le créancier isolé souhaitant introduire une action en comblement de passif[271].

On précise également qu'il n'existe pas de présomption de lien causal entre l'absence de convocation et le dommage subi par *la société*; cette dernière souhaitant engager la responsabilité de ses dirigeants doit donc prouver positivement ce lien.

[267] Voir *supra*.

[268] Articles 332, alinéa 4 (SPRL), 431, alinéa 4 (SCRL) et 633, alinéa 5 (SA) du Code des sociétés.

[269] La loi du 13 avril 1995 a instauré une présomption de causalité semblable en ce qui concerne le défaut d'établissement et de dépôt des comptes annuels – article 98, alinéa 3 du Code des sociétés (voir *infra*).

[270] et non par les associés eux-mêmes; ne bénéficiant pas de pareille présomption (voir le texte clair du dernier alinéa des articles 332, 431 et 633), ceux-ci devront, conformément au droit commun, apporter la preuve du lien de causalité (O. RALET, *op. cit*, p. 160; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 213 à 215).

[271] Voir en ce sens Anvers (5e ch.), 20 décembre 2001 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 591, p. 279 et note M.A. DELVAUX intitulée «*Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net de la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants*», *R.W.*, 2002-2003, liv. 18, p. 708).

Lorsque c'est le curateur qui agit en responsabilité contre les dirigeants, tant au nom de la société que des tiers, il a été jugé que le régime le plus favorable de charge de la preuve (à savoir le renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne le lien de causalité) doit être appliqué[272].

90. Pourquoi édicter un article particulier relatif à la responsabilité pour défaut de convocation de l'assemblée générale comprenant une présomption légale de lien causal, alors qu'existe déjà la «simple» responsabilité pour violation du Code[273]?

Cette disposition est essentielle au niveau de *l'appréciation de l'existence d'un dommage* subi par les tiers en lien causal avec la faute commise, et corrélativement, au niveau de *l'importance du dommage réparable*. En effet, dans le régime antérieur à la loi du 5 décembre 1984, le demandeur qui souhaitait engager la responsabilité des dirigeants au titre de violation du Code devait prouver que si l'assemblée avait été réunie dans le délai fixé par le Code et avait décidé de la dissolution, l'actif disponible à cette époque aurait permis de couvrir totalement ou partiellement le passif existant à cette époque. Preuve difficile s'il en est, non seulement au vu de l'ancienneté probable des faits, mais également de la réalité du dommage: si l'actif net est réduit comme peau de chagrin, on doute qu'il puisse permettre de désintéresser les créanciers, à moins qu'ils soient à l'époque peu nombreux et peu importants; et le dommage réparable se limite à cette partie, sans doute limitée, du passif qui aurait pu être couverte à l'époque par l'actif social disponible. Grâce à la présomption légale de causalité instaurée en 1984 en faveur des tiers, le dommage réparable s'identifie à l'accroissement de la perte (aggravation du passif et réduction de l'actif) entre le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites et le moment où le passif social a été définitivement cliché, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est effectivement dissoute. Cette preuve est plus simple à apporter. Fréquemment, le juge ordonne une expertise ou une réouverture des débats afin que les parties déposent toute pièce (bilan, comptabilité, ...) utile à déterminer quel était le dernier jour utile à convoquer une assemblée et quelle est l'importance de l'accroissement du passif depuis ce jour.

[272] Gand (23e ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX intitulée «La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001», *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703.

[273] Voir *supra*.

On pourrait considérer que le défaut de convocation d'une assemblée générale est une faute qui se répète à chaque instant (faute continue), et non une faute instantanée se réalisant en un instant précis, à savoir au terme du délai de deux mois. Selon cette conception, à chaque instant le dirigeant est fautif de ne pas réunir l'assemblée. Un argument de taille vient toutefois contrer cette interprétation: pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à compter desquels une obligation de réunir une assemblée s'impose si cette obligation était *continue*, une assemblée générale devant être réunie chaque fois que le seuil est atteint, et donc dans certaines hypothèses très régulièrement? Songeons simplement à la situation fréquente de la société qui, malgré des mesures de redressement, n'améliore pas sa situation financière... La doctrine considère, à juste titre selon nous, que l'obligation de convoquer l'assemblée générale n'existe qu'une seule fois dans chacune des hypothèses envisagées par la loi, à savoir une fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, puis une seconde fois si nécessaire lorsque cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social[274].

91. Comment l'administrateur peut-il se dégager de sa (lourde) responsabilité?

Au vu des précisions apportées quant à la portée de la présomption légale, il ne conviendra pas d'essayer de prouver que même réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité ou aurait adopté d'autres mesures adéquates, cette preuve n'ayant qu'un faible intérêt[275]. Notamment, un raisonnement *a posteriori* basé uniquement sur des

[274] Voir *contra*: Gand (23e ch.), 17 octobre 2001 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX intitulée «La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001», *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703) qui considère que les dirigeants doivent réunir une assemblée générale *spéciale* chaque année lorsqu'ils constatent, au moment de l'examen des comptes annuels, que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social; voir X. FOSSOUL intitulée «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales» parue dans X, Liber amicorum, Commission Droit et Vie des Affaires, 40e Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, page 571 et les références citées.

À noter que l'ensemble de la contribution de Xavier FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pages 565 à 581).

[275] La jurisprudence rejette ce type de défense car elle considère que la loi (articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés) impose un formalisme qui doit nécessairement être respecté à la lettre; il constitue en effet la seule voie utile pour se poser réellement et concrètement la question de la poursuite des activités de la société, et ce dans l'intérêt des tiers.

votes et des majorités potentielles n'est pas pertinent, et ce d'autant plus qu'on ne peut épiloguer sur le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu. Ainsi, un administrateur également actionnaire minoritaire ne pourrait affirmer qu'il n'avait pas le pouvoir de décider quoi que ce soit au sein de l'assemblée et qu'il était donc inutile de la réunir; il aurait pu à tout le moins s'exprimer, attirer l'attention des autres associés sur tel ou tel élément, et éventuellement plaider pour la dissolution ou telle mesure de redressement de la société; inversement, le majoritaire ne pourrait affirmer qu'une réunion était inutile puisque c'est lui qui décide seul au vu de sa large majorité. Il serait également vain de tenter de se dégager de sa responsabilité en soulignant que ce sont exactement les mêmes personnes qui composent l'assemblée générale et le conseil d'administration, comme c'est fréquemment le cas dans les petites sociétés, et en prouvant que le conseil s'est réuni régulièrement pour faire le point sur l'évolution de la société et sur les mesures à prendre pour sortir de l'impasse financière qu'elle connaît[276].

Quelle que soit la composition des organes en effet, des règles spécifiques doivent être respectées notamment pour la convocation de l'assemblée et l'information des associés, et ceci tout particulièrement dans l'hypothèse de la «sonnette d'alarme» à tirer en cas de crise: l'ordre du jour doit mentionner les débats qui porteront sur la dissolution éventuelle de la société, une modification des statuts ou d'autres mesures adéquates; un rapport spécial contenant les propositions détaillées de l'organe de gestion doit être établi et mis à la disposition des associés au moins 15 jours avant l'assemblée; un rapport contenant les mesures concrètes proposées dans le cadre du redressement de la société qui poursuit ses activités doit être annexé à l'ordre du jour envoyé à chaque associé; l'assemblée doit délibérer le cas échéant dans les formes prescrites pour la modification des statuts; un notaire doit le cas échéant être présent, ... toutes formalités permettant d'attirer l'attention sur la gravité de la situation, de faire le point sur l'avenir de la société en pleine connaissance de cause et de prendre les mesures adéquates. Et ce serait par trop théorique d'imaginer qu'un conseil d'administration se serait réuni exactement dans les mêmes conditions qu'une assemblée générale réunie pour envisager l'avenir de la société conformément aux articles 332, 431 et 633 du Code, avec les mêmes délais de convocation, les mêmes formalités et les mêmes rapports légalement imposés, mais aurait finalement – *par erreur?* – appelé sa réunion un conseil d'administration plutôt qu'une assemblée générale. D'autant plus qu'on rappelle qu'une série de mesures ne peuvent valablement être adoptées par un conseil d'administration. Tout d'abord, le conseil est incompétent à modifier les statuts de la société, modification fréquemment nécessaire dans le cadre des mesures de redressement à mettre en place (augmentation de capital – hors l'hypothèse du capital autorisé –, réduction de capital, dissolution de la société, ...). Egalement, le conseil est incompétent à révoquer un dirigeant, nommer un ou plusieurs dirigeants complémentaires, ... autres mesures qui permettraient à la société de sortir de l'ornière. Enfin, et pour les mêmes raisons, il serait vain de prétendre qu'une assemblée générale ordinaire a été réunie et s'est prononcé dans le délai requis sur les comptes annuels, ce qui exclurait la nécessité d'une nouvelle assemblée spéciale[277].

92. Au surplus, il est évident que la démission, pas plus que l'incompétence avouée, ne permet de renverser la présomption instaurée par la loi[278].

Voir en ce sens Comm. Charleroi, 11 novembre 1995 et 19 juin 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 664; *J.D.S.C.*, 1999, n° 101, p. 247 et note M.A. DELVAUX; Gand (12e ch.), 15 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 512, p. 223 et note M.A. DELVAUX intitulée «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET; J. RONSE et J. LIEVENS (*Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 204) soulignent que cette preuve reste d'ailleurs peu convaincante, puisqu'on imagine mal comment les administrateurs seraient susceptibles de prouver le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu... *Contra*: P. FRANÇOIS, «Questions relatives à la dissolution des sociétés», *Rev. not. belge*, 1985, p. 787 et s.

[276] À ce propos, on rappelle que la loi «*corporate governance*» (loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les société cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition) prévoit que dans les SPRL et les SC, les associés peuvent *à l'unanimité* prendre *par écrit* toutes les décisions qui relèvent du pouvoir de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui doivent être passées par acte authentique (voir les paragraphes 2 ajoutés respectivement à l'article 268 du Code pour les SPRL et à l'article 382 du Code pour les SC). Cette modification touche particulièrement les petites sociétés dans lesquelles les deux organes sociétaires se confondent, comme défini ci-avant. Elle a certes un impact sur la problématique de la réunion – légalement rendue obligatoire – d'une assemblée générale dans les hypothèses de crise où le capital social est réduit comme peau de chagrin. On rappelle toutefois que parmi les mesures de redressement à envisager, l'augmentation ou la réduction du capital social nécessitent une modification statutaire, et donc un acte authentique; dans ces cas, l'innovation de la loi Corporate Governance ne peut donc trouver application.

[277] Gand (12e ch.), 15 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 512, p. 223 et note M.A. DELVAUX intitulée «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET.

[278] Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70.

Les dirigeants pourront uniquement se libérer de leur responsabilité:

- soit en prouvant les conditions d'application des articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) ou 528, alinéa 2 (SA) du C. Soc[279];
- soit en établissant l'absence de lien de causalité entre leur faute et le dommage, de sorte que le dommage aurait également été subi si l'assemblée avait été réunie au moment légalement requis: par exemple, l'accroissement de la perte trouve son origine dans des événements ou opérations antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée, est inhérent à l'arrêt des activités, ...[280].

3. L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA

3.1. Introduction: du droit commun au droit spécial de la responsabilité

93. L'administration fiscale a souvent tenté, parfois avec succès, de mettre en cause la responsabilité des dirigeants d'entreprises, sur la base du droit commun de la responsabilité civile, lorsque ces derniers n'avaient pas payé le précompte professionnel dû par la société dont ils étaient les organes. L'administration estimait qu'ils avaient commis une faute aquilienne engageant leur responsabilité personnelle.

Constatant le non versement de sommes dues au titre de précompte professionnel et considérant que ce manquement constituait une faute aquilienne dans le chef des administrateurs, les Cours et tribunaux ont parfois condamné les administrateurs pour le non respect d'une obligation légale déterminée[281], ou à la lumière de la norme générale de précaution et de prudence[282].

Le même raisonnement fut appliqué en matière de dettes TVA mais les décisions judiciaires en la matière sont plutôt rares[283].

94. La jurisprudence s'est toutefois montrée nuancée, la responsabilité personnelle des dirigeants de la société n'étant pas automatiquement engagée[284] en cas de non paiement du précompte professionnel, s'agissant au premier chef d'une obligation incombant à la société; la responsabilité personnelle des dirigeants est appréciée à l'aune de la norme générale de prudence[285] ou en cas de comportement frauduleux dans le chef des dirigeants[286].

Aussi, même si de nombreuses actions ont été accueillies dans le contexte spécial de fautes graves et caractérisées tombant sous le coup de l'article 530 C. Soc., les demandes de l'administration fiscale ont, par contre, souvent été rejetées par les Cours et tribunaux sur la base d'une interprétation restrictive de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion[287].

[279] Articles 263, alinéa 2 (SPRL – article 132 des L.C.S.C.), 408, alinéa 3 (SCRL – article 158, 2° des L.C.S.C.) et 528, alinéa 2 (SA – article 62, alinéa 3 des L.C.S.C.) C. Soc.; cette triple preuve consiste à prouver une absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), une absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

[280] X. FOSSOUL, «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», *op. cit.*, et les références citées; O. RALET, *op. cit.*, p. 160; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 213 à 215. On notera que même si l'application de la responsabilité pour défaut de convocation de l'assemblée générale malgré la perte de capital est rejetée, les administrateurs peuvent toujours voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382-1383 du Code civil pour poursuite fautive d'une activité déficitaire (avec toutefois les difficultés de preuve corrélatives).

[281] Anvers, 6 avril 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 33 et note; Anvers, 13 décembre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 32 et note; Civ. Anvers, 1er octobre 2002, *Fiscologue*, 2002, n° 863, p. 4 cités par Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier» in *La responsabilité des dirigeants des personnes morales, B&E*, 2007, p. 50.

[282] *Ibidem*, p. 51, n° 169; Anvers, 6 décembre 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 580; Gand, 23 mars 2005, *F.J.F.*, n° 2006/34, p. 101.

[283] Civ. Mons, 29 avril 2003, F.J.F., 2003, p. 1000; Comm. Malines, 7 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, p. 346.

[284] Civ. Turnhout, 14 juin 2002, F.J.F., 2002, p. 244; Comm. Malines, 14 novembre 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 643; Gand, 23 mars 2005, *F.J.F.*, n° 2006/34, p. 101: «*Le non-versement du précompte professionnel peut constituer une faute, notamment comme une infraction à la norme générale de précaution. Le fait qu'une société ne paye pas ses impôts (précompte professionnel et impôt sur les sociétés) ne constitue pas en soi et par définition une faute de l'administrateur*».

[285] Anvers, 6 décembre 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 580 cité par G. DE WIT et N. BOUVERET, «La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de TVA: leçons du passé et perspectives futures – L'article 93*undecies*, c du code de la TVA a-t-il sa place dans l'arsenal des moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale?», *in Le risque entrepreneurial: Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, VBO-FEB, 2006, p. 57.

[286] Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», *op.cit.*, p. 51.

[287] Civ. Anvers, 24 février 2003, R.G. n° 01/2752/A, inédit, cité par T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (première partie) – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et l'obligation solidaire de paiement dans certaines cas de fraude à la TVA», *J.T.*, 2006, p. 734. L'auteur d'ajouter: «*Il paraît en effet*

95. À l'occasion de la loi-programme du 20 juillet 2006, le législateur a institué un régime particulier de responsabilité des dirigeants pour le non paiement des «dettes tributaires» (précompte professionnel et TVA): il s'agit des articles 14 et 15[288] de cette loi qui instaurent, par les nouveaux articles 442*quater* CIR 92 et 93*undecies*, c du Code de la TVA, un système de responsabilité solidaire et en cascade, tant en matière de précompte professionnel que de TVA.

Le but poursuivi par le législateur est clairement exposé sans ambages:

«Le projet vise les cas où des entreprises omettent sciemment de payer le précompte professionnel ou la TVA due, ce qui induit d'ailleurs une concurrence déloyale par rapport aux entreprises qui, elles, s'acquittent de cette obligation.

Le gouvernement s'est inspiré des législations néerlandaise et française en la matière. Il s'efforce, par l'instauration d'une présomption (réfragable), de responsabiliser les dirigeants d'entreprise et d'ASBL en les rendant solidairement responsables du paiement des arriérés de précompte professionnel et de TVA»[289].

96. L'administration s'est ainsi arrogé par la loi ce que la jurisprudence lui refusait. Le législateur crée, ce faisant, des responsabilités «spéciales» à plus d'un titre: (i) les textes qui fondent ces responsabilités ne figurent pas dans le Code des sociétés, (ii) à l'instar des modifications apportées à l'article 530 C. Soc. en 2002 et en 2006 (*supra*, n° 74 à 78), la loi érige des responsabilités en faveur d'un créancier particulier qu'est l'administration fiscale et, enfin (iii) la loi recourt au mécanisme de la présomption de faute résultant du non-paiement de l'impôt, déplaçant le fardeau -plus lourd que jamais – de la preuve sur le dirigeant.

Examinons la portée des règles ainsi mises en place.

logique de considérer que, s'il est incontestable que le seul fait, pour une société, de ne pas payer une dette échue et non contestée, constitue une faute, il ne s'agit pas nécessairement d'une faute pouvant engager la responsabilité de l'administrateur».

[288] Ces dispositions sont entrées en vigueur le 28 juillet 2006. L'administration prétend pouvoir les appliquer immédiatement aux conséquences d'actes passés (Circulaire n° AAF/2006-0604 (AAF 14/2006) du 24 août 2006).

[289] *Doc. Parl.*, Chambre, session,2005-2006, n° 51 2517/012, p. 7.

3.2. La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non paiement du précompte professionnel

(a) Champ d'application *ratione personae*

97. L'article 442*quater*, § 1er du CIR 92 dispose que:

«En cas de manquement, par une société ou une personne morale visée à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à son obligation de paiement du précompte professionnel, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale.

Cette responsabilité solidaire peut être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la personne morale lorsqu'une faute ayant contribué au manquement visé à l'alinéa 1er est établie dans leur chef.

Par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice».

98. Quelles sont les personnes morales visées par la loi?

Les entités juridiques qui tombent dans le champ d'application de la loi sont toutes les sociétés, les grandes ASBL[290], les fondations et les AISBL.

Les sociétés visées sont les sociétés, tant civiles que commerciales, dotées de la personnalité juridique[291].

L'application du texte légal aux sociétés étrangères est controversée. N'étant pas spécifiquement visées par l'article 442*quater* CIR 92, faut-il les exclure pour autant du périmètre de la loi? L'article 59 C. Soc. nous incline à répondre par la négative: «*les personnes préposées à la gestion de la succursale belge d'une société étrangère sont soumises à la même responsabilité envers les tiers que si elles géraient une société belge*». Les personnes qui, parmi ces préposés, assument la gestion journalière de la succursale

[290] Voy. les critères de l'article 17, § 3 de la loi du 27 juin 1921 : est grande l'asbl qui atteint, à la date de clôture de l'exercice social, au moins deux des trois plafonds suivants: (i) cinq travailleurs en moyenne annuelle exprimée en équivalent temps-plein, (ii) 250.000 EUR HTVA pour le total des recettes autres qu'exceptionnelles, (iii) 1.000.000 EUR de total du bilan.

[291] J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, «La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale», *R.G.C.F.*, 2008, p. 375.

belge pourraient dès lors encourir la même responsabilité que celles qui assument les mêmes fonctions dans une société belge. L'administration ne pourrait mettre en cause la responsabilité d'autres dirigeants (que ceux qui sont en charge de la gestion journalière de la succursale belge) pourvu qu'ils soient préposés effectivement à la gestion de la société belge[292].

99. Il faut noter qu'il y a solidarité entre la société et le dirigeant ainsi qu'entre les dirigeants eux-mêmes. Cette solidarité ne semble impliquer aucune proportionnalité entre le manquement et l'engagement ou le rôle exact de tel ou tel administrateur[293].

100. Quels sont les dirigeants visés par la loi ?

La responsabilité visée à l'article 442*quater* CIR 92 pèse en premier ligne sur les délégués à la gestion journalière. Elle pèse aussi sur les administrateurs et sur les dirigeants de fait, si une faute ayant contribué au manquement est établie dans leur chef. Les mandataires de justice (curateurs, liquidateurs, ...) sont exclus.

Examinons les trois catégories de dirigeants visés par la loi.

(i) Première catégorie : les dirigeants chargés de la gestion journalière

101. La loi vise principalement les dirigeants chargés de la gestion journalière. Il s'agit des administrateurs délégués et des gérants de sociétés.

102. Le dirigeant visé par la loi doit disposer d'un pouvoir général -mais non nécessairement exclusif – de gestion, ce qui exclut les titulaires de simples délégations de pouvoirs, mêmes importantes. Un directeur général ou un directeur financier ne seraient donc pas concernés[294] sauf à les considérer (voir *infra*,(iii) comme faisant partie intégrante de la catégorie des dirigeants de fait[295].

[292] T. AFSCHRIFT, « Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (première partie) – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et l'obligation solidaire de paiement dans certaines cas de fraude à la TVA », *op. cit.*, p. 738.

[293] Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, « La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier » in X, *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, B&E, 2007, p. 52.

[294] J.P. RENARD, « Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime de liquidation des sociétés », in *Le risque entrepreneurial : Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, *op. cit.*, p. 100.

[295] P. MALHERBE « Les dirigeants responsables de dettes tributaires », *R.P.S.*, 2007, p. 391. De manière critiquable, T. AFSCHRIFT estime qu'un employé, bien que chargé de la gestion journalière mais n'exerçant pas de fonction dirigeante ne pourrait pas être inquiété par cette

En cas de succession de dirigeants dans le temps, un dirigeant sortant sera responsable jusqu'à sa sortie effective. Le nouveau dirigeant ne pouvant être tenu responsable des arriérés de dettes fiscales antérieurs à son entrée, la présomption de faute ne s'appliquera qu'aux dirigeants auxquels le nombre requis de défauts de payement serait imputable[296].

(ii) Deuxième catégorie : les administrateurs

103. L'article 442*quater*, § 1er, al. 2 du CIR vise les « autres dirigeants » de la société ou de la personne morale. Il s'agit des membres du conseil d'administration, en ce compris les administrateurs indépendants[297]. Les membres du comité de direction ne semblent pas visés par cet alinéa ; le terme « *bestuurder* » est en effet utilisé dans le texte néerlandais[298].

Les dirigeants constitués sous la forme d'une personne morale (société de management ou holding active dans la gestion de ses filiales)[299] sont aussi visés. Le représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale est soumis au même régime que la personne morale qu'il représente (article 61, § 2 C. Soc.)[300].

104. Cette disposition est doublement ambigüe, d'une part en ce qu'elle établit une distinction ténue entre les personnes chargées de la délégation journalière et les autres dirigeants et, d'autre part, par ce que la faute des premiers (chargés de la gestion journalière) est présumée, alors qu'il appartient à l'administration fiscale d'établir la faute des seconds (les autres dirigeants). Les régimes différents de responsabilité qui découlent de ce *distinguo* sont examinés ci-après (n° 109).

(iii) Troisième catégorie : les dirigeants de droit ou de fait

105. Est considéré comme dirigeant d'une société ou d'une personne morale : « *toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir*

disposition *in* « Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (première partie) – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et l'obligation solidaire de paiement dans certaines cas de fraude à la TVA », *J.T.*, 2006, p. 736.

[296] P. MALHERBE, « Les dirigeants responsables de dettes tributaires », *op. cit.*, p. 391.

[297] *Doc. Parl.*, Chambre, session 2005-2006, n° 51.2000.17/012, p. 12 à 14.

[298] J.P. RENARD, « Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime des liquidations des sociétés », in *Le risque entrepreneurial : Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, *op. cit.*, p. 100.

[299] G. DE WIT et N. BOUVERET, « La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de TVA : leçons du passé et perspectives futures (...) », *op. cit.*, p. 65.

[300] A.-C. EYBEN, « Le représentant permanent : une fonction qui mérite réflexion », *R.P.S.*, 2003, p. 148.

de gérer («besturen») la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice[301]».

La terminologie est la même que celle utilisée à l'article 530, § 1 C. Soc.[302] pour définir «*l'administrateur de fait*», à la nuance près que, dans le cadre de l'article 442, § 1er CIR 92, les mandataires de droit n'ont pas été exclus et sont traités comme s'ils étaient compris dans cette définition.

Les travaux préparatoires de la loi montrent que les notions de «dirigeant de fait» ou «dirigeant de droit» au sens de l'article 442*quater*, § 1, al. 3 CIR 92 doivent se comprendre par référence aux définitions consacrées par la doctrine et la jurisprudence habituelle en la matière[303]. Nous renvoyons à cet égard à nos développements aux numéros 9 à 11. Ces mêmes travaux préparatoires précisent que la qualité de dirigeant doit s'apprécier au regard des fonctions effectivement exercées au sein de la société. Il s'agit d'une question de fait[304] que le tribunal appréciera en fonction du véritable niveau de responsabilité de la personne concernée dans l'entreprise.

Les membres du comité de direction et certains directeurs engagés dans les liens d'un contrat d'emploi pourraient voir leur responsabilité engagée par le biais de cette disposition. Bien que n'ayant pas la qualité de délégués à la gestion journalière, ni celle d'administrateurs, ils détiennent effectivement le pouvoir de gérer, à l'instar d'un «*dirigeant de fait*»[305]. Rappelons avec J.P. Renard[306] l'éventuel conflit que ne manquera pas de créer l'application de cette disposition à un employé avec l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, qui consacre une immunité de l'employé sauf pour les cas de dol, de faute lourde ou de faute légère habituelle: la protection consacrée par le droit du travail ne devrait céder que si la jurisprudence venait à considérer que le non-paiement du précompte professionnel est une faute légère ayant un caractère habituel.

b) Champ d'application *ratione materiae*

106. L'article 442*quater*, § 2 du CIR 92 dispose que:

[301] Article 442, § 1, alinéa 3, CIR 92.

[302] Voir aussi les articles 265 (SPRL) et 409 (SCRL) C. Soc.

[303] *Doc. Parl.*, Chambre, session 2005-2006, n° 51.2000.17/012, p. 17 à 19.

[304] *Doc. Parl.*, Chambre, session, 2005-2006, 51/2517/002, p. 17.

[305] J.P. RENARD, «Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime des liquidations des sociétés», in *Le risque entrepreneurial: Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, *op. cit.*, p. 101.

[306] *Ibidem.*

«Le non-paiement répété par la société ou la personne morale du précompte professionnel, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1er, alinéa 1er.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement du précompte professionnel au sens du présent article, l'on entend:

– soit, pour un redevable trimestriel du précompte, le défaut de paiement d'au moins deux dettes échues au cours d'une période d'un an;

– soit, pour un redevable mensuel du précompte, le défaut de paiement d'au moins trois dettes échues au cours d'une période d'un an».

107. Le manquement incriminé par la loi est le non paiement *répété* par la société du précompte professionnel. L'application de la loi doit être étendue au précompte professionnel non déclaré dans la mesure où le texte légal ne fait aucune distinction entre le précompte dûment déclaré et celui qui ne l'a pas été, soit de bonne ou de mauvaise foi[307]. Dès lors, les dirigeants sont tenus de la même manière et aux même conditions que s'il y avait eu une déclaration complète.

L'inobservation répétée de l'obligation de paiement du précompte professionnel visée par la loi est le défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes échues au cours d'une période d'un an, selon que la société ou la personne morale est un redevable «mensuel» ou «trimestriel» du précompte professionnel.

La responsabilité solidaire ne pourra être engagée que pour le «paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel[308]».

c) Les conditions d'application de la responsabilité

(i) Les éléments constitutifs de la responsabilité

108. La loi met en place un régime de responsabilité pour faute dont la mise en œuvre suppose que soit établie la triade classique (i) de la faute telle que définie à l'article 442*quater*, § 1, alinéa 1 CIR 92, (ii) du dommage subi par l'administration et (iii) du lien de causalité entre la faute et le dommage.

En instituant une présomption en faveur de l'administration fiscale, la loi a considérablement allégé la tâche de cette dernière en matière de preuve et exposé le dirigeant à des recours plus systématiques à son encontre.

[307] T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (...)», *op. cit.*, p. 744.

[308] Article 442*quater*, § 4 CIR 92.

1. La faute au sens de l'article 1382 du Code civil

109. La faute du dirigeant, définie à l'article 442*quater*, § 1, alinéa 1 CIR 92), est une faute au sens de l'article 1382 C. civ. commise dans la gestion de la société ou de la personne morale. Ce cas s'ajoute aux autres cas de fautes quasi-délictuelles engageant la responsabilité du dirigeant qui n'a pas exercé ses fonctions en dirigeant prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances[309]. Les travaux préparatoires énoncent à titre d'exemples une série de fautes pouvant être considérées comme des fautes au sens de l'article 1382 du C. civ. commises dans la gestion : la poursuite nuisible inconsidérée ou déraisonnable d'une activité déficitaire, la fraude en vue d'éluder l'impôt, le non-paiement des charges fiscales ou sociales comme mode de financement délibérément choisi par les dirigeants d'entreprises, etc.[310].

Contrairement à l'avis de certains auteurs[311], le texte de la loi n'ajoute rien, à ce stade, aux règles connues, si ce n'est qu'une fois établie, la responsabilité est solidaire.

2. La présomption de faute

110. Le non paiement répété du précompte professionnel est, sur pied de l'article 442*quater*, § 2 CIR 92, présumé, sauf preuve contraire, résulter d'une faute de gestion. À l'instar du système instauré pour le non-dépôt des comptes annuels (art. 98, al. 3 C. Soc.) et en cas de perte de plus de la moitié du capital (art. 633 C. Soc.), le législateur déroge au principe général selon lequel le demandeur en responsabilité doit démonter la faute de celui dont il attend réparation.

Le dirigeant peut, pour sa défense, arguer du fait que la société se trouvait dans l'impossibilité d'effectuer ce paiement en raison de difficultés financières, dans les conditions strictes prévues par l'article 442*quater*, § 3 CIR 92 (*infra*, n° 111). Plusieurs décisions judiciaires avaient déjà estimé que la responsabilité des dirigeants qui avaient violé leurs obligations légales devait être rejetée lorsque la société se trouvait dans une situation

[309] J.P. RENARD, « Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime des liquidations des sociétés », in *Le risque entrepreneurial : Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, *op.cit.*, p. 102 ; P. MALHERBE, « Les dirigeants responsables de dettes tributaires », *op.cit.*, p. 387 qui considère que le système légal s'inscrit dans le régime traditionnel de la responsabilité envers les tiers pour faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

[310] *Doc. Parl.*, Chambre, session, 2005-2006, n° 51/2517/002, p. 7.

[311] T. AFSCHRIFT, (*op.cit.*, p. 735, n° 7) considère, à tort selon nous, que l'article 442*quater*, § 1 CIR 92 déroge en faveur du fisc, aux règles de droit commun en créant une responsabilité des dirigeants envers les tiers du chef d'une faute de gestion.

catastrophique plaçant les dirigeants dans une situation « *d'état de nécessité* » ne leur laissant pas d'autre choix que de violer la loi[312]. Le dirigeant pourrait également démontrer qu'il n'était plus en fonction lors du dernier non-paiement pertinent ou qu'il ne l'était pas encore lors du premier non-paiement[313].

Notons, avec J.-F. Goffin et G. de Sauvage, que la formulation de la loi par référence à un lien de causalité est source de confusion, certains auteurs estimant que le législateur a établi une présomption de lien de causalité en faveur du fisc, la majorité des auteurs jugeant que le lien de causalité n'est pas présumé[314].

Cette présomption vise les seules personnes en charge de la gestion journalière, le régime ordinaire de la charge de la preuve retrouvant son empire pour les autres catégories de dirigeants. Ces derniers ne peuvent être déclarés solidairement responsables que s'il est établi qu'une faute de leur part a contribué au manquement à l'obligation de paiement du précompte. C'est donc bien une responsabilité en cascade

3. Renversement de la présomption de faute dans le chef du dirigeant en cas de faillite, de concordat judiciaire ou de liquidation judiciaire

111. L'article 442*quater*, § 3 du CIR 92 dispose que :

« Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1er, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire ».

La présomption de faute dans le chef du dirigeant est ainsi écartée à la double condition que (i) le non-paiement trouve sa source dans des difficultés financières de la société ou de la personne morale et (ii) que ces conditions aient conduit à l'ouverture d'une procédure de concordat judiciaire[315], de faillite ou de dissolution judiciaire.

[312] Voir ainsi Liège, 11 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 194 ; Liège, 24 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 174 et note M.-A. DELVAUX ; Liège, 13 janvier 2004, *J.D.S.C.*, 2005, p. 183 cités par Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, « La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier », *op. cit.*, p. 54.

[313] P. MALHERBE, « Les dirigeants responsables de dettes tributaires », *op. cit.*, 2007, p. 389.

[314] J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, « La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale », *R.G.C.T.*, 2008, p. 376, citant, en faveur de la thèse de la présomption du lien de causalité : G. DE WIT et N. BOUVERET, « La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de TVA : leçons du passé et perspectives futures (...) », *op. cit.*, p. 72.

[315] La loi du 31 janvier 2009 (*M.B.*, 9 février 2009, p. 8436) relative à la continuité des entreprises a, sous réserve de son application aux procédures en concordat judiciaire en cours au moment de son entrée en vigueur, abrogé la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire. L'Arrêté royal du 27 mars 2009 (*M.B.*, 31 mars 2009, p. 25172) a fixé l'entrée en vigueur de la loi au 1er avril 2009.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises la procédure de «réorganisation judiciaire» se substitue à celle du concordat judiciaire[316].

112. Dès l'ouverture d'une des procédures visée par le législateur, la présomption de faute ne peut plus être invoquée. Dans tous les cas de faillite, de réorganisation ou de dissolution judiciaire, il appartiendra donc à l'administration d'établir la responsabilité du dirigeant sur pied de l'article 1382 du Code civil.

113. Le texte de l'article 442*quater*, § 3 ne précise pas à quel moment l'«ouverture de ces procédures» doit intervenir. Elles pourraient être introduites *a posteriori*, soit après la mise en cause de la responsabilité du dirigeant, obligeant l'administration à prouver la faute du dirigeant, en établissant, le cas échéant, que la procédure a été introduite tardivement[317]. L'exception à la présomption doit en tout état de cause profiter aux dirigeants et est donc de stricte interprétation. Elle ne peut dépendre des circonstances de la cause[318].

114. Par conséquent, la présomption qui pèse sur les dirigeants des sociétés et des personnes morales n'est effective que lorsque le précompte professionnel n'est pas payé de manière répétée par une société qui n'est ni en concordat, ni en faillite, ni en liquidation judiciaire[319].

4. Le lien causal et le dommage

115. L'administration doit établir le lien de causalité entre la faute alléguée et le dommage. La théorie de l'équivalence des conditions est applicable: outre la faute présumée dans le chef des dirigeants, l'administration devra encore démontrer (i) que cette faute a engendré un dommage et que (ii) sans cette faute, le dommage ne serait pas produit tel qu'il s'est produit[320].

316 *Ibidem.*

317 Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», *op. cit.*, p. 53.

318 J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, «La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale», *R.G.C.T.*, 2008, p. 376.

319 J.P. RENARD, «Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime des liquidations des sociétés», *in Le risque entrepreneurial: Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants, op. cit.*, p. 104.

320 Cass., 21 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 477 et G. DE WIT et N. BOUVERET, «La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de TVA: leçons du passé et perspectives futures (...)», *op. cit.*, p. 72.

L'administration doit donc prouver l'existence et l'étendue de son dommage et doit justifier le montant qu'elle réclame. Le dommage allégué par l'administration doit en outre être certain (c'est-à-dire pas seulement hypothétique), personnel et être *«une suite immédiate, directe et nécessaire de la faute»*[321].

116. Le dommage consiste en l'occurrence dans le non-paiement du précompte professionnel, à savoir une perte de recettes pour l'administration fiscale.

L'article 442*quater*, § 4 CIR 92[322] limite, dans le cas du précompte professionnel, le dommage au paiement, du principal et des intérêts, à l'exclusion de tous autres éléments du dommage qu'elle réclamerait, comme par exemple des amendes et accroissements enrôlés à charge de la société[323]. L'administration ne pourrait donc pas réclamer des dommages et intérêts découlant d'un préjudice distinct du non-paiement du précompte professionnel.

117. Étant en présence d'une responsabilité solidaire «*du manquement*», lorsque le responsable paie, c'est l'impôt qui est payé et non une indemnité pour un préjudice: dès lors, il éteint la dette par son paiement et il sera subrogé contre la société[324].

(ii) Les conditions de recevabilité de l'action

118. L'article 442*quater*, § 5 du CIR 92 dispose que:

«L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai précité, des mesures conservatoires à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement.»

321 Article 1151 du Code civil; Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, I, 1977, p 1087.

322 Article 442*quater*, § 4 du CIR 92: *«La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel».*

323 T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (...)», *op. cit.*, p. 739.

324 P. MALHERBE, «Les dirigeants responsables de dettes tributaires», *op. cit.*, 2007, p. 392.

119. L'action judiciaire à l'encontre des dirigeants ne pourra être valablement introduite qu'un mois après l'envoi par le receveur d'une lettre recommandée invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par ce dernier. Le destinataire visé par cette disposition ne peut être que le dirigeant de la société qui n'aurait pas payé le précompte dû par cette dernière et donc, selon les travaux préparatoires, c'est le délégué à la gestion journalière qui est visé[325]. On peut douter de la recevabilité d'une action introduite par la suite contre les autres dirigeants qui n'auraient pas été prévenus personnellement de cet avertissement.

Cette mise en demeure a pour but de faire naître un dialogue entre l'administration et les dirigeants en vue de permettre à ces derniers de s'expliquer sur les origines des non-paiements. Aussi, l'objectif poursuivi par le législateur est d'inciter les dirigeants sociaux à régulariser la situation de la société ou de la personne morale vis-à-vis de l'administration fiscale en payant le précompte professionnel. Cette mise en demeure peut aboutir à ce qu'un paiement en faveur de l'administration soit qualifié d'infraction en matière de faillite au sens des articles 17 et 18 de la loi sur les faillites, si celle-ci était finalement prononcée[326], dans les cas où l'administration bénéficierait d'un traitement de faveur par rapport à des créanciers de même rang ou de rang plus privilégié.

120. Enfin, les dirigeants désireux de se mettre à l'abri seront peut-être tentés de faire aveu de faillite ou bien encore de déposer une requête en réorganisation judiciaire ou en liquidation judiciaire dans le mois de la réception de la mise en demeure[327]. La mise en demeure sera privée de tout effet si la faillite, la liquidation ou le concordat était prononcé(e) puisque le dirigeant n'aura même plus la possibilité d'agir au nom de la société pour payer le précompte dû[328].

[325] *Doc. Parl.*, Chambre, session, 2005-2006, n° 51/2517/002, p. 6.

[326] T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (...)», *op. cit.*, p. 738, n° 25.

[327] J.-P. RENARD, «Les responsabilités particulières des dirigeants des sociétés en difficulté et le nouveau régime des liquidations des sociétés», *in Le risque entrepreneurial: Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants, op.cit.*, p. 105; Voir également les travaux parlementaires à ce sujet; *Doc. Parl.*, Chambre, session, 2005-2006, n° 51/2517/002, p. 10.

[328] T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (...)», *op. cit.*, p. 738.

3.3. La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non paiement de la TVA

121. L'article 93*undecies*, c, du Code de la TVA contient des dispositions rédigées en termes presqu'identiques à celles de l'article 442*quater* CIR 92, de sorte que sauf le cas de quelques spécificités, nous renvoyons à celles examinées précédemment en matière de manquement à l'obligation de paiement du précompte professionnel.

122. Le système mis en place en matière de non paiement de la TVA est aussi celui d'une responsabilité solidaire et en cascade puisqu'elle vise en premier lieu les dirigeants chargés de la gestion journalière avant de s'étendre aux autres dirigeants de droit ou de fait.

À l'instar de ce qui a été exposé en matière de précompte professionnel, la nouvelle disposition du Code TVA vise tous les dirigeants des sociétés, des grandes ASBL, des fondations et des AISBL, que ces dirigeants soient considérés comme des dirigeants de droit ou de fait, à l'exclusion cependant des mandataires de justice.

123. Notons qu'à la différence du CIR, le Code de la TVA ne définit pas le terme de société, de sorte que l'article 93undecies, c, du même Code vise également les sociétés qui ne disposent pas de la personnalité juridique[329]. Il vise tous les assujettis «ordinaires» ainsi que les assujettis exemptés, mixtes, partiels, franchisés et exploitants agricoles[330].

124. Les dirigeants de sociétés étrangères qui agissent en Belgique au travers d'une succursale sont visés par l'article 93undecies, c, par le biais de l'article 59 du Code des sociétés, de la même manière qu'en matière de précompte professionnel (voy. *supra*, n° 98).

Les sociétés étrangères non établies en Belgique sont également visées[331].

125. La responsabilité solidaire des dirigeants est plus étendue car elle peut être engagée pour le non-paiement de la taxe en principal, des intérêts mais aussi des «frais accessoires».

[329] J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, «La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale», *R.G.C.T.*, 2008, p. 375, n° 73.

[330] G. DE WIT et N. BOUVERET, «La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de TVA: leçons du passé et perspectives futures (...)», *op. cit.*, p. 62.

[331] *Ibidem*, p. 63.

Dans les deux cas cependant, rappelle T. Afschrift[332], la responsabilité solidaire quant au paiement des amendes n'est pas prévue.

126. L'article 93*undecies*, c, § 2, al. 2 crée une présomption de faute, sauf preuve du contraire dans le chef des dirigeants, en cas de non paiement répété de la TVA, soit en cas de défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes échues au cours d'une période d'un an, selon qu'il s'agit -respectivement – d'un assujetti à la déclaration trimestrielle ou mensuelle à la TVA.

127. L'article 93*undecies*, c, § 3 prévoit, tout comme l'article 442*quater*, §3, qu'il n'y a pas de présomption de faute lorsque «le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire».

Nous partageons l'avis de certains auteurs[333] qui estiment que le renversement de la présomption prévue à l'article 93*undecies*, c, § 3 risque d'augmenter les demandes de mise en faillite prématurée.

3.4. Appréciation critique

128. La loi-programme a introduit un régime dérogatoire pour le moins alambiqué[334] qui ne peut qu'avoir pour effet d'exacerber le climat de méfiance autour de l'exercice de la fonction d'administrateur. En remettant en cause de manière aussi forte la séparation entre l'activité sociale et le patrimoine privé du dirigeant, le législateur a écorné le principe de la responsabilité limitée. C'est la cohérence de tout un édifice, construit autour de la théorie de l'organe et de l'immunité des membres de cet organe agissant dans les limites de leurs pouvoirs, qui est mise en danger.

La prudence s'impose aux administrateurs; ils veilleront à adopter une démarche proactive et à se renseigner sur le point de savoir si les dettes fiscales ont été payées et à faire acter au procès-verbal du conseil d'administration l'éventuelle réponse positive de la direction. Dans la négative, ils exigeront une nouvelle convocation du conseil.

[332] T. AFSCHRIFT, «Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 (...)», *op. cit.*, p. 738, n° 26.

[333] J.-P. RENARD, *o.c.*, p. 105; G. DE WIT, N. BOUVERET, *o.c.*, in *Le risque entrepreneurial : Actualités en matière de responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants*, p. 76 .

[334] Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», *op. cit.*, p. 56.

4. L'absence ou le retard dans la présentation à l'assemblée générale puis dans le dépôt des comptes annuels

129. Il incombe aux dirigeants d'établir annuellement les comptes annuels de la société qu'ils gèrent[335], et l'assemblée générale ordinaire annuelle doit délibérer sur ceux-ci[336].

Cependant, très souvent, ces comptes sont présentés avec retard, ou pas présentés du tout[337]. Pour pallier cette carence, et même la sanctionner, la loi prévoit qu'en cas de présentation tardive (*plus de six mois après la clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de présentation[338] des comptes annuels à l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de ce retard [339] [340].

Toutefois, les dirigeants peuvent échapper à cette responsabilité en apportant la preuve que, en cas de dommage subi par un tiers, il n'y a aucun lien de causalité entre leur présentation tardive des comptes annuels et le préjudice du tiers concerné[341].

[335] Article 92 C. Soc.

[336] Articles 282 et 284 (SPRL), 411 (SCRL) et 552 et 554 (SA) C. Soc. À noter que pour les SCRL, le Code n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale.

[337] Notons que le dépôt de comptes annuels inexacts, reprenant des opérations incorrectes, ne s'identifie pas à l'absence de dépôt des comptes annuels et ne peut dès lors bénéficier de la présomption de responsabilité instituée à l'article 92, § 1, al. 3. Le créancier qui souhaiterait engager la responsabilité des dirigeants pour ces erreurs dans les comptes annuels doit dès lors prouver le lien causal entre ces erreurs et le dommage qu'il subit à savoir le fait de ne pas être payé (voir Anvers, 18 mai 2006, *J.D.S.C.*, 2007, n° 779, p. 82 et note M.A. DELVAUX intitulée «Quand l'Etat tente de récupérer l'impôt des sociétés directement auprès des administrateurs».

[338] Cette hypothèse, non visée par le texte légal mais qui entre *a fortiori* dans celle de la présentation tardive, est fréquente dans les sociétés «dormantes» ou «moribondes».

[339] Article 92, § 1, alinéa 3 C. Soc.

[340] À noter que des sanctions financières sont également mises à charge de la société qui publie tardivement ses comptes annuels. La loi-programme du 27 décembre 2005 (*M.B.*, 30 décembre 2005, 2e éd., pp. 57.317 et 57.318) complète l'article 101 du C. Soc. en prévoyant que les sociétés négligentes contribuent aux frais exposés par les autorités fédérales de surveillance en vue de dépister et de contrôler les entreprises en difficultés et en remplaçant le système d'amendes administratives antérieur par un système de tarification variable suivant l'importance du retard du dépôt (400, 600 ou 1.200 EUR suivant que les comptes sont déposés durant le 9e, les 10 ou 11e ou à partir du 13e mois suivant la clôture de l'exercice comptable; ces montants sont toutefois ramenés à respectivement 120, 180 et 360 EUR pour les petites sociétés qui font usage de la faculté de publier leurs comptes annuels selon le schéma abrégé)

[341] Pour deux illustrations, Comm. Nivelles, 5 octobre 2006, *J.D.S.C.*, 2007, n° 786, p. 114 et note M.A. DELVAUX et Civ. Liège (19e ch.), 12 juin 2003, *J.D.S.C.*, 2005, n° 670, p. 195 et obs. M.A. DELVAUX.

Une fois approuvés, les comptes annuels doivent être déposés par les soins des dirigeants à la Banque nationale de Belgique[342]. À nouveau, pour sanctionner cette carence, la loi prévoit qu'en cas de dépôt tardif (*plus de trente jours après leur approbation et/ou plus de sept mois après la date de clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de dépôt[343] des comptes, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de ce retard[344], cette présomption étant réfragable dans les mêmes conditions que ci-dessus.

130. On note que la loi du 13 avril 1995[345] a introduit parmi les causes de dissolution judiciaire d'une société commerciale le fait de ne pas avoir déposé ses comptes annuels durant trois exercices consécutifs[346]. Tout intéressé comme le Ministère public peut demander cette dissolution au Tribunal, au plus tôt sept mois après la date de clôture du dernier exercice comptable. La société peut éviter cette sanction en régularisant sa situation en cours de procédure.

VI. Conclusions

131. Les deux dernières décennies ont vu le régime de la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise subir de profondes mutations qui affectent la compréhension de règles pourtant relativement inchangées jusqu'alors, si l'on excepte l'introduction, en 1978, de l'action en comblement de passif (art. 63 ter L.C.S.C. devenu l'art. 530 C. Soc.).

132. Quelles sont ces mutations?

133. Le régime de base de la responsabilité, qui trouve son siège dans les articles 527 et 528 C. Soc. pour les SA n'a pas subi de changement majeur. Les responsabilités visées par ces dispositions ont, en toute logique, été étendues aux membres du comité de direction (suite à la création de cet organe optionnel par la loi du 2 août 2002 dite de *corporate governance*).

134. La responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers, sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil, a connu des développements plus

[342] Article 98, al. 1 C. Soc.

[343] Cette hypothèse, non visée par le texte légal mais qui entre *a fortiori* dans celle du dépôt tardif, est fréquente dans les sociétés «dormantes» ou «moribondes».

[344] Article 98 alinéa 3 C. Soc.

[345] Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935.

[346] Article 182 du C. Soc.

profonds et très contrastés. Le traitement de la responsabilité personnelle du dirigeant dans le cadre d'une faute contractuelle de la société diffère de celui de la responsabilité du dirigeant dans le cadre d'une faute quasi-délictuelle commise par la société.

Après l'arrêt du 29 juin 1989, ouvrant la voie discutée mais néanmoins certaine de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, même dans le cadre d'une faute de gestion, la Cour de cassation devait, dans son arrêt du 7 novembre 1997, fixer strictement les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. La consécration, par la Cour de cassation, de l'assimilation de l'organe à un agent d'exécution, suggérée par certains auteurs, conduisait en pratique à une réduction des possibilités d'agir contre les dirigeants.

Dans l'autre cas, celui de la responsabilité personnelle de l'administrateur à raison d'une faute quasi-délictuelle de la société, la Cour de cassation a semblé marquer une direction différente. Après l'arrêt ambigü du 16 février 2001, dans lequel certains auteurs ont cru voir la consécration du principe d'immunité du dirigeant, la Cour de cassation a retenu, dans son arrêt du 20 juin 2005, le principe de la coexistence de la responsabilité du dirigeant et de celle de la société.

135. L'évolution la plus remarquable, et sans doute la plus critiquable, vise les régimes particuliers instaurés en faveur de l'État.

L'article 530 C. Soc. a subi une première modification lorsque la loi du 4 septembre 2002 a institué des présomptions de responsabilité des dirigeants en matière de fraude fiscale grave et organisée. La loi-programme du 20 juillet 2006 devait étendre ces présomptions en matière de paiement des cotisations à l'Office Nationale de Sécurité Sociale et introduire, aux articles 442*quater* CIR 1992 et 93*undecies* du Code TVA, un régime de responsabilité civile solidaire des administrateurs, fondé sur des présomptions réfragables, en matière de précompte professionnel et de TVA.

136. L'instauration de règles dérogatoires au régime général de la responsabilité des dirigeants, certaines étant extraites du *corpus* que constitue le Code des sociétés, complique singulièrement la tâche des dirigeants et risque de susciter certains effets pervers, le dirigeant incapable de faire face aux obligations fiscales de la société pouvant être tenté par le dépôt de bilan, dans le seul but de renverser la présomption et de limiter son risque.

Elle complique aussi la tâche du juge, confronté à une myriade de règles différentes et contradictoires.

137. Mentionnons, enfin, l'ouverture de l'action individuelle des créanciers lésés dans le cadre de l'article 530 C. Soc. qui met fin au monopole d'action du curateur, non sans risque de troubler les règles strictes du fonctionnement de la faillite et du concours entre les créanciers.

138. *De lege ferenda*, on peut émettre le vœu que le législateur harmonise les conditions de la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers, en ce compris à l'égard des créanciers institutionnels (administration fiscale et ONSS), harmonisation des principes et des textes essentielle à la sécurité juridique que les dirigeants d'entreprise sont en droit d'attendre dans une matière qui, mal comprise ou mal interprétée, risque d'inhiber l'action du dirigeant d'entreprise au détriment de l'efficacité des structures et de l'esprit d'entreprise.