

OBSERVATIONS**Distribuer des dividendes dans un contexte financier délicat...**Quant aux devoirs des dirigeants

Dans cette affaire, les deux administrateurs (M. et A.) ont été assignés par des créanciers sociaux et ont déjà été condamnés, par un jugement distinct du même tribunal, à leur payer des montants substantiels.

Le volet traité ici par la juridiction permet, notamment, de discuter des devoirs des dirigeants qui proposent à l'assemblée générale de distribuer des dividendes. Le Tribunal rappelle que même s'il n'existe pas de base légale pour obliger les administrateurs à prendre en compte les pertes de l'exercice en cours, c'est leur devoir général de *gestion prudente* défini à l'article 527 du Code des sociétés² qui leur impose de démontrer, sur la base d'un état comptable établi volontairement, que le bénéfice est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte sur dividende et qu'entre-temps il n'a pas été perdu en raison des pertes de l'exercice en cours. S'appuyant sur diverses références doctrinales, le Tribunal énonce que « *Les administrateurs qui proposent à l'AG de distribuer des sommes disponibles à la date de clôture de l'exercice doivent vérifier, au moment où ils formulent leur proposition, s'il est toujours conforme à la bonne gouvernance de distribuer effectivement ces sommes* ».

En l'espèce, le Tribunal apprécie distinctement les deux opérations de paiement de dividendes au regard de la situation de la société.

Pour le second dividende, qui a précédé de peu l'aveu de faillite, il estime que les administrateurs étaient nécessairement conscients du risque de faillite et stigmatise que malgré cette conscience, ils aient proposé la distribution à l'AG ; curieusement, la question du conflit d'intérêts et du respect de la procédure applicable en cette hypothèse n'a pas été abordée, alors que cela aurait pu être pertinent.

L'actionnaire majoritaire a agi illégalement en décidant d'un versement de dividende intérimaire à la veille d'une faillite imminente ; elle est jugée tiers complice de cette opération anormale, qui est déclarée inopposable aux créanciers sociaux.

Pour le premier dividende par contre, le Tribunal estime que le curateur ne prouve pas suffisamment la situation délicate de la société au jour de l'AGO de sorte que l'inopposabilité sollicitée est rejetée.

Quant aux devoirs des associés

Dans l'espèce commentée, la défenderesse est l'actionnaire à 95 % de la société faillie et donc la bénéficiaire directe des deux dividendes décidés par l'AG peu avant la faillite, dans un contexte de graves difficultés de la société.

2. Voir désormais l'article 2:56 du CSA relatif à la responsabilité des administrateurs envers la personne morale pour les fautes commises dans l'accomplissement de leur mission.

Il n'existe pas, dans l'ancien Code des sociétés applicable à l'espèce tranchée, de dispositions spécifiques relatives à la responsabilité des *associés*³. Seule la responsabilité de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil peut assaïr une demande d'indemnisation du dommage causé par leur faute et nous ne connaissons pas de jurisprudence à cet égard. Ceci peut s'expliquer par le fait que non seulement la *faute* (avec individualisation de l'associé ou des associés fautifs) mais également le *lien de causalité* avec le dommage sont, en la matière, fort difficiles à établir.

Dans la pratique, on connaît davantage d'exemples de responsabilité de *tel associé*, que ce soit à l'égard de la société ou d'un autre associé, pour tel fait précis⁴, que d'illustrations pratiques de responsabilité de *l'ensemble des associés* dans l'exercice *collectif* de leur droit de vote.

Trop souvent, on imagine que chaque associé dispose, dans le cadre de sa mission au sein de l'assemblée générale, d'une *liberté de décision totale*. C'est inexact, puisqu'à tout le moins la poursuite de *l'intérêt de la société* doit, en principe, présider à ses choix. Il faut toutefois tempérer l'idée selon laquelle l'intérêt social serait le phare unique qui dirige les associés ; le réalisme impose de constater, « sur le terrain », que chacun se positionne dans le processus décisionnel de manière quelque peu égoïste, et en étant principalement motivé par la recherche de son intérêt personnel.

Certains considèrent que lorsque la décision d'une AG est totalement étrangère à la vie, à l'intérêt, au fonctionnement de la société, il ne s'agit plus de l'expression de la volonté de l'être social mais bien de celle, individuelle, de chaque intervenant au vote⁵.

A l'égard des tiers, si, en principe, la faute d'un associé qui participe à une décision collective se fonde dans la faute de l'organe collégial dans lequel au sein duquel il s'est exprimé, seule la responsabilité de la société incarnée par l'organe pouvant être engagée, la responsabilité individuelle d'un associé peut toutefois être engagée dans deux hypothèses, non nécessairement concomitantes. D'une part, lorsque l'assemblée n'a présenté qu'une *apparence* d'organe social, mais n'a en réalité pas été valablement constituée. D'autre part, lorsque les associés ont voté en faveur de la décision fautive non pas dans l'exercice de leur mission de poursuite de l'intérêt social (par le vote de décisions correspondant, à tout le moins en apparence, aux besoins et au développement de la société), mais dans un but contraire à l'intérêt social et à des fins vexatoires. Ainsi, VIANDIER précise qu'« *Il faut franchir un degré de plus pour passer de la faute de l'organe social à la faute de l'associé et ce degré est celui du but personnel (...)* ; *l'associé détourne en quelques sortes les prérogatives qui lui sont reconnues par l'institution et les exploite à des fins exclusivement personnelles, dans la seule vue de nuire au dirigeant révoqué. Il est donc légitime que ce dernier puisse agir contre l'associé coupable, comme il serait d'ailleurs légitime que la société elle-même, si elle était condamnée, puisse se retourner contre l'associé fautif* ».

3. À distinguer de la responsabilité particulière des fondateurs.

A distinguer également de la nullité des décisions de l'AG. L'article 64 du Code des sociétés prévoyait, aux n° 2 et 3, la possible nullité d'une décision lorsqu'il y a intention frauduleuse ou lorsque la décision prise est entachée d'excès ou de détournement de pouvoir. Dans le CSA, l'article 2:42, 2° prévoit qu'est frappée de nullité la décision prise par un organe d'une personne morale « *en cas d'abus de droit, d'abus, d'excès ou détournement de pouvoir* ».

4. Actionnaire majoritaire ou minoritaire qui abuse de sa position, violation d'un pacte d'actionnaires, ...

5. A. VIANDIER, note sous l'arrêt de la Cour de cassation française du 13 mars 2001, *J.C.P.*, 7 juin 2001, pp. 954-955 ; cet arrêt a également été publié dans *J.D.S.C.*, 2002, n° 401, p. 161 avec notre note intitulée « *La condamnation personnelle d'un associé ayant participé à une décision fautive de l'assemblée générale* ».

A l'égard de la société, il apparaît encore plus inacceptable qu'un associé participe à une décision collective dans un but contraire à l'intérêt social et à des fins purement privées, comme dans l'espèce commentée, ce qui justifie amplement selon nous la décision commentée.

Quant à la distribution de dividendes dans le CSA

Rappelons que c'est désormais aux articles 5:142 et 5:143, 6:115 et 6:116 et 7:212 que le CSA régit la distribution de dividendes⁶.

Sans développer ici cette matière déjà largement commentée depuis 2018⁷, contentons-nous de souligner qu'en vue de protéger les créanciers des SC et des SRL, deux tests distincts doivent être opérés avant toute distribution, le premier par l'AG et le second, qui présente une réelle nouveauté, par l'organe d'administration :

- le test de solvabilité (dit également test de bilan ou test d'actif net) : l'actif net de la société après la distribution des dividendes ne peut devenir négatif ou descendre en-dessous des capitaux propres indisponibles⁸ ; ce premier test permet d'assurer que si d'aventure la société devait être liquidée, les créanciers soient remboursés au moyen de la vente de ses actifs ;
- le test de liquidité : aucune distribution envisagée par l'AG suite à la « réussite » du premier test ne peut être concrétisée si à sa suite, la société se trouve incapable, en fonction des développements auxquels elle peut raisonnablement s'attendre, de continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution ; ce second test permet d'assurer que la société bénéficie de suffisamment de liquidités à sa disposition après la distribution ; il est cependant moins précis et moins objectif sur le plan comptable que le premier, de sorte que l'organe d'administration dispose d'une certaine marge de manœuvre.

Toute distribution effectuée en violation des dispositions relatives à ce double test aura pour conséquence que les bénéficiaires, qu'importe leur bonne foi, pourront se voir réclamer le remboursement du dividende irrégulier perçu⁹ tandis que les dirigeants seront solidairement responsables de leurs manquements tant envers la société qu'envers les tiers¹⁰, outre qu'ils encourent des sanctions pénales¹¹.

6. Les règles s'appliquent plus largement à toute distribution de bénéfices, et donc également aux distributions d'apports et aux distributions de tantièmes aux dirigeants.

7. Il est impossible de référencer ici les maints ouvrages et articles de qualité consacrés au CSA ces dernières années. Pour un « topo » clair et structuré de ses grandes lignes, renvoyons le lecteur à la contribution de X. DIEUX et P. DE WOLF parue dans le *J.T.* n° 6779, 2019, pp. 501 et s. intitulée « *Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Capita Selecta* » et, pour le droit transitoire, à celle de V. SIMONART parue dans le *J.T.* n° 6819, 2020, pp. 465 et s. intitulée « *Le régime transitoire du Code des sociétés et des associations. Questions pratiques* ».

8. Cf. les articles 320 (SPRL) et 429 (SCRL) du Code des sociétés ; autrefois, l'actif net post distribution ne pouvait être inférieur au « capital » ; désormais, le plancher est soit 0, soit le montant des capitaux propres légalement ou statutairement indisponibles.

9. Articles 5:144, al. 2 et 6:117, al. 2 CSA.

10. Articles 5:144, al. 1^{er} et 6:117, al. 1^{er} CSA.

11. Articles 5:158,3° et 6:128,3° CSA.

Dans les SA, toujours dotées d'un capital, et conformément au passé¹², seul le test de solvabilité s'impose *expressis verbis* dans le CSA : une distribution ne pourrait avoir pour effet que l'actif net descende sous le capital (libéré ou appelé) et les réserves indisponibles, les sanctions qui assortissent cette règle étant les mêmes que celles indiquées ci-avant¹³. Néanmoins, même en l'absence de norme en ce sens, les organes des SA seraient mal inspirés de procéder à la distribution de dividendes alors même que pareille affectation des bénéfices mettrait en péril le remboursement de leurs dettes à court et moyen termes.

12. Cf. l'article 617 du Code des sociétés ; désormais article 7:212 CSA.

13. Remboursement du dividende irrégulier perçu (art. 7:214 CSA) et responsabilité solidaire des dirigeants pour leur manquement, tant envers la société qu'envers les tiers (il n'existe pas de disposition similaire aux articles 5:144, al. 1^{er} et 6 :117, al. 1^{er} dans le livre 7 consacré à la SA mais ses dirigeants n'échappent pas pour autant à leur responsabilité civile puisqu'ils sont soumis, comme les administrateurs de toute personne morale, à l'article 2:56, alinéa 3 CSA qui prescrit que les membres de l'organe d'administration « *répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale* ») ; s'ajoutent également des sanctions pénales à charge des dirigeants (7:232, 2^o CSA).