

Après son retrait, un administrateur doit rester en place pour assurer la continuité de l'administration. Il doit continuer d'administrer la société jusqu'à ce que l'assemblée générale ait pourvu à son remplacement. Jusqu'à cet instant, il doit veiller à ce que la société respecte toutes ses obligations légales, telles que, par exemple, l'obligation de faire l'aveu de la faillite si les conditions pour ce faire sont réunies (Bruxelles, 24 février 2000, *R.P.S.*, 2000, n° 6813).

Aucune distinction ne doit être faite selon que l'administrateur est actionnaire ou non, selon qu'il est rémunéré ou exerce son mandat à titre gratuit, selon qu'il est une personne physique ou est une personne morale.

Suivant l'article 528, 1°, du Code des sociétés, les administrateurs d'une société anonyme sont solidairement responsables de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts sociaux commises par l'un d'entre eux. Les administrateurs «innocents» ne peuvent échapper à cette responsabilité solidaire que s'ils ont dénoncé ces infractions lors de la première assemblée générale suivant le moment où ils en ont eu connaissance (D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, «Kroniek Venootschapsrecht 2001-2002», *T.R.V.*, 2002, 136).

Or, il n'apparaît nulle part que l'un des administrateurs aurait, à un moment donné, dénoncé un acte fautif posé par l'administrateur délégué.

6. (...) voir la publication de la suite de l'arrêt ci-après sous le numéro 785 au verbo «370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA».

## OBSERVATIONS

### Les trois missions du dirigeant et le délai de prescription de sa responsabilité

Dans le cadre d'une action en responsabilité pour fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite introduite par un curateur contre trois gérants d'une société anonyme déclarée une première fois en faillite en mars 1984, dont la faillite, clôturée pour insuffisance d'actif par jugement du 3 février 1987, a été rétractée en juin 1987 puis à nouveau déclarée en faillite en mars 1997, deux questions «techniques» surgissent: les dirigeants qui n'exercent pas réellement leur mission de gestion peuvent-ils échapper à leur responsabilité à l'égard de la société et/ou des tiers? Le délai de prescription quinquennal de l'article 198 du Code des sociétés viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution?

#### 1. Trois devoirs de tout administrateur, quel qu'il soit

Deux des trois administrateurs de la SA en faillite soutiennent qu'à compter de la première faillite déclarée en mars 1984, ils n'auraient plus suivi la gestion de la société, la délaissant aux mains de l'administrateur délégué. Cet argument est balayé par la Cour qui, citant le Professeur Jan RONSE<sup>2</sup>, affirme que «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». Il nous semble qu'il faut nuancer cette affirmation en tenant compte des particularités de l'espèce: la société a été déclarée en faillite le 30 mars 1984. A compter du jour du jugement déclaratif de

2. J. RONSE, «Overzicht van Rechtspraak 1978-1985, Venootschappen», *T.P.R.*, 1986, p. 201.

faillite, les organes de la société ont du laisser la place au curateur<sup>3</sup>. On ne peut dès lors exiger des administrateurs qu'ils continuent à gérer activement la société, alors même que la loi leur ôte tout pouvoir pour les transmettre intégralement au curateur. Dans l'espèce commentée, il semble que la Cour ait pris argument du fait que l'administrateur délégué de la société déclarée en faillite ait fait immédiatement appel de cette décision au nom de la société<sup>4</sup> pour considérer que les administrateurs devaient tous continuer à se préoccuper du sort de celle-ci, sachant que la faillite risquait d'être rétractée. La rétractation a pour effet de mettre à néant la faillite, et donc la Cour envisage la situation et le rôle de chaque acteur *comme si la société n'avait jamais été en faillite*. On attendrait cependant de la juridiction saisie une sévérité moindre à l'égard des dirigeants d'une société dont la faillite a été rétractée, dans l'examen des actes accomplis et/ou des omissions reprochées entre le jour de la déclaration de la faillite et le jour où elle a été rétractée.

En-dehors de cette hypothèse de faillite, il est certain qu'un administrateur est obligé de suivre les affaires de la société. Si cela ne lui convient pas, il ne devait pas accepter la mission qui lui a été confiée.

Il ne suffit pas de désigner un administrateur chargé de la gestion journalière pour se frotter les mains. En effet, il convient encore de veiller à la manière dont ce dernier assume sa mission, tout défaut de **surveillance** étant susceptible d'engager la responsabilité du conseil d'administration qui lui a fait confiance. A ce devoir de surveillance s'ajoute un devoir de **recherche active de l'information**, à savoir que l'administrateur doit faire les démarches utiles à se tenir au courant de la situation de la société qu'il est censé gérer. Dans ce cadre, l'administrateur a notamment pour mission de veiller à ce que la société remplisse ses obligations légales en matière de fiscalité, de comptabilité, de dépôt de comptes annuels et d'autres formalités prévues par le droit des sociétés<sup>5</sup>. On souligne enfin un troisième devoir, qui est celui de la **continuité**: le dirigeant qui met fin à sa mission de gestion (démission, arrivée du terme de son mandat,...) doit cependant la poursuivre jusqu'à ce qu'il soit remplacé.

Dans la pratique, on constate que les personnes concernées oublient trop souvent que la responsabilité concerne *tout administrateur ou tout gérant*, quelle que soit la façon dont il a été désigné, quels que soient les pouvoirs réels dont il dispose au sein de la société, qu'il soit personne physique ou personne morale<sup>6 7</sup>, rémunéré ou non, compétent ou non, actif ou

3. Art. 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. On rappelle que les jugements prononcés en matière de faillite sont exécutoires par provision; en vertu de cette exécution provisoire, les curateurs entrent immédiatement en fonction (art. 14 al. 1 et 40 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites).

4. Si le failli a été partie à la procédure, il peut interjeter appel dans un délai de quinze jours à compter de la signification du jugement en vertu de l'art. 14, al. 4 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

5. Gand, 24 janvier 2006, *Cour. fisc.* 2006 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 6, 468, note S. VERTOMMEN.

6. 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'art. 255 ancien du Code des sociétés. La loi «*corporate governance*» du 2 août 2002 a enfin modifié cet art. 255 en supprimant le mot «physique», autorisant dès lors une personne morale à gérer une SPRL.

7. La même loi introduit un second paragraphe à l'art. 61 du Code des sociétés, 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. 2001-02, n° 1211/001, p. 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.

non<sup>8</sup>, actionnaire ou non. 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<sup>9</sup>.

Éventuellement, la juridiction saisie du litige pourrait définir, dans le cadre de la *contribution à la dette*, la répartition des responsabilités entre les dirigeants en ayant égard au caractère «inactif» de l'un d'entre eux. Toutefois, on ne serait pas totalement convaincu par une répartition inégalitaire. En effet, on peut soutenir qu'accepter un mandat de dirigeant dans une société sans exercer effectivement sa mission est une faute grave. Cela arrive essentiellement dans les petites sociétés où l'on cherche une bonne volonté pour «faire nombre», c'est-à-dire «jouer les pots de fleurs». Or si le législateur a imposé pour les SA<sup>10</sup> un nombre minimum de dirigeants (trois administrateurs ou deux, selon le cas<sup>11</sup>), c'est parce qu'il lui est apparu nécessaire de confier à plusieurs personnes ces responsabilités importantes. Contourner cette obligation en recourant à un administrateur fantoche est, à notre sens, fautif tant dans le chef de ceux qui le décident que dans le chef de celui qui l'accepte, avec la même intensité.

## 2. Délai de prescription quinquennal de la responsabilité des dirigeants de société

L'article 198, alinéa 4 du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants<sup>12</sup> se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol<sup>13</sup>. Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs et gérants, quel que soit son fondement juridique<sup>14</sup>, que l'on reproche un fait positif ou une abstention fautive<sup>15</sup>. 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.

8. Voir par exemple Comm. Termonde (3<sup>ème</sup> 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 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 (7<sup>ème</sup> ch.), 8 février 2001 (*J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211 et 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 n° 10282)*».
9. «*Un administrateur distrait, inactif, incompétent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations des L.C.S. ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même s'il n'en a pas connaissance*» (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1996, p. 97 et J. Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage de O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 312). Voir notamment Liège, 1 décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 280; Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 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.
10. Dans les SPRL, le Code des sociétés n'impose pas la présence d'un nombre minimum de gérant (art. 255); dans les SCRL, le Code ne touche mot de la question du nombre d'administrateurs, laissant aux fondateurs le soin de le déterminer.
11. Art. 518 du Code des sociétés; depuis la loi du 13 avril 1995, deux administrateurs suffisent lorsque la société ne compte que deux actionnaires.
12. 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 1<sup>er</sup> 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'art. 15).
13. 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).
14. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1<sup>ère</sup> éd., 1954, n° 636, p. 405.
15. Il ne faut pas s'arrêter au sens littéral du mot «faits» utilisé par le législateur; de nombreuses abstentions sont en effet susceptibles d'engager leur responsabilité: omettre de déposer les comptes annuels à la BNB, d'adapter le capital social minimum à de nouvelles exigences légales, de tirer la sonnette d'alarme en cas de perte grave de l'actif net, de renouveler un bail commercial, de souscrire telle assurance,...

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<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>; 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<sup>18</sup> ou au jour de la cessation de la situation illégalement maintenue; cette indivisibilité doit cependant être appréciée avec une certaine rigueur.

En l'espèce, le curateur soutient que le délai quinquennal violerait la Constitution, argument rejeté par la Cour en faisant référence tant à la *ratio legis* de ce régime dérogatoire, ayant pour but «*de ne pas laisser trop longtemps les administrateurs d'une société dans l'incertitude quant à leur responsabilité éventuelle pour des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leurs fonctions et ce, dans l'intérêt du commerce*» (avec une référence à un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1994<sup>19</sup>) qu'à un arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 1995<sup>20</sup> relatif à la constitutionnalité de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoyant que l'action civile résultant d'une infraction soit prescrite après cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise, sans qu'elle puisse l'être avant l'action publique.

Le curateur n'est pas le premier à s'être interrogé sur l'existence d'une justification objective et raisonnable dans la différence de traitement des victimes selon que la faute génératrice d'un dommage constitue ou non une faute commise dans un cadre particulier (infraction pénale, faute commise dans la gestion d'une société,...). Cette dérogation au droit commun de la prescription (décennale ou quinquennale selon que l'action introduite a un fondement contractuel ou extra-contractuel, avec prise de cours à compter du jour où la faute est commise ou à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, sans prendre en considération la date de commission de la faute ou la date de découverte de celle-ci s'il y a eu dissimulation, selon le cas)<sup>21</sup>, est-elle conforme au principe d'égalité et de non-discrimination? La Cour gantoise refuse de poser la question à la Cour d'arbitrage, mais on verra qu'un autre plaideur, qui s'interrogeait dans des termes identiques, a obtenu que la Cour d'arbitrage soit saisie de cette question et y réponde dans un arrêt du 21 mars 2007 publié ci-après, sous le numéro 778 au verbo «300. Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les administrateurs».

16. La prise de cours du délai diffère donc du régime de droit commun instauré par l'art. 2262bis du Code civil.

17. Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note STIJKMANS.

18. 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.

19. Cass., 27 mai 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 544; *Bull.*, 1994, p. 522; *J.D.S.C.*, 1999 (abrégé), n° 85, p. 218 et note M.A. DELVAUX; *Pas.*, 1994, I, p. 522; *R.W.*, 1994-95, p. 673; *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 291; *R.D.C.*, 1994, p. 1011; *T.R.V.*, 1995, p. 54 et note M. WIJCKAERT.

20. C.A. n° 25/95, 21 mars 1995 (question préjudicielle), *Arr. C.A.*, 1995, p. 377; *A.J.T.*, 1994-95, p. 419 et note L. ARNOU; *M.B.*, 31 mars 1995, p. 8.184; *J.L.M.B.*, 1995, p. 496; *J.T.*, 1995, p. 261; *P.&B.*, 1995, p. 40 et note; *R.G.A.R.*, 1995, n° 12.529; *R.W.*, 1994-95, 1324 et note P. TRAEST; *Rev. dr. pén.*, 1995 (abrégé), p. 660; *Chron. D.S.*, 1995 (abrégé), p. 303 et note; *Rev. dr. Santé*, 1995-96, p. 51 et note J. FAYNART; *T.B.P.*, 1995 (abrégé), p. 404; *IDj*, 1995, p. 369; *Dr. circ.*, 1995, p. 130 et note B. VEECKMANS et DEPUYDT.

21. Art. 2262bis C. civ.