

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les dirigeants peuvent-ils quitter impunément le navire lorsqu'il coule ?

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

*Publication date:*

2007

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2007, 'Les dirigeants peuvent-ils quitter impunément le navire lorsqu'il coule ? note sous Comm. Termonde (6ème ch.) 25 octobre 2004', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 103-107.

### 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.

même, dans l'absence de paiement du précompte professionnel pendant toute la période incriminée. Dans ces circonstances, le fait de ne pas payer le précompte professionnel revenait à conférer à la société des crédits illusoires. Les administrateurs auraient dû faire l'aveu de la faillite beaucoup plus tôt, au moment où l'impossibilité de payer le précompte professionnel ne cessait de se répéter avec régularité.

14. Le tribunal juge que l'Administration n'a, pour sa part, pas commis de faute. L'Administration a pris les mesures qu'elle pouvait prendre (...).

La faillite n'a pas rompu le lien de causalité entre les fautes des défendeurs et le dommage, comme les défendeurs le prétendent à tort.

15. Le tribunal juge que le dommage ne peut être évalué qu'*ex aequo et bono*, étant donné qu'il est impossible de dire, aujourd'hui, à partir de quand, précisément, les administrateurs auraient dû savoir que l'entreprise ne pouvait plus être sauvée et auraient dû en faire l'aveu. Même s'ils en avaient fait l'aveu au bon moment, une dette – sans doute moins élevée – en matière de précompte professionnel aurait probablement subsisté.

Tenant compte de l'ampleur des dettes dont font état les conclusions, le tribunal évalue le dommage causé par la faute des trois premiers défendeurs *ex aequo et bono* à 60.000 EUR, augmentés des intérêts judiciaires.

Le tribunal juge le quatrième défendeur responsable de la faute consistant à avoir poursuivi les activités d'une société qui ne pouvait plus être sauvée et évalue le dommage *ex aequo et bono* à 30.000 EUR, augmentés des intérêts judiciaires.

Le tribunal juge les trois premiers défendeurs coresponsables du dommage né après leur démission. Cette démission avait uniquement pour but de nommer des hommes de paille en tant qu'administrateurs, dans la perspective d'une faillite imminente.

(...)

PAR CES MOTIFS,  
(dispositif conforme aux motifs)

### **OBSERVATIONS**

#### **Les dirigeants peuvent-ils quitter impunément le navire lorsqu'il coule?**

La SA Intersit-Comfort est déclarée en faillite le 28 mai 1999, faillite qui est clôturée pour absence d'actif le 7 septembre 1999. Cette société présente une ardoise de précompte professionnel de près de 100.000 EUR, outre des dettes à l'égard de la TVA et d'autres créanciers. L'Etat belge poursuit ses trois anciens administrateurs et l'un de ses administrateurs en poste au jour de la déclaration de faillite afin d'obtenir leur condamnation à verser lesdits précomptes, s'étalant sur une période comprise entre le troisième trimestre 1997 et le premier trimestre 1999.

Quel fondement l'Etat peut-il valablement donner à cette action?

Outre les fondements spécifiques définis par le Code des sociétés<sup>3</sup> ou des lois particulières<sup>4</sup>, l'action d'un tiers contre les dirigeants d'une société peut se fonder sur la violation du Code des sociétés ou des statuts<sup>5</sup>, sur la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société<sup>6</sup> (action dite «*en comblement de passif*») ou sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

En l'espèce, l'absence de paiement du précompte professionnel ne constitue pas une violation du Code des sociétés, ce que le tribunal rappelle à juste titre; la violation par une société de n'importe laquelle de ses obligations légales n'entraîne pas *ipso facto* la responsabilité de ses dirigeants. L'Etat tentait néanmoins de rendre les dirigeants personnellement responsables des précomptes dus par la société en se fondant sur une disposition spécifique de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, l'article 86, qui aurait selon lui créé une obligation *personnelle* dans le chef des dirigeants. Le tribunal balaie cet argument à un double motif: d'une part, le Roi n'est pas reconnu compétent pour désigner d'autres débiteurs du précompte professionnel que ceux qui sont prévus par la loi en vertu de l'article 271 du CIR 92, et d'autre part, les personnes visées à l'article 86 seraient les dirigeants d'une société sans personnalité juridique, et non d'une SA comme en l'espèce.

Dans la mesure où l'article 61 du Code des sociétés précise que les organes d'une société ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de celle-ci, seul l'engagement valable de la responsabilité des dirigeants, sur pied du droit commun ou dans le cadre de l'action en comblement de passif, permettrait à l'Etat d'obtenir la prise en charge par ces derniers des obligations de la société; une faute doit dès lors nécessairement être établie dans leur chef.

#### Quelle faute peut être reprochée aux dirigeants?

Les trois premiers administrateurs ont remis leur démission le 4 octobre 1998, soit huit mois avant que la société ne soit déclarée en faillite. Le jugement de faillite fixe la date de la cessation de paiement au 28 novembre 1998, mais il ne fait aucun doute que la date réelle de cessation est bien antérieure. Deux fautes sont retenues dans leur chef, l'une relative à *l'absence d'aveu de faillite* et l'autre à *la démission inopportune*. En effet, d'une part, le tribunal considère que sachant et devant savoir que la société accumulait un passif important en matière de précompte professionnel mais également de TVA et d'autres dettes et qu'une faillite était inévitable, il est fautif de ne pas avoir fait aveu de faillite; l'absence de paiement du précompte a d'ailleurs pour conséquence de donner à la société des crédits illusoire et de tromper les tiers. D'autre part, et dans pareil contexte, il est fautif de démissionner sans s'interroger sur les chances de sauvetage de la société que l'on quitte; cela revient à remettre une société virtuellement en faillite entre les mains de nouveaux administrateurs. Cette démission est encore moins admissible lorsque, comme en l'espèce, elle a

3. Responsabilités particulières dans l'hypothèse de l'augmentation du capital (art. 314 (SPRL), 424 (SCRL) et 610 (SA) C. soc.), de la transformation de la société (art. 785 C. soc.), de sa fusion ou de sa scission (art. 687 C. soc.), du défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage du capital (art. 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) C. soc.), de surévaluation manifeste de biens vendus à une société par un fondateur, un administrateur ou un associé (art. 230 (SPRL), 406 (SCRL) et 458 (SA) C. soc.), d'indication insuffisante des mentions permettant aux tiers d'identifier la société ou de la qualité en vertu de laquelle les dirigeants agissent (art. 62, 79 et 80 C. soc.), de retard dans la présentation des comptes annuels (art. 92, § 1, al. 3 C. soc.),...
4. Art. 54 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, telle que modifiée par la loi du 4 septembre 2002, art. 14 à 16 de la loi programme du 20 juillet 2006 (*M.B.*, 28 juillet 2006, 2<sup>ème</sup> édition, p. 36.921),...
5. Art. 263, al. 1 (SPRL), 408, al. 2 (SCRL) et 528, al. 1 (SA) C. soc.
6. Art. 265, al. 1 (SPRL), 409, al. 1 (SCRL) et 530 (SA) C. soc. 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 (art. 262 (SPRL), 408, al. 1 (SCRL) et 527 (SA) C. soc.) qu'ils ne peuvent reprocher aux dirigeants en cours de vie sociétaire.

pour but de se faire remplacer par des hommes de paille (dont deux n'existent même pas!) afin de s'exonérer de toute responsabilité.

Le quatrième dirigeant, qui a remplacé les trois premiers et était toujours en poste au jour de la déclaration de faillite, se voit également reprocher le fait d'avoir poursuivi les activités de la SA alors même qu'elle ne pouvait plus être sauvée; s'il avait fait aveu de faillite dès que les conditions étaient réunies, une partie de la dette de précompte professionnel aurait été évitée.

Le tribunal distingue bien l'impossibilité *ponctuelle* de payer le précompte professionnel en raison de difficultés financières, alors que le dirigeant peut *encore raisonnablement croire* que cette impossibilité n'est que *provisoire* et que l'entreprise *peut encore être sauvée*, et cette même absence de paiement lorsqu'il n'existe plus aucune raison de croire que les difficultés financières ne sont que provisoires et que la société peut sortir la tête de l'eau, seule la seconde hypothèse étant fautive.

On regrette cependant que le tribunal, au numéro 12 *in fine*, souligne que «*Les administrateurs ont omis de faire, dans le mois, l'aveu de la cessation de paiement et de l'ébranlement du crédit, comme cela est prescrit par l'article 9 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites*». En effet, cette formulation peut faire croire, erronément, que la responsabilité des dirigeants est automatique lorsqu'ils ne font pas aveu de faillite dans le délai requis et poursuivent une activité déficitaire alors que la société est en état de cessation de paiement. Or le manquement des dirigeants à cette obligation est pratiquement toujours établi, puisque l'état de cessation de paiement est souvent fixé dans le jugement déclaratif de faillite à une date de six mois antérieure à la date de ce jugement déclaratif. La jurisprudence actuelle ne se contente pas du simple constat d'un retard dans l'aveu de faillite pour condamner les dirigeants; plus exigeante, elle n'admet de retenir la responsabilité personnelle de l'administrateur pour les conséquences d'un aveu tardif de faillite que s'il est démontré qu'il pouvait ou devait avoir conscience, au moment où il a contracté avec les tiers<sup>7</sup>, que la société se trouvait en état de faillite<sup>8</sup>. La réalité de l'état de cessation de paiement ou à tout le moins la

7. Ou au moment où la société a vu naître des obligations légales, en ce qui concerne l'Isoc, la TVA, le précompte professionnel,...

8. Cass., 22 septembre 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 180; *R.W.*, 1988-89, p. 847; *J.T.*, 1989, p. 200; *Pas.*, 1989, I, p. 80; *R.C.J.B.*, 1990, p. 203; Cass., 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17; *T.R.V.*, 1991, p. 86 et note M. WYCKAERT; *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 18; *Bull.*, 1991, p. 17; *J.D.S.C.*, 1999, n° 92, p. 232. Voir également la critique virulente de R.O. DALCQ (in «Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée», (note sous Cass. (1ère ch.), 22 septembre 1988), *R.C.J.B.*, 1990, p. 207 à 214) en ces termes: «*La faute résulte de la violation en soi de (l'obligation légale impérative – d'autant plus qu'elle est ici pénalement sanctionnée). L'existence de cette violation étant établie, l'auteur de la transgression ne peut échapper à sa responsabilité que moyennant la preuve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité (...)*».

*Contra*: I. VEROUGSTRAETE et VAN BUGGENHOUT, «Faillissement en continuité van de onderneming», *T.P.R.*, 1990, p. 1750; D. MATRAY, «Responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés», *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, t. VII, Story-Scientia, 1989, p. 98; P. COPPENS et F. T'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 489-491 qui qualifient la solution de la Cour de cassation de prudente et appellent à son approbation, puisqu'«une jurisprudence en sens contraire mettrait presque toujours, et en tout cas de manière automatique, à charge des administrateurs ou gérants le règlement à faire à tous les vendeurs, à tous les prêteurs et autres créanciers qui auraient contracté pendant la période suspecte». (...) en outre «il ne faut pas oublier qu'au moment du jugement déclaratif, le tribunal ne connaît pas les données concrètes du déclin de l'entreprise et qu'il refoule le début de la période suspecte, par habitude et par prudence, au maximum légal de six mois. L'automatisme de cette pratique est bien connue» (et voir les références citées). Ces auteurs n'adhèrent donc pas à la solution «dure» retenue par DALCQ, soulignant d'ailleurs que la latitude que l'on peut constater en pratique sur le plan de la poursuite pénale de l'infraction de banqueroute doit nécessairement rejaillir sur les conséquences civiles du fait dommageable.

On peut encore lire à ce sujet: Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1069; Anvers, 13 février 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; *R.D.C.*, 1990, p. 434; Gand, 7 novembre 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545, Liège (13<sup>ème</sup> ch.), 8 juin 1999, *J.D.S.C.*, 2002, n° 409, p. 194, *J.T.*, 2000, p. 581; Bruxelles, 24 février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 408, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 258 et note W. DERIJCKE; Gand (7<sup>ème</sup> ch.), 7 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 510, p. 217 et obs. M.A. DELVAUX; Civ. Hasselt 4 juin 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1985, p. 151.

conscience qu'en avaient les administrateurs, au moment des engagements litigieux, doit dès lors être appréciée *in concreto*.

On note que le tribunal qualifie l'absence fautive d'aveu de faillite de «*faute grave et caractérisée, que n'aurait pas commise un administrateur normalement prudent et raisonnable*», sans se référer expressément à l'article 530 du Code des sociétés. Cela s'explique sans doute par le fait que l'action a été introduite par l'Etat belge le 25 septembre 2002, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés<sup>9</sup> qui a ajouté un alinéa supplémentaire aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés pour permettre au créancier individuel d'introduire une action en comblement de passif. En l'espèce, l'Etat ne pouvait donc pas introduire ce type d'action, autrefois réservée au curateur.

On note également que l'argument des dirigeants selon lequel ils auraient obtenu décharge pour leur gestion lors de l'assemblée générale annuelle n'a aucun poids, puisque le vote du quitus n'a évidemment pas pour conséquence d'exonérer les dirigeants de leur responsabilité à l'égard des tiers.

La faute étant établie, le tribunal constate l'absence de rupture du lien causal avec le dommage subi par l'Etat belge: il n'existe aucune faute de la «victime» qui pourrait entrer en concours avec la faute des dirigeants, et la simple déclaration de faillite d'une société ne constitue pas une cause de rupture, quoi qu'en pensent les dirigeants.

Reste alors à apprécier le dommage réparable, en distinguant la situation des trois dirigeants qui ont fautivement «quitté le navire» et celle du malheureux matelot qui a grimpé dans une embarcation en péril. Pour ce faire, le tribunal tente d'apprécier, sans recourir aux lumières d'un expert judiciaire, la partie du précompte professionnel qui aurait pu être évitée si l'aveu de la cessation de paiement avait été fait à temps. Ceci nécessite de déterminer à partir de quand les administrateurs auraient dû se rendre compte du fait que la société ne pouvait plus être sauvée, époque que le tribunal évalue aux alentours du 1<sup>er</sup> janvier 1998; le précompte professionnel relatif aux deux derniers trimestres de 1997 aurait dès lors, selon le tribunal, été impayé même sans la faute des dirigeants.

Curieusement, et par le jeu de la détermination précise du dommage en lien causal avec la faute, les trois dirigeants qui ont fautivement abandonné le navire se retrouvent finalement moins sanctionnés que le nouveau venu, puisqu'ils se partagent une condamnation de 60.000 EUR, soit 20.000 EUR par personne<sup>10</sup> alors que ce dernier assume seul la condamnation de 30.000 EUR. Ce n'est donc pas la gravité des fautes respectives qui est prise en considération, le dernier dirigeant se trouvant clairement dans la position du dindon de la farce! Dans le cadre de l'action en comblement de passif, par contre, on rappelle que le tribunal aurait disposé d'une plus grande marge de manœuvre pour condamner les dirigeants, avec ou sans solidarité, au paiement de tout ou partie de la dette en ayant égard à la gravité respective des fautes de chacun. Dans le cadre de cette action, le tribunal aurait également dû se demander si la faute du quatrième dirigeant avait effectivement contribué à la faillite, alors même qu'il semble établi que les conditions de la faillite étaient déjà rencontrées bien avant son arrivée. Il n'est pas douteux que dans cette hypothèse, le «dernier arrivé» aurait subi une condamnation moins importante que les trois premiers protagonistes.

Pour conclure, répondons à la question originelle: des dirigeants peuvent-ils se délier de toute responsabilité dans la gestion de la société en démissionnant de leur poste lorsque cel-

9. *M.B.*, 21 septembre 2002, p. 42.928 et s.

10. A la condition que la contribution à la dette se concrétise effectivement et que chacun des trois condamnés soit solvable.

le-ci sombre définitivement? Non! S'il est vrai qu'en principe, l'administrateur peut choisir unilatéralement, sans l'accord des associés ou des coadministrateurs et sans devoir motiver sa décision, de démissionner à tout instant, certaines nuances doivent être apportées quant au moment et aux implications d'une telle décision.

D'une part, la démission ne peut intervenir «à contretemps», c'est-à-dire à un moment où elle porte préjudice à la société<sup>11</sup>.

D'autre part, 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<sup>12</sup>.

Enfin, la démission ne produit ses effets que pour l'avenir, et n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à compter de sa publication aux Annexes du *Moniteur belge*<sup>13</sup>. L'administrateur reste dès lors responsable pour toutes les fautes commises avant cette démission et cette publication, et ce même si elles ne sont découvertes ou ne «produisent leurs effets dommageables» qu'après celles-ci. Chaque fois que sa faute «positive» doit être prouvée pour engager sa responsabilité, la «victime» aura des difficultés à l'établir si le dirigeant n'a plus effectivement participé à la gestion de la société, à moins que ce qu'on lui reproche soit précisément d'avoir négligé de gérer la société alors même que sa démission n'est pas encore opposable aux tiers. Lorsque la responsabilité est solidaire<sup>14</sup> et/ou légalement présumée par contre, la situation du dirigeant ayant démissionné peut être plus délicate.

### 370. La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA

N° 785. – *Gand (7<sup>ème</sup> ch.), 9 mai 2005<sup>1</sup>*

*Présentation:* Parmi les trois éléments nécessaires pour engager la responsabilité des dirigeants dans le cadre de l'action en comblement de passif (art. 265, al. 1 (SPRL), 409, al. 1 (SCRL) et 530 (SA) C. soc.), la notion de faute grave et

11. Ainsi, si dans une SA, la démission entraîne une réduction du nombre de membres du conseil d'administration en deçà du minimum légal fixé à trois ou si 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.

12. 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.

13. Art. 74, 2° a C. soc.

14. Notons que dans le cadre de la responsabilité solidaire des dirigeants pour violation du Code ou des statuts, présumée imputable à chacun des administrateurs, actif ou non, la triple preuve imposée par les art. 263, al. 2 (SPRL), 408, al. 3 (SCRL) et 528, al. 2 (SA) leur permet de se dégager de leur responsabilité:

- 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,...) (voir par exemple Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, p. 232 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 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»);
- 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.

785.– 1. Cette décision a été publiée dans *T.R.V.*, 2005, liv. 7, 480.