

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La sonnette d'alarme déclenchée lorsque la société connaît une situation de crise et la responsabilité des dirigeants qui en découle , note sous Comm. Gand 10 avril 1998**

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

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

*Publication date:*

2002

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2002, 'La sonnette d'alarme déclenchée lorsque la société connaît une situation de crise et la responsabilité des dirigeants qui en découle , note sous Comm. Gand 10 avril 1998', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 232-236.

#### **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.

concerne les intérêts, le défendeur perd de vue que l'action n'est pas dirigée contre la société faillie;

Attendu que l'action sur base de l'article 103 lu conjointement avec l'article 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est par conséquent fondée, et qu'il s'ensuit que la responsabilité du défendeur sur la base de l'article 1382 du Code civil, qui pourrait être retenue avec une très grande probabilité (consulter la motivation de Gand, 13 janvier 1995, *T.B.H.*, 1997, p. 179), ne nécessite pas d'examen complémentaire;

*Par ces motifs,*

Le tribunal,

Statuant contradictoirement,

Rejette toutes autres conclusions plus larges et contraires,

Déclare l'action recevable et fondée,

Condamne le défendeur à payer à la demanderesse la somme de cinq cents quatorze mille cinq cents trente-huit francs, majorée des intérêts judiciaires;

(...)

### **OBSERVATIONS**

#### **La sonnette d'alarme déclenchée lorsque la société connaît une situation de crise et la responsabilité des dirigeants qui en découle**

1. Cette décision retient notre attention car elle rappelle clairement l'objet de la présomption contenue aux articles 332 (SPRL – art. 140, al. 1<sup>er</sup> L.C.S.), 431 (SCRL – art. 158bis, al. 1<sup>er</sup> L.C.S.) et 633 (SA – art. 103 L.C.S.) du Code des sociétés.

Depuis la loi du 5 décembre 1984, la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sur base de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales pour non-respect des textes légaux susmentionnés a été facilitée, puisque *le lien causal* entre le défaut de convocation de l'assemblée générale par les administrateurs et le préjudice subi par les tiers (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) est présumé (renversement du fardeau de la preuve), cette présomption étant toutefois réfragable.

Comme le rappelle le tribunal de commerce de Gand, cette présomption doit être bien comprise: la loi ne présume pas 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; elle présume le lien nécessaire de cause à effet entre l'absence de convocation et le dommage subi par les tiers, dommage qui doit évidemment et au préalable être adéquatement prouvé par celui qui se prévaut de ladite présomption.

L'administrateur qui souhaiterait se dégager de sa (lourde) responsabilité ne peut donc le faire par la simple preuve que, même réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité ou aurait adopté d'autres mesures adéquates; cette preuve n'aurait aucun intérêt. 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<sup>2</sup>. 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; des rapports particuliers doivent être établis, 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 – serait-ce *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, ...). Également, 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.

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 Code des sociétés<sup>3</sup>,
  - 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, ...
2. L'apport d'un article particulier relatif à la responsabilité pour défaut de convocation de l'assemblée générale comprenant une présomption légale de lien causal, au regard de la *responsabilité pour violation du Code*<sup>4</sup> est essentiel au niveau du **moment précis de**

2. A ce propos, il convient d'avoir à l'esprit le projet communément appelé «*corporate governance*», devenu la loi du 2 août 2002 (loi 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). Cette loi prévoit que dans les SPRL et les SC, les associés pourront désormais 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 va particulièrement toucher les petites sociétés dans lesquelles les deux organes sociétaires se confondent, comme défini ci-avant. Elle aura 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 du 2 août 2002 ne pourra donc trouver application.

3. Art. 263, al. 2 (SPRL – art. 132 L.C.S.), 408, al. 3 (SCRL – art. 158, 2° L.C.S.) et 528, al. 2 (SA – art. 62, al. 3 L.C.S.) 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.

4. Art. 263, al. 1<sup>er</sup> (SPRL – art. 132 L.C.S.), 408, al. 2 (SCRL – art. 158, 2° L.C.S.) et 528, al. 1<sup>er</sup> (SA – art. 62, al. 2 L.C.S.) C. soc.

**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**.

Dans le régime antérieur à la loi du 5 décembre 1984 qui a instauré cette présomption, 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 (deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires) 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. On pourrait considérer que le défaut de convocation 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 interprétation, à chaque instant le dirigeant est fautif de ne pas réunir l'assemblée, et c'est à chaque instant que l'on doit vérifier quel passif existant l'actif disponible permet de couvrir, pour l'additionner. 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 est *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 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 quand cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social<sup>5</sup>. En conséquence, la responsabilité au titre de violation de la loi et sans la présomption instaurée en 1984 impliquait de prouver que si l'assemblée avait été réunie dans le délai fixé par le Code, l'actif disponible à ce moment précis aurait permis de couvrir totalement ou partiellement le passif existant à ce moment précis, seul ce passif étant indemnisable.

Par contre, grâce à la présomption légale de causalité instaurée en 1984 dans le cadre de la responsabilité pour défaut de convocation d'une assemblée générale en situation de crise, 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.

3. On l'a constaté, la violation de l'obligation de réunir une assemblée générale dans les situations de crise peut constituer une faute sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil comme sur pied de l'ancien article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les socié-

5. X. FOSSOUL, «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», parue dans X, *Liber amicorum*, Commission Droit et Vie des Affaires, 40<sup>e</sup> Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 571 et réf. citées. A noter que l'ensemble de la contribution de X. FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pp. 565 à 581).

tés commerciales<sup>6</sup> (et sur pied de l'ancien art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.<sup>7</sup> dans le cadre d'une faillite – on ne s'y attarde pas ici); seul le second fondement a été retenu dans la décision commentée, le tribunal observant que l'examen de la responsabilité aquilienne était superflu, tout en affirmant qu'elle pourrait être retenue *avec une très grande probabilité*.

L'intérêt de la responsabilité pour défaut de convocation de l'assemblée générale par rapport au *droit commun de la responsabilité* réside évidemment dans le lien causal, toujours délicat à établir sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, et ici présumé. En outre, on ne doit pas rappeler les difficultés profondes nées de la lecture délicate de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 sur la responsabilité extra-contractuelle des organes de gestion à l'égard des tiers<sup>8</sup>, qui font d'autant plus préférer la voie des articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés pour engager la responsabilité des dirigeants. Enfin, la solidarité de la responsabilité des dirigeants est de droit sur base des articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés tandis qu'elle est subordonnée à l'établissement d'une faute commune sur la base du droit commun de la responsabilité<sup>9</sup>.

4. Poursuivons cette même réflexion relative à la violation de l'obligation de réunir une assemblée générale dans les situations de crise envisagée comme une faute sur pied des anciens articles 62, alinéa 2<sup>10</sup> et 63<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur les sociétés commerciales<sup>11</sup>. On lira avec intérêt ci-avant l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 décembre 2000<sup>12</sup> qui envisage séparément ces deux bases légales.

Tout d'abord au point 4.4., la cour examine si le manquement des dirigeants à l'obligation de convoquer une assemblée générale en violation de l'article 103 ancien des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est une *faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite*. En l'espèce, la cour ne retient pas cette violation comme une faute ayant contribué à la faillite, après avoir constaté qu'elle n'avait fait que *retarder la faillite sans y contribuer*. La cour n'aborde pas à cet égard l'éventuelle aggravation du passif comme conséquence de ce défaut de convocation de l'assemblée générale. Si l'état de faillite (voir la réunion des trois conditions) était déjà bien présent au moment où les dirigeants auraient dû réunir l'assemblée générale, leur carence n'a pu en effet *contribuer*

6. Art. 263, al. 1<sup>er</sup> (SPRL – art. 132 L.C.S.), 408, al. 2 (SCRL – art. 158, 2<sup>o</sup> L.C.S.) et 528, al. 1<sup>er</sup> (SA – art. 62, al. 2 L.C.S.) C. soc.

7. Art. 265, al. 1<sup>er</sup> (SPRL – art. 133<sup>bis</sup> L.C.S.), 409, al. 1<sup>er</sup> (SCRL – art. 158, 9<sup>o</sup> L.C.S.) et 530 (SA – art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.) C. soc.

8. Cass., 7 novembre 1997, *J.D.S.C.*, 2000, n<sup>o</sup> 115, p. 5 et note M. COIPEL; *Bull.*, 1997, p. 1146; *Arr. cass.*, 1997, p. 1093; *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS; *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART.

Ne pouvant développer ici toutes les interprétations et implications de cet arrêt, on se contente de renvoyer à divers auteurs ayant examiné la question, outre ceux déjà mentionnés ci-avant:

– P. WÉRY, «Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1998, p. 81;

– R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, «Examen de jurisprudence (1980-1986) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, pp. 602 à 607;

– MOREAU-MARGREVE et A. GOSSELIN, «Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile», *Act. dr.*, 1998, pp. 425-529 et spéc. 453 à 455;

– M.-A. DELVAUX, «L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997: un pavé dans la mare? Certainement une intervention sibylline!», note sous Civ. Anvers (9<sup>o</sup> ch. B), 13 janvier 1998, *J.D.S.C.*, 2001, n<sup>o</sup> 318, pp. 204 à 206.

9. C'est-à-dire que chaque administrateur/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 tel administrateur.

10. Art. 263, al. 1<sup>er</sup> (SPRL – art. 132 L.C.S.), 408, al. 2 (SCRL – art. 158, 2<sup>o</sup> L.C.S.) et 528, al. 1<sup>er</sup> (SA – art. 62, al. 2 L.C.S.) C. soc.

11. Art. 265, al. 1<sup>er</sup> (SPRL – art. 133<sup>bis</sup> L.C.S.), 409, al. 1<sup>er</sup> (SCRL – art. 158, 9<sup>o</sup> L.C.S.) et 530 (SA – art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.) C. soc.

12. Arrêt reproduit ci-avant sous le numéro 411 et en néerlandais dans *R.D.C.*, 2001, p. 739.

à proprement parler à la faillite, même si elle cause *in concreto* un préjudice aux tiers, la survie de la société rendant possible l'aggravation de son passif et l'éventuelle perte de son actif. Peu importe dans le cadre de la responsabilité sur pied des articles 265, alinéa 1<sup>er</sup>, 409, alinéa 1<sup>er</sup>, et 530 du Code des sociétés.

Ensuite, au point 5.3., la cour d'appel de Gand envisage la violation de l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales comme source de responsabilité sur pied de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (*violation du Code*). A nouveau, la cour rejette ce fondement au motif qu'aucun élément du dossier ne permet de conclure que l'absence d'application de l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales aurait occasionné le moindre dommage à la masse des créanciers; en l'espèce, la cour souligne que les tentatives de sauvetage de la société ont permis de réduire une partie des dettes, et constate que les curateurs n'ont pas établi à suffisance que si l'assemblée générale avait décidé en temps utile (en 1993 *in casu*) de la dissolution de la société, *les actifs de celles-ci auraient été suffisants pour payer toutes les dettes*. Voilà un rappel évident mais ô combien nécessaire, car souvent perdu de vue par les plaideurs. S'il est vrai que l'ancien article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales présume l'existence d'un lien de causalité entre le défaut de convocation d'une assemblée et le dommage subi par les tiers, le préalable que doit établir celui qui invoque cette disposition est évidemment l'existence (et la consistance) ... d'un dommage!

5. Dernier élément qui retient notre attention dans la présente décision: le soupçon, assez clairement exprimé par le tribunal gantois, que le défendeur a en réalité créé une société factice à côté de son activité en nom personnel, et le rappel à l'ordre corrélatif<sup>13</sup>. Se muant presque en censeur, le tribunal rappelle très justement que le législateur n'a jamais voulu que les personnes morales se limitent à un rôle de pures «marionnettes» permettant à leurs propriétaires/administrateurs d'atteindre leurs objectifs propres, tandis que leur identité et leur propre intérêt seraient méconnus. Dès l'instant où une personne physique a voulu créer un être juridique distinct d'elle-même, elle doit en assumer toutes les conséquences, parmi lesquelles le respect des obligations légales, si formelles puissent-elles apparaître (oserait-on dire: «Tu l'as voulu, tu l'as eu?»). Il est vrai que certaines formalités peuvent paraître spécialement superflues notamment dans les sociétés de très petite dimension, lorsque le conseil d'administration et l'assemblée générale sont composés de manière identique (les personnes se réunissant tantôt en leur qualité d'administrateurs, tantôt en leur qualité d'associés – voir *supra*)<sup>14</sup>. *Dura lex... sed lex!*

13. On sent poindre immédiatement les idées sous-jacentes à la théorie jurisprudentielle de l'extension de la faillite au maître de l'affaire...

14. Voir p. ex. Comm. Charleroi, 11 octobre 1995 et 19 juin 1996, *J.D.S.C.*, 1999, n° 101, p. 247 (somm.) et note M.-A. DELVAUX; *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 644.