

La responsabilité civile (hors faillite) des dirigeants de sociétés commerciales

Principes et actualités

Patrick DE WOLF

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences à l'U.C.L.

Introduction : une matière sous haute tension

1. Les administrateurs de s.a. et s.c.r.l., les gérants de s.p.r.l. ainsi que les membres de l'éventuel comité de direction qui a été institué dans les s.a. sont investis d'un pouvoir de gérer (et de représenter) la société, selon un découpage des compétences entre assemblée générale et les organes de gestion s.s. qui remonte au XIX^e siècle et qui a été aménagé de manière décisive en 1973, sous l'effet de la première directive européenne de droit des sociétés. Le Code des sociétés consacre la plénitude de pouvoirs du conseil d'administration et du gérant, laissant à l'assemblée générale des associés ou des actionnaires des compétences limitativement énumérées.

Corollaire de la théorie de l'organe, les membres de l'organe de gestion ne contractent en principe aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société ; ils agissent au nom de celle-ci et leurs actes ne lient, en principe, que la société (art. 61, § 1^{er}, C. soc.).

Plénitude de pouvoirs des organes de gestion et *irresponsabilité* des membres de ses organes constituent les deux pôles de tension d'une matière traversée par de nombreuses mutations légales engagées depuis 2002 sous l'influence des principes de *corporate governance*, touchant à l'efficacité des organes de gestion, mais aussi au renforcement de l'indépendance de l'organe de contrôle. Les contraintes liées à cette recherche d'efficacité, particulièrement dans un contexte de crise économique persistante et d'augmentation du nombre de faillites, accroissent encore cette tension.

En pratique, de nombreuses exceptions viennent en effet énerver le principe d'irresponsabilité rappelé ci-avant et font de la tâche de gestion une tâche à haut risque, souvent difficile à évaluer ou à anticiper.

Le nombre de ces exceptions enfle sans cesse sous l'effet de la loi, soucieuse de protéger résolument, par la mise en place récurrente de régimes dérogatoires

au droit commun, l'intérêt particulier de l'État créancier, d'une part, et de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, d'autre part.

Il arrive en effet régulièrement que la responsabilité des administrateurs ou des gérants soit recherchée par la société, par tout ou partie des actionnaires ou par des tiers.

C'est à un examen synthétique des hypothèses dans lesquelles les administrateurs, gérants et membres d'un comité de direction de s.a. peuvent être personnellement mis en cause – en dehors du cas spécifique de la faillite qui fait l'objet d'un exposé distinct du présent – que sont consacrés les développements ci-après¹.

Après avoir déterminé les personnes qui peuvent être tenues pour responsables (section 1), les diverses fautes imputables aux dirigeants seront examinées (section 2), avant de définir les conditions d'intentement de l'action en responsabilité (section 3) et la fin de la responsabilité (section 4), le tout avant de conclure.

Section 1

Personnes responsables

2. Qu'il soit membre d'un organe collégial, comme l'administrateur de s.a. ou organe individuel comme le gérant de s.p.r.l., le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée en raison de la fonction attachée à sa qualité de dirigeant.

Aussi, tant les personnes morales et physiques que les dirigeants actifs ou passifs et les dirigeants de droit ou de fait sont concernés.

§ 1. Personnes physiques et personnes morales – dirigeants actifs et non actifs

3. Tout administrateur ou gérant, 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 est responsable. La règle vise aussi bien les personnes physiques que les personnes morales qui répondent de manière identique de leurs éventuelles fautes². Les actifs et les non-actifs³ répondent pareillement de leurs actes et

¹ Pour une étude complète de la matière, voy. M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 203 à 294 et J. MALHERBE et crts, *Droit des sociétés – Précis. Droit communautaire et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2006, pp. 614 à 649.

² On rappelle qu'une personne physique comme une personne morale peut être administrateur d'une s.a., d'une s.p.r.l. ou d'une s.c.r.l., à charge pour la personne morale de désigner un représentant permanent (art. 61, § 2, C. soc.).

³ Sur la distinction, désormais opérée par la loi, entre administrateurs « exécutifs » et administrateurs « non exécutifs », voy. D. WILLERMAIN, « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des

aucune distinction ne doit être faite selon que l'administrateur est actionnaire ou associé.

L'incompétence technique, le motif philanthropique pour lequel un administrateur ou un gérant aurait accepté sa mission, des éventuelles absences au sein du conseil ne peuvent être invoquées pour limiter la responsabilité d'un administrateur ou d'un gérant.

Il a été jugé à cet égard 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 réviseur⁴.

Certains administrateurs invoquent le fait qu'ils ne bénéficient pas de l'indépendance requise ou qu'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. Il peut en aller de même des cadres d'une entreprise chargés d'occuper un siège au conseil d'administration d'une filiale. M.-A. Delvaux⁵ rappelle que ni pour ces cadres d'entreprise, ni pour les administrateurs publics n'existent des règles dérogatoires au droit commun. Leur responsabilité pourra être engagée, en fonction des circonstances. C'est au pouvoir judiciaire qu'il appartiendra d'apprécier celles-ci.

§ 2. Dirigeants de droit et dirigeants de fait

4. Une autre conséquence du caractère fonctionnel de la responsabilité vise l'administrateur ou le gérant de fait, qui n'a pas été désigné par l'organe compétent de la société.

Dirigeants de droit et de fait s'exposent à la même responsabilité.

Le Code des sociétés le prévoit expressément dans le cadre de l'action en complément de passif (art. 530 C. soc.) en visant « toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société ».

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.

administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexions », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 148-150.

⁴ Comm. Hasselt (4^e 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.

⁵ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 209 à 212.

Selon P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, pour être qualifié 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 »⁶.

Pour que cette immixtion débouche sur la qualification de dirigeant de fait, il faut encore que la gestion intervienne sans fondement légal ou contractuel⁷.

5. 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 décision⁸. Comptables, réviseurs, banquiers ou fournisseurs exclusifs devront faire preuve d'une prudence particulière. 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 ».

Jugé, par contre, 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 de fait⁹.

Jugé, de même, que le banquier qui exerce un contrôle étroit sur la gestion en payant les factures du crédit 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 fait¹⁰.

⁶ P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX « Les sociétés commerciales — examen de jurisprudence (1979-1990) », R.C.J.B., 1993, p. 793, n° 130, cités par M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 209-210. O. Poelmans ajoute une condition supplémentaire : l'exercice de cette activité en toute indépendance (in « L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite », note sous Bruxelles (8^e ch.), 1^{er} mars 1997, D.A.O.R., n° 43, p. 78).

⁷ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 211 et les réf. citées.

⁸ *Ibidem*, pp. 211-212.

⁹ Liège, 17 décembre 1996, J.L.M.B., 1998, p. 583.

¹⁰ Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, J.D.S.C., 2004, n° 587, p. 261 et note M.-A. DELVAUX, « L'action en comblement de passif : qui peut l'introduire ? Contre qui ? ».

Section 2

Les fautes imputables aux dirigeants

6. De manière classique, il n'y a point de responsabilité civile de dirigeant sans faute.

La faute est définie par référence aux catégories du Code des sociétés et du droit commun de la responsabilité civile :

- la responsabilité des administrateurs et des gérants est en effet appréhendée par des dispositions spécifiques du Code des sociétés qui traitent des fautes de gestion, des violations du Code et des statuts ainsi que de la faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite ;
- ce régime est naturellement complété par les règles du droit commun de la responsabilité quasi délictuelle fondées sur l'article 1382 C. civ. La société et les tiers disposent chacun d'un droit d'agir sur cette base dans des hypothèses et des conditions balisées par la Cour de cassation.

Les actions découlant de ces fautes sont ouvertes soit à la société, soit aux tiers (contractants ou non), soit encore à la société et aux tiers.

Rappelons que la charge de la preuve, comme en droit commun, incombe au demandeur qui doit démontrer l'existence de la faute alléguée, l'étendue du dommage ainsi que le lien de causalité entre la première et le second¹¹, sauf lorsque le législateur lui a facilité la tâche en établissant des présomptions.

Seront successivement abordés les fautes de gestion (§ 1), les fautes qui constituent une violation du Code des sociétés et des statuts (§ 2), le cas particulier de la faute extracontractuelle (§ 3), les responsabilités liées à certaines infractions fiscales (§ 4) et, enfin, des violations plus spécifiques du Code des sociétés (§ 5).

§ 1. Responsabilité pour fautes de gestion

7. Selon l'article 527 C. soc., « les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

La société peut faire grief 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 mandat¹², le critère pour apprécier leur

¹¹ Sur les exigences liées au dommage (« prévisible » et « certain ») et au lien de causalité (application de la théorie de l'équivalence des conditions), voy. J. MALHERBE et crts, *Droit des sociétés – Précis. Droit communautaire et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2006, pp. 621-622 et les réf. citées.

¹² Articles 262 (s.p.r.l.), 408, alinéa 1 (s.c.r.l.), et 527 (s.a.) C. soc.

lataire de
écessaires
té se soit
ou avec
sens de
l'organe
tition ou
juge, ces
se de la

de fait, il
actuel⁷.

conseiller
l'avis ou
uiers ou
e. L'État
ministra-
e crise ».

lan de la
le consi-

stion en
nises par
ilisation
s de son
de fait¹⁰.

79-1990) »,
es des diri-
19, pp. 209-
épendance
mars 1997,

ales », in Le

'action en

faute, acte positif ou abstention, étant celui de l'administrateur normalement diligent et compétent.

8. La responsabilité des articles 262 (s.p.r.l.), 408, alinéa 1 (s.c.r.l.) et 527 (s.a.) C. soc. implique une faute de gestion qui consiste, selon une ancienne définition, « dans tout manquement à l'obligation que les administrateurs ont de gérer, suivant le mandat qu'ils ont reçu de la société, les intérêts de cette dernière 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. Elle peut être constituée par un fait positif, par une omission ou par une négligence »¹³.

La faute de gestion constitue un manquement à l'obligation de moyen dans la bonne gestion¹⁴.

La doctrine et la jurisprudence accordent peu d'importance, nonobstant le libellé de l'article 1992, alinéa 2 du Code civil, au fait que le mandat soit exercé à titre gratuit ou non : « le fait qu'aucune rémunération n'y soit directement attachée n'atténue pas la rigueur des devoirs et responsabilités liés à un tel mandat »¹⁵.

La faute la plus légère suffira à engager la responsabilité de son auteur, lequel ne pourra se retrancher derrière la gratuité de son mandat, ni invoquer son incompétence pour excuser sa faute¹⁶.

9. À titre d'exemple de fautes de gestion, citons¹⁷ : les fautes de surveillance, l'absence de contrôle du personnel choisi, le défaut notoire de discernement dans la désignation du personnel ou du délégué à la gestion journalière, l'imprudence dans le placement de valeurs commerciales, les omissions de tout genre, telles que l'abstention d'actes conservatoires, l'absence de renouvellement d'inscriptions hypothécaires, l'omission de contracter une assurance pour des immeubles, le manque de vigilance dans les recouvrements, l'octroi de crédits sans vérification suffisante de la solvabilité des débiteurs, le non recouvrement des versements à effectuer sur les actions, l'absentéisme au conseil d'administration, la surveillance insuffisante du délégué à la gestion journalière, le défaut de demande d'un subside auquel la société a droit, le contrat conclu avec un entrepreneur non enregistré, la rédaction de factures comportant des

¹³ *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.

¹⁴ J. RONSE et J. LIEVENS, « L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1985, p. 190.

¹⁵ O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 65.

¹⁶ J. MALHERBE et crts, *Droit des sociétés - Précis. Droit communautaire et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2006, p. 617 et les réf. citées.

¹⁷ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 224 à 225 et les nombreuses références citées.

mentions inexactes quant au nom et à l'adresse des personnes concernées, ce qui s'identifie à une infraction à la législation T.V.A. dont l'administrateur d'une société commerciale est responsable à l'égard de la société¹⁸, 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, etc.

La doctrine rappelle le rôle important que joue l'intérêt de la société auquel on identifie l'intérêt social, quant à l'appréciation de la faute¹⁹.

10. Le juge doit apprécier les faits qui sont reprochés à l'administrateur ou au gérant, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce et de la marge dans laquelle on peut raisonnablement opter pour plusieurs solutions (théorie dite de l'« appréciation marginale » ou « *marginale toetsing* »). La doctrine rappelle qu'« il n'y a faute de gestion que si, en connaissance de cause ou de façon flagrante, l'administrateur s'est montré déraisonnable ou imprudent »²⁰.

Il y a donc une marge entre la simple erreur, même grave dans ses conséquences, et la faute de gestion. Seul le franchissement de cette marge sera sanctionné²¹.

11. Il s'agit d'une responsabilité individuelle.

La faute doit être imputable à l'administrateur ou au gérant personnellement²² sauf le cas de la responsabilité solidaire ou *in solidum*²³, dans le cas de fautes communes (pour laquelle différentes personnes ont concouru consciemment à la réalisation d'un fait générateur du dommage) ou concurrentes (lorsque sans la faute commise par une personne, les fautes commises par les autres n'auraient pas suffi à occasionner le dommage). Le juge sera attentif en ce cas à vérifier attentivement quel dommage a été causé par quelle faute²⁴.

¹⁸ 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.

¹⁹ J. MALHERBE et CRTS, *Droit des sociétés – Précis. Droit communautaire et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2006, pp. 615-616.

²⁰ J. RONSE et J. LIEVENS, « L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1985, p. 194. Voy. également J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207.

²¹ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 224.

²² F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, mise à jour décembre 2012, nos 13 à 15.

²³ J. VAN RYN et P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 391; Civ. Gand, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935.

²⁴ J. RONSE et J. LIEVENS, « La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1985, pp. 198-199.

12. La responsabilité de l'administrateur ou du gérant pour faute de gestion n'existe en principe que vis-à-vis de la société qui, sous réserve de l'action sociale minoritaire, pourra seule mettre en œuvre cette responsabilité (*actio mandati*).

Cette action n'exclut cependant pas le recours des tiers sur pied de l'article 1382 C. civ. dans certaines hypothèses (voy. ci-dessous au § 3).

§ 2. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts

13. Le Code des sociétés pose le principe de la responsabilité solidaire des administrateurs et des gérants de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du Code ou des statuts sociaux. La responsabilité est ici solidaire et peut, en outre, être engagée par les tiers.

14. La responsabilité solidaire repose sur une violation des statuts sociaux ou du Code (art. 263, al. 1 (s.p.r.l.), 408, al. 2 (s.c.r.l.) et 528, al. 1 (s.a.), C. soc.).

L'incorporation du droit comptable au Code des sociétés (art. 92 et 93 C. soc.) constitue un risque important de mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés.

15. Citons à titre d'exemple de responsabilité pour violation du Code des sociétés et des statuts :

- le fait de ne pas convoquer l'assemblée générale en cas de perte grave du capital ;
- l'absence ou le retard de publication des actes dont la loi impose la publicité²⁵ ;
- le fait d'utiliser les avoirs de la société à des fins étrangères à l'objet social, par exemple en faisant cautionner une dette d'un actionnaire par la société ;
- le fait pour les administrateurs de s'octroyer une rémunération alors que les statuts prévoient la gratuité du mandat ;
- le non-respect des dispositions applicables en cas de conflits d'intérêts.

16. L'article 528, al. 1^{er}, C. soc. présume la solidarité des administrateurs.

Il s'agit d'une présomption *juris tantum*. Pour y échapper, l'administrateur (ou le gérant) devra faire la preuve qu'il remplit les conditions exigées par les articles 263, alinéa 2 (s.p.r.l.), 408, alinéa 3 (s.c.r.l.) et 528, alinéa 3 (s.a.), C. soc., à savoir :

- qu'il n'a pas participé à l'infraction (en raison de son absence pour motif légitime, par exemple) ;
- qu'aucune faute ne lui est imputable :

²⁵ Bruxelles, 4 mars 1970, R.P.S., 1970, p. 128.

17.
(s.a.).
lation

Il app

18.
oblige
la fau
tion :

§ 3.

A.

19.
l'égar
porta
tions

Les p
Guillo
créan
sabilit
ritie c
droit

Cette
contr

26 I
t
c
27 J.
c

- que, dès qu'il a eu connaissance des infractions, il les a dénoncées à la première assemblée générale ou lors de la première séance du conseil d'administration.

17. Les articles 263, alinéa 1 (s.p.r.l.), 408, alinéa 1 (s.c.r.l.) et 528, alinéa 1 (s.a.), C. soc. présumant la faute : celle-ci existe, en principe, dès qu'il y a violation du Code ou des statuts²⁶.

Il appartiendra au demandeur d'établir le dommage et le lien causal.

18. La loi présume en outre le lien de causalité dans les cas suivants qui obligent les administrateurs mis en cause d'établir l'absence de lien causal entre la faute qui leur est reprochée et le préjudice dont on leur demande réparation :

- en cas de perte grave du capital (article 633, al. 5, C. soc.);
- si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice ou si ces comptes n'ont pas été déposés dans les trente jours de leur approbation (article 92, § 1^{er}, al. 3, C. soc.);
- si les comptes annuels n'ont pas été déposés à la Banque nationale de Belgique dans les trente jours de leur approbation et au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice (article 98, al. 3, C. soc.).

§ 3. Responsabilité extracontractuelle (articles 1382 et 1383 C. civ.)

A. *Persistence du droit commun*

19. La question de savoir si les administrateurs engagent leur responsabilité à l'égard des tiers appelle, sur le principe, et malgré de nombreuses controverses portant essentiellement sur l'étendue de cette responsabilité et sur les conditions d'intentement de l'action, une réponse affirmative.

Les professeurs J. Van Ryn et X. Dieux, relayant la plus ancienne doctrine de Guillery, affirment très justement que « les tiers, et tout particulièrement les créanciers d'une personne morale, doivent pouvoir mettre en cause la responsabilité personnelle de ses administrateurs ou gérants toutes les fois que l'impéritie ou la déloyauté de ceux-ci leur a causé un dommage, conformément au droit commun de la responsabilité aquilienne »²⁷.

Cette opinion, bien qu'aujourd'hui partagée par une doctrine unanime, contredisait une opinion courante selon laquelle l'administrateur ne pouvait,

²⁶ Pour un résumé des opinions divergentes, mais très minoritaires, voy. J. MALHERBE et crts, *Droit des sociétés - Précis. Droit communautaire et droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2006, pp. 626-627 et les réf. citées.

²⁷ 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, n° III.

dans le cadre de son mandat de gestion, engager sa responsabilité à l'égard des tiers, étant responsable à l'égard de la seule société mandante. En somme, selon les tenants de cette ancienne opinion restrictive, une responsabilité *erga omnes* des administrateurs en charge de la gestion d'une société commerciale était inconcevable.

20. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989²⁸ confirmant l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 9 octobre 1987²⁹ soumis à sa censure, lui-même source d'un grand émoi chez les praticiens de l'époque, a clarifié la situation, du moins sur le principe.

Certes rendu en matière d'a.s.b.l., cet arrêt de notre Cour suprême a décidé sans ambiguïté que le comportement imprévoyant d'administrateurs, leur indifférence envers les devoirs de leurs fonctions, leur impéritie, pouvaient constituer une faute aquilienne dont ils répondent vis-à-vis des tiers sur base de l'article 1382 du Code civil.

L'arrêt met fin à la controverse suscitée par l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles qui a condamné les administrateurs d'une a.s.b.l. défailante 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 pourvoi, reconnaissant, dans la foulée de l'arrêt soumis à sa censure, le droit d'action des tiers, 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.

Il appartenait donc à la jurisprudence de fixer les conditions d'intentement de l'action des tiers contre les administrateurs et d'apporter réponse aux questions et inquiétudes que cette décision suscitait, notamment à propos du risque de voir les dirigeants systématiquement mis en cause.

B. *Évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité aquilienne des dirigeants à l'égard des tiers*³⁰

21. À la suite de son arrêt du 29 juin 1989, la Cour de cassation a eu l'occasion de répondre à certaines questions.

Suivant en cela une distinction désormais classique en doctrine, nous aborderons successivement (a) la responsabilité personnelle du dirigeant dans le cadre

²⁸ Cass., 29 juin 1989, *R.P.S.*, 1989, p. 175.

²⁹ Bruxelles, 9 octobre 1987, *J.T.*, 1988, p. 408.

³⁰ Pour un exposé complet, cons. M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 242 à 255.

de la responsabilité contractuelle de la société et (b) la responsabilité du dirigeant dans le cas d'une faute quasi délictuelle commise par la société.

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

22. Lorsque la société a engagé sa responsabilité contractuelle, les tiers peuvent être tentés d'agir contre la société contractante, mais aussi, surtout en cas d'insolvabilité de cette dernière³¹, à titre personnel, contre le représentant organique de la société. Tel est le cas de figure tranché par la Cour de cassation en 1989.

23. C'est au caractère exceptionnel de la mise en cause de la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers que s'est attachée la Cour de cassation dans un arrêt important.

Par un arrêt du 7 novembre 1997³², la Cour de cassation a conclu, suivant en cela une partie de la doctrine, à l'assimilation de 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. »

L'arrêt a été rendu dans une espèce où le gérant d'une s.p.r.l. 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.

Cet arrêt érige un principe de quasi-immunité du dirigeant.

³¹ 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, 2007, p. 15.

³² Cass., 7 novembre 1997, R.C.J.B., 1999, pp. 730-732 et note V. SIMONART.

De manière critiquable, certains auteurs concluent même à l'immunité absolue du dirigeant à l'égard des créanciers contractuels, « sauf à démontrer qu'une faute intentionnelle ou dol est imputable personnellement aux administrateurs concernés, ou encore une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite »³³.

24. Le tiers cocontractant de la société peut donc agir contre un administrateur en raison de fautes commises à l'occasion de l'exécution d'un contrat, lorsque :

- la mauvaise exécution du contrat constitue également une faute sur le plan extracontractuel (violation de l'obligation générale de prudence et de sérieux), et
- si cette faute a causé au cocontractant un dommage autre que la privation de l'avantage que ce cocontractant devait normalement retirer de l'exécution correcte du contrat.

P. A. Foriers souligne très justement, à cet égard, 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 »³⁴.

25. Constituent une violation de l'obligation générale de prudence, notamment³⁵ : le fait pour une société de supporter des dépenses privées excessives exposées par l'un de ses dirigeants³⁶, 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)³⁷.

La responsabilité du dirigeant est engagée dans tous les cas où il a commis une infraction pénale³⁸.

³³ L. BIHAIN, « Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe en faveur des organes de société », *J.T.*, 2006, p. 427.

³⁴ P. A. FORIERS, « Actualités en matière de représentation », in *Actualités du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 9.

³⁵ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 247.

³⁶ Bruxelles, 28 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 800.

³⁷ J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 121 à 150, n° 73 à 86.

³⁸ R.O. DALCQ, *Des délits et quasi-délits*, Livre III, Titre IV, chapitre II, Bicentenaire du Code civil 1804-2004, *J.T.*, 2004, p. 305.

2. La responsabilité extracontractuelle de la société : la coexistence de responsabilité de l'administrateur

26. Les tiers peuvent assurément agir contre la société sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil dans tous les cas où la société aura commis une faute quasi délictuelle et manqué à son obligation générale de prudence.

Le quasi-délit commis par le dirigeant dans le cadre de l'exercice de ses fonctions engage directement la responsabilité de la société elle-même³⁹. Il s'agit d'une application de la théorie de l'organe.

Le dirigeant est-il, en ce cas, également tenu à titre personnel ?

La responsabilité personnelle du dirigeant coexiste-t-elle avec celle de la société ?

27. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001⁴⁰ a exclu la responsabilité personnelle du dirigeant et a suscité, ce faisant, de très vives discussions doctrinales⁴¹.

Un arrêt du 20 juin 2005⁴² a clarifié la position de la Cour de cassation. La Cour décide qu'il n'y a pas d'immunité de principe des dirigeants, la responsabilité de ces derniers coexistant, d'après la Cour, 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 (*culpa in contrahendo*), 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, dans cette affaire, les organes de la société luxembourgeoise sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Condamnés par la Cour d'appel de 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

³⁹ 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.

⁴⁰ Cass., 16 février 2001, *R.D.C.*, 2001, I, p. 301.

⁴¹ M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 247 à 251.

⁴² Cass., 20 juin 2005, *J.T.*, 2006, p. 435 et note L. BIHAIN ; *R.P.S.*, 2005, et note Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de sociétés », *R.P.S.*, 2005, pp. 183 et s.

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, évoqué ci-avant.

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 2001⁴³.

Il est permis de regretter, avec Y. De Cordt⁴⁴, 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 du 29 juin 1989 et du 7 novembre 1997, rendus en matière de cumul de deux types de responsabilité (la responsabilité contractuelle de la société et 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

⁴³ 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 s. ; 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 », in *Les responsabilités d'entreprises*, op. cit., pp. 483-484, n°s 25-26.

⁴⁴ Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de sociétés », *R.P.S.*, 2005, p. 230.

à la mise en œuvre de la coexistence de responsabilité consacrée par l'arrêt du 20 juin 2005.

C. Absence d'une théorie générale

28. Les solutions qui précèdent sont une source incontestable d'insécurité juridique. Une impression globale d'illisibilité se dégage en effet de cette jurisprudence.

Une théorie générale de la matière fait cruellement défaut.

Nous suggérons, pour définir le type de faute susceptible d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant, de tirer parti des ressources offertes par la jurisprudence française incriminant la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers lorsqu'il a commis une faute séparable de ses fonctions. Tel est le cas du dirigeant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales⁴⁵.

Développée à partir de la théorie, connue en droit administratif, de l'acte détachable, la jurisprudence française a érigé en règle de droit la responsabilité fonctionnelle des dirigeants sociaux⁴⁶.

Un récent arrêt du 18 février 2014 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française⁴⁷ mérite une attention particulière.

Dans cette espèce, M. X a créé une s.a.s. (société par actions simplifiée) MACRIS dont il était l'associé majoritaire et le président. Cette société a conclu des contrats d'enseigne avec une société ITM, étant convenu que cette dernière détiendrait une action de la société MACRIS et que les statuts stipulaient une règle d'unanimité pour les décisions collectives extraordinaires pendant une période de quinze ans au moins. Les parties ont convenu que la règle pouvait être convertie ultérieurement en une règle de majorité simple à l'initiative de l'associé majoritaire. Il apparaît que M. X, en sa qualité d'associé majoritaire de la société MACRIS, a procédé, en application des statuts de celle-ci, à la conversion de la règle de l'unanimité des décisions collectives extraordinaires en une règle de majorité simple, avec effet la résiliation de plein droit du contrat d'enseigne. La société ITM invoquait devant les tribunaux les obligations souscrites par la société MACRIS et a recherché non seulement la responsabilité de cette dernière, mais aussi celle de M. X.

La Cour conclut que les délibérations prises par l'assemblée générale extraordinaire d'une s.a.s. sont susceptibles d'engager la responsabilité d'un associé

⁴⁵ Cass. (com.), 20 mai 2003 et note B. DONDERO, Dalloz, Jurisprudence, commentaires, 2003, p. 2623 ; J.-F. CLÉMENT, « La faute personnelle du dirigeant social et la fin de l'impunité à l'égard des tiers », note sous Cass. (comp), 20 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 2004, pp. 483 et s.

⁴⁶ 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 à 455.

⁴⁷ Cass. (com.), 18 février 2014, n° 12-29.752.

(nous soulignons) envers un tiers dans la mesure où cet associé a commis une faute à l'égard du tiers et que celle-ci lui a causé un préjudice.

M. X, qui a signé la convention en sa qualité de dirigeant, ne pouvait ignorer l'obligation souscrite par la société et, en décidant, en sa qualité d'associé majoritaire, de faire modifier la règle d'unanimité au sein de la société MACRIS, décision qui était de nature à rompre le contrat d'enseigne alors même qu'il savait que la société MACRIS était liée pour une durée plus longue, s'est rendu complice de la violation par la société d'une disposition contractuelle. La Cour stigmatise « une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers les tiers cocontractants de la société ».

29. Encore faut-il, pour tirer parti des ressources de cette théorie, s'entendre sur la notion de « fonction » du dirigeant.

Loin d'être univoque, cette fonction se décline désormais au pluriel, particulièrement depuis l'instauration du comité d'audit dans les sociétés cotées. Les notions d'administrateurs exécutifs ou non exécutifs, d'administrateurs indépendants (art. 526^{ter} C. soc.) ou non indépendants, de membres du comité d'audit (art. 526^{bis} C. soc.) ou d'un comité consultatif institué sur pied de l'article 522, § 1^{er}, *in fine* C. soc.), de membres du comité de direction et de délégués à la gestion journalière ont émergé au cours des dernières années, avec autant de fonctions différentes.

Un traitement indifférencié des responsabilités liées à ces fonctions risque de susciter de nouvelles difficultés lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences de la faute de l'un de ces dirigeants à l'égard des tiers. De même, 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 dol⁴⁸ ne paraît pas praticable dans l'état actuel de la loi et de la jurisprudence.

§ 4. Responsabilités spécifiques en matière fiscale (absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.)

30. En dehors du Code des sociétés, il existe des cas particuliers de responsabilité des dirigeants.

La loi-programme du 20 juillet 2006 a mis en place un régime particulier de responsabilité des dirigeants pour le non-paiement des dettes de précompte professionnel et de T.V.A. Les articles 442^{quater} C.I.R. 92 et 93^{undecies}, C, du Code de la T.V.A. instituent un système de responsabilité solidaire et « en

⁴⁸ 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.

cascade» en matière de précompte professionnel et de T.V.A.⁴⁹. La loi recourt au mécanisme de la présomption de faute résultant du non-paiement de l'impôt, déplaçant le fardeau de la preuve sur le dirigeant.

A. *La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non-paiement du précompte professionnel*

31. Selon l'article 442 *quater*, § 1^{er}, du C.I.R. 92 :

« 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 1^{er} 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 ».

Les sociétés qui tombent dans le champ d'application sont les sociétés civiles et commerciales, dotées de la personnalité juridique ainsi que les grandes a.s.b.l.⁵⁰, les fondations et les a.i.s.b.l.

La loi érige un principe de 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 administrateur⁵¹.

La responsabilité de l'article 442 *quater* C.I.R. 92 pèse sur les délégués à la gestion journalière, 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...) n'en font pas partie.

⁴⁹ Pour un exposé complet, voy. M.-A. DELVAUX ET P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 276 à 290.

⁵⁰ Voy. les critères de l'article 17, § 3 de la loi du 27 juin 1921 : est grande l'a.s.b.l. 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 H.T.V.A. pour le total des recettes autres qu'exceptionnelles, (iii) 1.000.000 EUR de total du bilan.

⁵¹ Y. DE CORDT ET M.-A. DELVAUX, « La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier », in Y. DE CORDT ET D. PHILIPPE (dir.), *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruges, la Chartre, 2007, p. 52.

32. L'article 442^{quater}, § 2, du C.I.R. 92 énonce :

« 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 § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

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 ».

Le non-paiement répété par la société du précompte professionnel est un manquement incriminé par la loi.

Le non-respect répété de l'obligation de paiement du précompte professionnel 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.

33. La mise en œuvre de cette responsabilité pour faute suppose trois conditions :

- 1) la faute telle que définie à l'article 442^{quater}, § 1, al. 1, C.I.R. 92 ;
- 2) le dommage subi par l'administration ;
- 3) le lien de causalité entre la faute et le dommage.

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

La faute du dirigeant, définie à l'article 442^{quater}, § 1, al. 1, C.I.R. 92, est une faute au sens de l'article 1382 C. civ.

Le non-paiement répété du précompte professionnel est, sur base de l'article 442^{quater}, § 2, C.I.R. 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 démontrer la faute de celui dont il attend réparation.

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 uniquement s'il est établi qu'une faute de leur part a contribué au manquement à l'obligation de paiement du précompte. Ce système illustre donc une responsabilité dite « en cascade ».

34. 1

Dès le
doubl

1)

2)

35.
le doi

La thé
mée
(i) qu
mage
prouv
qu'ell
certai
immé

36.
à save

L'arti
sionn
tous ;
amer
pour
distir

52

53

54

55

ANTH

34. L'article 442^{quater}, § 3 du C.I.R. 92 énonce que :

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

Dès lors, la présomption de faute dans le chef du dirigeant est écartée à cette double condition :

- 1) le non-paiement trouve son origine dans des difficultés financières de la société ou de la personne morale, et
- 2) que ces conditions aient conduit à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

35. 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 produit⁵². 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 »⁵³.

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

L'article 442^{quater}, § 4, C.I.R. 92⁵⁴ limite, dans le cas du précompte professionnel, le dommage au paiement, en 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 société⁵⁵. L'administration ne pourrait donc pas réclamer des dommages et intérêts découlant d'un préjudice distinct du non-paiement du précompte professionnel.

⁵² 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 T.V.A. : leçons du passé et perspectives futures. L'article 93^{undecies} C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale ? », *R.G.F.*, 2007, liv. 1, p. 72.

⁵³ Article 1151 du Code civil ; Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, I, 1977, p. 1087.

⁵⁴ Article 442^{quater}, § 4, du C.I.R. 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 ».

⁵⁵ Th. AFSCHRIFT, « Les dispositions fiscales des lois du 20 juillet 2006 – Responsabilité des dirigeants pour certaines dettes fiscales de la société et obligation solidaire de paiement dans certains cas de fraude à la T.V.A. », *J.T.*, 2006, p. 739.

37. L'article 442^{quater}, § 5, C.I.R. 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. »

B. La responsabilité solidaire des dirigeants en cas de non-paiement de la T.V.A.

38. L'article 93^{undecies}, C, du Code de la T.V.A. est rédigé en termes presque identiques aux dispositions contenues à l'article 442^{quater} C.I.R. 92, de sorte que ne seront ici mentionnées que les règles qui paraissent se démarquer de celles examinées précédemment en matière de manquement à l'obligation de paiement du précompte professionnel.

39. Il s'agit également 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 de la T.V.A. vise tous les dirigeants des sociétés, des grandes a.s.b.l., des fondations et des a.i.s.b.l., que ces dirigeants soient considérés comme des dirigeants de droit ou des dirigeants de fait, à l'exclusion cependant des mandataires de justice.

40. À la différence du C.I.R., le Code de la T.V.A. ne définit pas le terme de société, de sorte que l'article 93^{undecies}, C, du même Code vise également les sociétés qui ne disposent pas de la personnalité juridique⁵⁶.

41. L'article 93^{undecies}, C, ne vise que le non-paiement de la T.V.A. par la société.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement, la nouvelle disposition entend : le défaut de paiement d'au moins deux ou trois dettes 'exigibles' au cours d'une période d'un an, selon que l'assujetti est tenu au dépôt de déclarations trimestrielles ou mensuelles à la T.V.A.

La notion de dette exigible est définie dans les travaux préparatoires et il semblerait que le législateur visait la situation où la personne morale serait en

⁵⁶ J.-Fr. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, « La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale », *R.G.C.T.*, 2008, p. 375, n° 73.

défaut de payer la totalité de la valeur de l'échéance⁵⁷. C'est ainsi que le paiement partiel de la T.V.A. ne suffirait pas au dirigeant pour se conformer à son obligation.

La notion de dette exigible vise donc le montant total de la T.V.A. dont l'assujetti est redevable pour une déclaration donnée.

42. L'article 93*undecies* C. soc., tout comme l'article 442*quater* C. soc., n'entend pas créer une responsabilité objective des dirigeants. L'administration doit dès lors, pour pouvoir engager la responsabilité solidaire des dirigeants, réunir la preuve des éléments suivants :

- a) l'existence d'une faute dans le chef des dirigeants ;
- b) l'existence d'un dommage subi par l'administration ;
- c) l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

43. À l'instar de l'article 442*quater*, le manquement du dirigeant à son obligation de paiement de la T.V.A. due par la société dont il est l'organe est une faute au sens de l'article 1382 qu'il aurait commise dans la gestion de ladite société.

Il s'agit donc d'une faute aquilienne, l'administration devant prouver que le dirigeant ne serait pas comporté comme un homme prudent et diligent.

La responsabilité des dirigeants n'est susceptible d'être engagée en cas de non-paiement des dettes de T.V.A. que lorsque le défaut de paiement est le résultat d'un comportement actif du dirigeant et que ce comportement laisse supposer une absence de bonne foi dans le chef de celui-ci⁵⁸.

44. L'article 93*undecies*, C, § 2, crée une présomption de faute, sauf preuve du contraire dans le chef des dirigeants en cas de non paiement répété de la T.V.A., soit en cas 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 T.V.A.

L'article 93*undecies*, C, § 3, prévoit à l'instar de 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 auteurs⁵⁹ qui estiment que le renversement de la présomption prévue à l'article 93*undecies*, C, § 3, augmenterait les demandes de mise en faillite prématurées.

⁵⁷ G. DE WIT et N. BOUVERET, « La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A. : leçons du passé et perspectives futures. L'article 93*undecies*, C, du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale ? », R.G.F., 2007, liv. 1, p. 69.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁹ 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. 105 ; G. DE WIT et

§ 5. Autres responsabilités

45. Les règles de responsabilité des articles 1382-1383 C. civ. ont une portée générale.

En plus de celles-ci, le Code des sociétés et certaines lois particulières instaurent ou modalisent une responsabilité des administrateurs ou gérants à l'occasion d'opérations déterminées.

Ainsi, en est-il notamment de :

- quasi-apport (art. 230 (s.p.r.l.), 406 (s.c.r.l.) et 458 (s.a.) C. soc.);
- augmentation de capital (art. 314 (s.p.r.l.), 424 (s.c.r.l.) et 610 (s.a.) C. soc.);
- transformation de la société (art. 785 C. soc.);
- non-indication des mentions devant figurer sur les documents émanant de la société (art. 80 C. soc.);
- fusion ou de scission de société (art. 687 C. soc.);
- transformation d'une a.s.b.l. en société à finalité sociale (art. 669 C. soc.);
- défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage du capital (art. 332, al. 4 (s.p.r.l.), 431, al. 4 (s.c.r.l.), 633, al. 5 (s.a.), C. soc.);
- surévaluation manifeste des actifs apportés en nature à la société (art. 220 (s.p.r.l.), 396 (s.c.r.l.) et 445 (s.a.) C. soc.);
- non-dépôt de tout ou partie des documents à joindre à l'aveu de faillite (art. 54 de la loi sur les faillites du 8 août 1997);
- distribution de bénéfices illusoires (art. 617 et 619 C. soc.);
- absence ou retard dans la présentation à l'assemblée générale puis dans le dépôt des comptes annuels (art. 92, § 1, al. 3 et 98, al. 3, C. soc.).

Section 3

Qui peut intenter l'action en responsabilité?

46. Selon les hypothèses, l'action en responsabilité pourra être exercée par la société, l'actionnaire individuel ou les tiers.

§ 1. La société – Action sociale et action minoritaire

47. La responsabilité des dirigeants existe envers la société pour faute de gestion, violation du Code et des statuts.

En principe, cette action sociale appartient à l'assemblée générale qui peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision.

N. BOUVERET, « La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A. : leçons du passé et perspectives futures. L'article 93^{undecies} C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans les moyens de recouvrement dont dispose l'administration fiscale ? », R.G.F., 2007, liv. 1, p. 76.

48. Le
Cette ac
ceux qu
quent, r
tation d
associés
compris
données

Il impos
vement.
et ce, at

L'action

- au
l'a
- da
na
- pe
di
ve

Par les s
tion déj
blée gé
auxquel
titres ex
fraction

Pour le
l'action
parts au
des part
C. soc)
des titre

§ 2. L

49. C
peut ag

Il peut
(art. 26

⁶⁰ Arti
⁶¹ G. F
200

48. Les actionnaires minoritaires peuvent également exercer l'action sociale. 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 invalidée⁶⁰. Par conséquent, même si les administrateurs ou gérant 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.

Il importe donc, dans la pratique, que les actionnaires fassent acter nominativement, au procès-verbal de l'assemblée, leur opposition au vote de la décharge et ce, afin de prémunir leur droit éventuel d'action.

L'action minoritaire est introduite :

- au nom propre des actionnaires agissant, et non au nom de la société dans l'action *stricto sensu* ;
- dans l'intérêt de la société, et non dans l'intérêt personnel des actionnaires agissant ;
- 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.

Par les s.a., l'action minoritaire est ouverte aux actionnaires dont la participation dépasse certains seuils : il(s) doit (doivent) posséder « au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, des titres auxquels est attaché au moins 1 pourcent des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins » (art. 562, al. 2, C. soc.).

Pour les s.p.r.l. et s.c.r.l., le seuil de participation est 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 (art. 290, § 1, al. 2 (s.p.r.l.) et 416, § 1, al. 2, (s.c.r.l.) C. soc). Pour les s.c.r.l., s'ajoute le droit d'agir pour le(s) associé(s) possédant des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 EUR au moins.

§ 2. L'actionnaire (ou l'associé) individuel

49. Comme exposé précédemment, l'actionnaire (ou l'associé) individuel peut agir en responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil.

Il peut également exercer une action pour violation du Code ou des statuts (art. 263 (s.p.r.l.), 408 (s.c.r.l.) et 528 (s.a.) C. soc.)⁶¹.

⁶⁰ Articles 290, § 1, al. 3 (s.p.r.l.), 416, § 1, al. 3 (s.c.r.l.), 562, al. 3 (s.a.), C. soc.

⁶¹ G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes », *Rép. not.*, T. 12, Livre III, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 545, n° 430.

Nous noterons enfin qu'en matière de fusions et de scissions, il dispose d'un droit d'action à titre individuel (art. 687 C. soc. auquel renvoient les art. 718 et 727 C. soc.).

§ 3. Le tiers

50. Le tiers – créancier, employé, autorité publique, etc. – pourra agir en responsabilité soit pour violation du Code ou des statuts (art. 263 (s.p.r.l.), 408 (s.c.r.l.) et 528 (s.a.) C. soc.), soit sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Section 4

Fin de la responsabilité

§ 1. La décharge⁶²

51. Après adoption des comptes annuels, l'assemblée doit se prononcer par un vote spécial sur la décharge des administrateurs ou des gérants⁶³.

Cette décharge libère les administrateurs ou les 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 de statuts. La décharge ne résulte donc pas de la seule approbation des comptes annuels.

Deux restrictions à l'effet de cette décharge :

- 1) elle n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indications fausses de nature à dissimuler la situation réelle de la société⁶⁴. S'agissant des violations statutaires, elles doivent avoir été spécialement signalées dans les convocations ;
- 2) la décharge ne lie que l'assemblée générale. Elle ne lie ni les tiers ni les actionnaires ou associés qui ne l'ont pas votée⁶⁵.

§ 2. La prescription

52. Conformément à l'article 198, § 1^{er}, C. soc., les actions contre les administrateurs et les gérants pour faits de leurs fonctions se prescrivent par cinq ans, à partir de ces faits, ou, en cas de dol, à partir de leur découverte.

Ce délai de prescription est applicable à toutes les actions en responsabilité contre un administrateur (ou gérant), même si elles trouvent leur fondement dans un acte illicite⁶⁶.

⁶² Voy. F. BAUDONCO « De kwijting van bestuurders », *Jura Falc.*, 1996-1997, pp. 83 à 136.

⁶³ Articles 282 et 284 (s.p.r.l.), 411 (s.c.r.l.) et 552 et 554 (s.a.) du C. soc.

⁶⁴ Cass., 12 févr. 1981, *J.C.B.*, 1981, p. 154.

⁶⁵ Ceux-là pourraient, dans les limites évoquées ci-dessus, intenter une action minoritaire.

⁶⁶ J. RONSE et J. LIEVENS, « L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite. L'extension de la faillite au 'maître de l'affaire' », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1985, p. 222, n° 29.

Conclusion

53. Les principes de la responsabilité des dirigeants de société ont été rappelés brièvement ci-avant, dans un contexte excluant la faillite. Ces principes trouvent leur ancrage dans le Code des sociétés dont la première version remonte au XIX^e siècle, d'une part, et dans le droit commun de la responsabilité extracontractuelle, d'autre part.

Si les règles du Code des sociétés semblent opérer une distinction entre la faute de gestion qui engagerait son auteur à l'égard de la seule société mandante, alors que la violation des statuts et du Code des sociétés exposerait le dirigeant également à l'égard des tiers, la jurisprudence a rappelé, dès 1989, que le dirigeant était également soumis, dans le cadre de son mandat de gestion, au droit commun de la responsabilité quasi délictuelle.

Nonobstant les clarifications apportées par les arrêts successifs de la Cour de cassation, de nombreuses incertitudes demeurent, nécessitant selon les souhaits de la doctrine, l'ébauche d'une théorie globale de la responsabilité des dirigeants.

L'urgence de celles-ci s'impose d'autant plus que nous assistons depuis deux décennies, à l'éclatement de la notion de dirigeant qui se décline désormais au pluriel. Administrateurs de droit et de fait, exécutifs et non-exécutifs, indépendants et non-indépendants, membres du comité de direction ou d'un comité d'audit ou de rémunération, CEO ou président du conseil d'administration sont autant d'acteurs aux missions variées, de gestion, d'avis ou de surveillance.

L'efficacité de la gestion a ses exigences, qui justifient certes une adaptation régulière des textes. L'efficacité ne peut toutefois se faire au détriment de la sécurité juridique sans laquelle le régime de responsabilité des dirigeants perdra tant en clarté qu'en légitimité.