

Note

La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnéeMichel Coipel¹

1. La poursuite déraisonnable d'une activité gravement déficitaire constitue un cas classique de faute de gestion conduisant à mettre en cause la responsabilité aquilienne des administrateurs ou gérants de société envers les tiers².

Un célèbre arrêt de la cour d'appel de Mons du 16 mai 1979³ a décidé que "la poursuite d'une activité gravement déficitaire au-delà du raisonnable constitue une faute des administrateurs en exercice envers les tiers" alors "qu'un administrateur prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront à coup sûr pour les créanciers de la poursuite d'une activité déficitaire"⁴. La même cour d'appel a rendu une décision similaire – citée par l'arrêt annoté⁵ – le 20 mai 1985.

Il arrive que pareil comportement fautif soit souligné par la mise en évidence du fait que les dirigeants auraient dû faire aveu de faillite lorsque les conditions de celle-ci étaient réunies. À cet égard, toutefois, il importe de tenir compte de l'importante jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée par un arrêt du 22 septembre 1988⁶ confirmé, notamment, par un arrêt du 7 septembre 1990⁷. En substance, la Cour décide que l'omission de faire l'aveu prescrit par l'article 440 de la loi sur la faillite de 1851 n'entraîne pas automatiquement une responsabilité des administrateurs ou gérants; encore faut-il démontrer qu'ils pouvaient ou devaient avoir conscience du fait que la société était en état de faillite. Cette position semble généralement suivie par les juridictions de fond⁸.

2. Qu'il y ait ou non état virtuel de faillite, il se peut que les pertes graves enregistrées nécessitent le déclenchement de la "procédure d'alarme". Toutefois, avant sa modification par la loi du 5 décembre 1984, l'article 103 des LCSC, rendu applicable à la SPRL par l'article 140, n'était guère utilisé vu la difficulté de prouver le lien de causalité entre la non-convocation d'une assemblée générale – suite à la constatation des pertes graves – et le dommage des tiers.

La loi du 5 décembre 1984 a modifié en profondeur la procédure d'alarme de l'article 103 des LCSC (actuellement art. 633 C.soc.) établi pour la SA et rendu applicable aux SPRL (art. 140 LCSC devenu art. 332 C.soc.) puis étendu aux SCRL par la loi du 29 juin 1993 (art. 158bis LCSC devenu art. 431 C.soc.).

Les deux principales modifications étaient les suivantes:

- d'une part, exigence d'un rapport spécial des administrateurs ou gérants exposant la situation ainsi que la proposition faite à l'assemblée: dissoudre ou poursuivre et, dans cette seconde hypothèse, précisant les mesures de redressement envisagées;
- d'autre part, une aggravation de la responsabilité des dirigeants puisqu'en cas d'absence de convocation d'une assemblée "conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation".

Suite à ces nouvelles règles, la poursuite d'une activité déficitaire alors qu'il y a de lourdes pertes fait souvent intervenir, surtout si la société n'est pas encore en état de faillite virtuelle, la question du respect de la procédure d'alarme. Ou bien l'assemblée n'a pas été convoquée et il est fort difficile, pour les dirigeants, de renverser la présomption d'un lien causal entre cette faute et l'aggravation du passif social. Ou bien la procédure a été respectée et, dans ce cas, la responsabilité des administrateurs ou gérants ne peut, en principe, être mise en cause. Des exceptions sont cependant concevables comme l'illustre l'arrêt annoté.

3. En l'espèce, la responsabilité des gérants d'une SPRL est retenue alors que, trois années de suite (1994-1996), à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire, la question des pertes graves et de la dissolution de la société a été posée et a débouché sur la décision de poursuivre l'activité. L'assemblée de fin mai 1997 n'a pas été tenue, la société ayant été assignée en faillite par l'ONSS le 16 mai; après licenciement

¹. Professeur émérite des Facultés Universitaires de Namur.

². Voy. J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 2ème éd. de l'ouvrage d'O. RALET, Larcier, 2004, p. 122 et 129 et surtout n° 119, p. 203 à 205.

³. *Rev. prat. soc.* 1979, p. 189.

⁴. Le jugement dont appel s'était prononcé dans le même sens, Comm. Charleroi 12 octobre 1976, *Rev. prat. soc.* 1976, p. 162 et 163.

⁵. *Rev. prat. soc.* 1985, p. 282. Voy. encore, dans le même sens, Anvers 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.* 1982, p. 89, note P.C.

⁶. *Rev. prat. soc.* 1989, p. 180, *J.T.* 1989, p. 200, *R.C.J.B.* 1990, p. 203, suivi d'une virulente note critique de R.O. DALCQ.

⁷. *T.R.V.* 1991, p. 86 et note M. WYCKAERT, *J.D.S.C.* 1999, n° 92, p. 232, obs. M.-A. DELVAUX.

⁸. Par exemple, Anvers 13 février 1989, *R.D.C.* 1990, p. 434; Gand 7 novembre 1989, *T.R.V.* 1990, p. 545; Bruxelles 24 février 2000, *Rev. prat. soc.* 2000, p. 258, note W. DERIJCKE, *J.D.S.C.* 2002, n° 408, p. 191, obs. M.-A. DELVAUX; Gand 7 juin 2001, *J.D.S.C.* 2003, n° 510, p. 217, obs. M.-A. DELVAUX.

de l'ensemble du personnel, les gérants ont fait aveu de faillite et celle-ci a été déclarée le 2 juillet 1997.

Lors des trois assemblées tenues entre 1994 et 1996, un rapport spécial n'a pas été établi mais les procès-verbaux contiennent quelques considérations pour justifier l'absence de dissolution et annoncer des mesures correctrices.

Statuant sur base des articles 103 et 140 des LCSC – applicables aux faits de la cause – la cour d'appel de Liège décide, comme l'avait fait le premier juge, que la présomption réfragable de lien causal ne peut jouer puisqu'il y a eu convocation des assemblées générales. En revanche, la cour ne suit pas l'opinion du tribunal et n'admet pas que l'absence de rapport spécial ait été couverte par la rédaction des procès-verbaux. Elle juge donc que cette absence de rapport engage la responsabilité des gérants. Cependant, la base juridique n'est pas précisée. On aurait pu songer, vu la violation de la loi sur les sociétés, à l'article 62 alinéa 2 auquel renvoyait l'article 132 des LCSC mais il aurait fallu que soit établi un lien de causalité entre l'absence de rapport et le dommage des tiers.

La cour d'appel préfère traiter la question du rapport manquant en liaison avec la constatation d'une absence de mesures sérieuses de redressement et un "optimisme béat" des gérants qui les a conduit "à la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée". Il y a là, selon la cour, un manquement au devoir général de prudence qui engage leur responsabilité quasi-délictuelle. Le préjudice consiste en l'aggravation du passif entre le moment où l'activité aurait dû être arrêtée et celui de la déclaration de faillite. La cour suit le curateur qui fixe ce moment au 1^{er} janvier 1995 et non lors de l'assemblée du 17 mai 1995 car, vu la gravité de la situation, constatée à l'assemblée de mai 1994 et confirmée par les chiffres de cette année 1994, il aurait fallu cesser l'activité dès le début 1995.

Plusieurs attendus fustigent l'incompétence et l'impéritie des gérants et se réfèrent, pour déclarer fautive la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, à l'arrêt de Mons du 20 mai 1985⁹ et à l'ouvrage de Jean-François Goffin¹⁰.

Il apparaît donc que le respect de l'exigence de convocation d'une assemblée générale et la non-application de la présomption de lien causal prévue à l'alinéa final de l'article 103 des LCSC (désormais, avant-dernier al. de l'art. 332 C.soc.) ne dégagent pas nécessairement la responsabilité des dirigeants, sur base de l'article 1382 du Code civil, à raison de la poursuite fautive d'une activité irrémédiablement condamnée. Au plan des principes, cette solution doit être approuvée car il serait évidemment trop simple d'échapper à

une responsabilité en se bornant à réunir des assemblées générales; si les gérants ou administrateurs proposent de poursuivre alors que c'est manifestement déraisonnable au vu de la situation et des mesures de redressement envisagées, ils sont fautifs.

Pareille faute étant établie, le moment où l'activité aurait dû être arrêtée peut être fixé sans tenir compte des assemblées qui ont décidé de ne pas dissoudre. En l'espèce, la cour d'appel semble fort sévère puisqu'elle estime que la cessation de l'activité aurait dû se produire dès le début janvier 1995, alors que la faillite n'est intervenue que le 2 juillet 1997. Mais il s'agit là d'une appréciation souveraine basée sur la constatation, à la lumière des chiffres et des faits, que la SPRL, constituée le 19 janvier 1993, était, dès la fin de la première année, dans une situation catastrophique qui n'a fait que s'aggraver en 1994 sans qu'il y ait eu mise en œuvre de la révision de la masse salariale annoncée à l'assemblée du 17 mai ni appel à la libération intégrale du capital social.

4. L'arrêt annoté appelle encore trois remarques.

A. La loi du 29 juin 1993 a introduit à l'article 190*bis*, 5° des LCSC, parmi les causes de nullité des décisions d'une assemblée générale, celle qui consiste à avoir statué en l'absence du rapport spécial prévu à l'article 103. Avec sagesse, les auteurs du Code des sociétés, dans la reformulation de l'article 103 aux articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA), ont introduit un dernier alinéa qui énonce cette cause de nullité¹¹.

Il est étonnant que, dans notre affaire, le curateur n'ait pas réclamé une annulation des décisions prises par les assemblées générales en l'absence du rapport spécial. Puisque la cour d'appel considère que ce rapport faisait défaut, elle aurait dû être amenée à prononcer la nullité des décisions des assemblées ayant rejeté la dissolution de la société¹². Dès lors, il aurait fallu observer qu'en raison de cette nullité, la question des pertes graves n'avait pas été soumise aux assemblées; par conséquent, il n'y avait pas eu convocation de ces assemblées conformément au texte légal; en sorte que la présomption d'un lien de causalité avec le dommage des tiers aurait pu jouer dès 1994, au plus tard au mois de mai, puisqu'au 31 décembre 1993, l'actif net était négatif (-515.049 FB).

B. On mesure donc l'importance de savoir si, oui ou non, un rapport spécial a été établi. En l'espèce, le tribunal de commerce avait considéré que les mentions des procès-verbaux pouvaient suffire vu que la loi n'exige aucune condition de forme pour le rapport. Et de citer J.-F. Goffin¹³ et un arrêt de la cour d'appel de Mons du 17 novembre 1997¹⁴ qui retien-

⁹ Voy. ci-dessus, note 5.

¹⁰ Voy. ci-dessus, note 2.

¹¹ À laquelle renvoie la disposition générale de l'art. 64, 5° C.soc.

¹² À ce propos B. TILLEMANS, DE GELDIGHED VAN BESLUITEN VAN DE ALGEMENE VERGADERING, *Biblo*, 1994, n°s 153 et 154, p. 122-123.

¹³ *O.c.* (2), p. 196.

¹⁴ *R.D.C.* 1999, p. 31, note C. VAN SANTVLIET.

ment une approche de contenu et rejettent un formalisme excessif: il suffit que les dirigeants fassent à l'assemblée, d'une manière ou l'autre, des propositions de redressement étudiées et consistantes. La cour d'appel a estimé qu'en tout état de cause, de telles propositions étaient absentes et, au vu des éléments qu'elle relève, il me semble difficile de lui donner tort.

C. Enfin, le fameux arrêt de cassation du 7 novembre 1997¹⁵ a été soulevé par les gérants pour tenter d'échapper à une responsabilité aquilienne suite à la poursuite fautive de l'activité. Sans entrer dans la discussion de cet arrêt, je me borne à rappeler qu'il assimile les organes d'administration à des agents d'exécution des obligations contractuelles de la société. Par conséquent, si la victime de la faute contractuelle de cette dernière veut mettre en cause la responsabilité extracontractuelle d'une personne physique ayant la qualité d'organe, elle doit établir la réunion des conditions du cumul des responsabilités: une faute distincte (ce qui est, en principe, le cas pour une faute de gestion) mais aussi un dommage distinct (ce qui est beaucoup plus difficile).

Dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation en 1997, le dommage distinct n'était pas établi et n'aurait pu l'être car le

demandeur sur le plan aquilien était précisément la victime de la faute contractuelle de la société.

Mais *quid* lorsque la responsabilité extracontractuelle des dirigeants est mise en cause par un curateur? Peut-on dire que le dommage que celui-ci invoque n'est autre que la somme de ceux qui ont été causés aux créanciers sociaux par l'inexécution des obligations contractuelles de la société? La cour d'appel répond par la négative et souligne que le dommage vanté par le curateur est celui de la masse et qu'il se distingue du préjudice subi par les créanciers contractuels de la société. En effet, il s'agit d'un dommage commun à l'ensemble des créanciers sociaux: les contractuels et les non contractuels (comme l'ONSS ou le fisc). La cour se réfère à l'opinion défendue par Jean-François Goffin¹⁶. Ce point de vue est aussi adopté par Marie-Amélie Delvaux¹⁷ et, à la réflexion¹⁸, il me semble convaincant.

Si la jurisprudence se range derrière cette opinion, les conséquences pratiques seront importantes puisque la responsabilité aquilienne des dirigeants pour mauvaise gestion est le plus souvent soulevée par un curateur. Certains dégâts collatéraux de l'arrêt du 7 novembre 1997 seront ainsi évités.

¹⁵. *R.G.D.C.* 1998, p. 153, *T.R.V.* 1998, p. 284 et note I. CLAEYS, *R.C.J.B.* 1999, p. 730, note V. SIMONART, *J.D.S.C.* 2000, n° 115, p. 5, obs. M. COIPEL.

¹⁶. *O.c.* (2), p. 129-130.

¹⁷. *La responsabilité des fondateurs, associés administrateurs et gérants*, Livre 24bis.2 du *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Kluwer, n° 369 (à paraître en juin 2006).

¹⁸. Je corrige sur ce point mes observations parues sous l'arrêt de 1997 dans le *J.D.S.C.* 2000, n° 115, p. 8, n° 5.