

NOTE

La responsabilité des administrateurs et des actionnaires en matière de distribution de dividendes sur les bénéfices annuels, notamment en cas de la faillite ultérieure de la société

Jérôme Dubois¹

I. INTRODUCTION

1. Les faits à l'origine des arrêts respectivement de la cour d'appel de Gand du 26 septembre 2022 et de la Cour de cassation du 23 mai 2024, objet de la présente note, s'inscrivent dans le cadre de la procédure de faillite de la société à responsabilité limitée de droit belge Carir Cartonage BV et de la mise en cause de la responsabilité de ses administrateurs – la société Certi et monsieur S.R. – qui en découle sur le pied d'une action en comblement de passif² intentée par les curateurs de la société. Plus précisément, tant la cour d'appel de Gand, que la Cour de cassation, ont reconnu dans leur arrêt respectif l'existence d'une faute grave et caractérisée dans le chef des administrateurs de la société en raison de la proposition faite à l'assemblée générale de distribuer un dividende sur les bénéfices de l'exercice, alors même que les conditions légales relatives à la distribution de ce dividende étaient respectées.

2. L'action en comblement de passif et les limitations imposées aux sommes distribuables sont au cœur des deux arrêts commentés. Ces dispositions légales visent à pallier une contradiction flagrante entre les principes essentiels du droit des sociétés et du droit de l'insolvabilité. Alors que le droit des sociétés prévoit que l'un des buts principaux de la société est de procurer à ses associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect, le droit de la faillite prévoit quant à lui que les actionnaires d'une société en faillite sont remboursés en dernier sur les sommes restantes, à supposer qu'il y en ait. Ces deux principes s'avèrent difficilement conciliables lorsqu'il s'agit du paiement de dividendes aux actionnaires puisqu'un tel paiement fausse nécessairement cet ordre de privilège et érode la consistance du patrimoine de la société au bénéfice des actionnaires et au détriment des créanciers. Les limitations des montants distribuables prévues par le droit belge, ainsi que les dispositions assurant le respect de ces limitations, telles que la responsabilité des administrateurs et l'obligation de restitution des dividendes indûment perçus, constituent à cet égard une protection essentielle pour les créanciers de la société.

3. Les arrêts annotés sont de ce point de vue intéressants à plusieurs égards. D'une part, ils confirment le principe déjà reconnu en droit belge selon lequel une distribution qui remplit les conditions légales – principalement le test de l'actif net – n'est pas nécessairement exempte de critique ou de responsabilité dans le chef des administrateurs. D'autre part, en reconnaissant l'existence d'un lien de causalité entre la faute de l'organe d'administration dans le cadre d'une distribution de dividendes et la faillite de la société, alors même que cette distribution est formellement approuvée par l'assemblée générale, les arrêts mettent en évidence l'interprétation particulièrement souple par les juridictions belges, et en l'occurrence par la plus haute juridiction du pays, du lien de causalité dans le cadre d'une action en comblement de passif.

4. Les faits en cause et l'articulation des dispositions légales visées par les arrêts mettent également en évidence le lien étroit qui unit les questions de solvabilité et de liquidité d'une société. Il serait erroné de croire que dans le cadre d'une distribution, seul l'impact de celle-ci sur la solvabilité de la société (test de l'actif net) doit être pris en compte, sans considération aucune pour les répercussions de cette distribution sur la trésorerie de la société. Le législateur a aujourd'hui expressément reconnu l'incidence d'une distribution sur la liquidité d'une société pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives, en introduisant dans l'arsenal du droit des sociétés un test dit « de liquidité ». Nous verrons qu'il ne s'agit là cependant que de reconnaître formellement une pratique de bonne gestion qui était déjà recommandée aux administrateurs et qui demeure d'application dans les sociétés anonymes.

1. Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg (Stibbe) ; assistant au sein du département de droit des affaires de l'Université de Liège.
2. A l'époque des faits visés par les deux arrêts annotés, l'action en comblement de passif était couverte respectivement par les art. 265 (pour la SPRL), 409 (pour la SCRL) et 530 (pour la SA) du Code des sociétés. Cette base spécifique de responsabilité des administrateurs en cas de faillite fait désormais l'objet de l'art. XX. 225 CDE.

5. Les faits à l'origine des arrêts commentés, qui sont brièvement développés sous le Titre II du présent article (*Bref rappel des faits ayant donné lieu aux arrêts commentés*), se sont déroulés sous l'empire du Code des sociétés. L'évolution législative subséquente, marquée par l'introduction du Code des sociétés et des associations a profondément modifié le droit des sociétés belge. La suppression de la notion de capital dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives constitue notamment une rupture conceptuelle majeure en matière de distributions aux actionnaires. Afin de préserver la lisibilité et la clarté de l'analyse, le présent article s'articule autour de deux grands axes : l'examen de la responsabilité en matière de distribution de dividendes, particulièrement sous l'angle de l'action en comblement de passif et des conditions spécifiques applicables à cette forme de mise en cause de la responsabilité (Titre III), d'une part, et une remise en perspective de ces questions au regard des innovations introduites par la suppression du capital pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives (Titre IV), d'autre part.

6. Sur le plan méthodologique, le présent article peut étonner le lecteur, dans la mesure où il ne se conçoit pas comme un commentaire traditionnel de jurisprudence, mais adopte une approche analytique plus large. Prenant comme point de départ les deux arrêts en question, l'analyse s'étend aux questions plus fondamentales de responsabilité des organes sociaux (organe d'administration et assemblée générale) en matière de distribution. Cette démarche se justifie, me semble-t-il, par la portée systématique des principes dégagés par ces arrêts. L'objectif poursuivi consiste donc à examiner de manière transversale les mécanismes de responsabilité en jeu, articulant les règles du droit des sociétés et celles du droit de l'insolvabilité, dans une perspective à la fois descriptive et prospective au regard des évolutions législatives récentes.

II. BREF RAPPEL DES FAITS AYANT DONNÉ LIEU AUX ARRÊTS COMMENTÉS

7. La société Carir Cartonage était active dans la production et la vente d'emballages en carton. Elle subissait des pertes récurrentes liées à son activité.

8. Suite à la vente du bien immobilier dans lequel la société exerçait son activité et la comptabilisation d'une plus-value de réévaluation sur deux machines dont elle était propriétaire, la société réalise au cours de l'exercice 2014 un bénéfice exceptionnel de 852.355,00 EUR. Le résultat d'exploitation reste, quant à lui, déficitaire pour un montant de 827.080,00 EUR.

9. Sans tenir compte du caractère tout à fait exceptionnel du bénéfice ainsi réalisé, l'administrateur unique de la société propose alors à l'assemblée générale devant se prononcer sur l'approbation des comptes annuels de l'exercice concerné de distribuer la quasi-totalité du bénéfice distribuable – après apurement des pertes reportées des exercices précédents – sous la forme d'un dividende et du versement de tantièmes.

10. L'assemblée générale, composée par une écrasante majorité de l'administrateur unique³, approuve – et le contraire eût été étonnant – sans réserve les comptes annuels de l'exercice 2014 et la proposition d'affectation préconisée par l'administrateur unique.

11. Dès l'exercice suivant, la société comptabilise à nouveau une perte et sera finalement déclarée en faillite un peu plus d'un an et demi après la distribution de dividende en cause.

3. L'administrateur unique de la société représentait à l'assemblée générale 99,76% des droits de vote.

III. L'ACTION EN COMPLEMENT DE PASSIF, LA FAUTE ET LE LIEN DE CAUSALITÉ

A. L'action en comblement de passif

12. La disposition du Code des sociétés (inchangée dans les grandes lignes depuis son introduction dans le Code de droit économique)⁴ telle qu'en vigueur lors des faits qui font l'objet des arrêts de la cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation se lisait comme suit :

« En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout [gérant/administrateur] ou ancien [gérant/administrateur], ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir [de gérer/d'administrer] la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif. »⁵

13. Les conditions cumulatives suivantes devaient donc – et doivent toujours – être réunies pour que la responsabilité d'un ou de plusieurs dirigeants (de droit ou de fait) d'une société déclarée en faillite puisse être mise en cause sur le fondement d'une action en comblement de passif :

- a. Tout d'abord, l'action en comblement de passif ne peut être intentée qu'en cas de faillite de la société et d'insuffisance d'actif. Autrement dit, l'action en comblement de passif ne pourra être mise en œuvre que dans le cadre d'une faillite déficitaire de la société.^{6, 7} En outre, la mise en œuvre de l'action en responsabilité ne pourra être intentée qu'à condition que la faillite ne soit pas encore clôturée⁸, car elle vise essentiellement à réparer un préjudice subi par la masse des créanciers et doit être intentée pour son compte.⁹
- b. Ensuite, contrairement aux principes généraux du droit commun, qui prévoient que toute faute, même la plus légère, suffit à engager la responsabilité des dirigeants¹⁰, toutes les fautes ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants en matière de comblement de passif : encore faut-il qu'il s'agisse d'une faute grave et caractérisée.

D'une part, la faute grave est une faute présentant un caractère tout à fait exceptionnel.¹¹ La jurisprudence définit le caractère grave d'une faute comme étant celle « qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société ». ¹² Elle se rapproche du dol ou de la faute intentionnelle, sans pour autant s'y identifier.¹³

D'autre part, la faute est caractérisée lorsqu'elle présente un caractère apparent, extrême, indéniable aux yeux de toute personne raisonnable, de sorte que tout dirigeant n'aurait pu avoir de doute quant au caractère fautif de son comportement.¹⁴

4. L'action en comblement de passif, introduite dans notre droit positif depuis plus de 40 ans, se trouvait initialement logée au sein des dispositions des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (art. 63ter des lois coordonnées sur les sociétés commerciales). Elle fut ensuite reprise telle quelle au sein du Code des sociétés (art. 265, 409, 530 C. soc. resp. pour les SPRL, SCRL et SA). A la suite de la réforme du Code de droit économique, elle se trouve désormais logée au sein du Livre XX du Code de droit économique (art. XX.225 CDE). Pour un rappel historique de la disposition, voy. I. VEROUGSTRÆTE, « L'action en comblement de passif », in *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, 2019, pp. 1425-1426 ; A. DURIAU, « La responsabilité des administrateurs d'une entreprise en difficulté : entre prudence et prise de risque », in A. DURIAU et al. (dir.), *Les entreprises à l'épreuve du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 128.
5. Les modifications apportées lors de l'introduction dans le Code de droit économique ont pour but de prendre en compte la nouvelle notion d'entreprise telle qu'introduite par le Code de droit économique et d'élargir l'application de l'action en comblement de passif aux délégués à la gestion journalière, membre du comité de direction ou du conseil de surveillance. La disposition actuelle du Code de droit économique se lit : « En cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur, gérant, délégué à la gestion journalière, membre du comité de direction ou du conseil de surveillance, actuel ou ancien, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise, peut être déclaré personnellement obligé, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif. »
6. J.-F. GOFFIN, « Chapitre 8. La responsabilité des dirigeants dans l'entreprise en difficulté et en faillite », in *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 270 ; A. DURIAU, « La responsabilité des administrateurs d'une entreprise en difficulté : entre prudence et prise de risque », o.c., p. 130 ; I. VEROUGSTRÆTE, o.c., p. 1428.
7. C.-à-d. lorsque l'actif réalisé ou escompté ne permet pas de combler le passif et les frais de la faillite. Dans les cas (plus rares) de faillites non-déficitaires, le curateur et les créanciers n'ont pas d'intérêt à agir en responsabilité contre les administrateurs puisque l'ensemble des dettes de la société faillie sont, par définition intégralement remboursées.
8. Y. DESMYTTERE et F. HELSEN, « XX.225 WER », in *Economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024, p. 245.
9. T. VAN WYNSBERGHE et S. DE DIER, « Hoofdstuk III. Bijzondere insolventieaansprakelijkheid vervat in Boek XX WER », in *Bestuurdersaansprakelijkheid bij (dreigende) insolventie: capita selecta*, 1^{re} ed., Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 11.
10. J.-F. GOFFIN, o.c., p. 271.
11. Rapport au Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 415/2, p. 150 ; J.-F. GOFFIN, o.c., p. 271 ; Y. DESMYTTERE et F. HELSEN, o.c., p. 246.
12. A. DURIAU, o.c., p. 132.
13. J.-F. GOFFIN, o.c., p. 271 ; I. VEROUGSTRÆTE, o.c., p. 1429.
14. Y. Desmyttere et F. Helsen, o.c., p. 246.

c. Enfin, la faute grave et caractérisée doit *avoir contribué à la faillite*. Ici encore, la mise en cause de la responsabilité des dirigeants dans le cadre d'une action en comblement de passif s'écarte des principes de droit commun en matière de responsabilité.¹⁵ Alors que le droit commun belge de la responsabilité reconnaît de longue date le caractère nécessaire du lien causal entre la faute et le dommage, le lien causal en matière d'action en comblement de passif est reconnu dès que la faute grave et caractérisée a contribué à la faillite, indépendamment de la question de savoir si la faillite de la société était inévitable même en l'absence de la faute grave et caractérisée dans le chef du ou des dirigeants. En d'autres termes, la faute grave et caractérisée doit être l'une des causes de la faillite, mais pas nécessairement l'unique cause ou la cause décisive de la faillite.¹⁶

14. Deux de ces trois conditions de mise en œuvre d'une action en comblement de passif sont particulièrement pertinentes en l'espèce. Les administrateurs étaient-ils fautifs alors que les conditions légales pour procéder à une distribution étaient réunies ? Ensuite, à supposer que le comportement des administrateurs était fautif, cette faute peut-elle être considérée comme ayant contribué à la faillite alors que la décision de procéder à une distribution relève des compétences discrétionnaires de l'assemblée générale ?

B. A qui la faute ?

15. Le droit belge des sociétés connaît essentiellement trois grands types de fautes susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs.¹⁷

D'une part, les administrateurs en charge de la gestion de la société sont, en cette qualité, responsables envers la société de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion. L'exécution de ce mandat et les éventuelles fautes de gestion dans le chef des administrateurs doivent s'apprécier au regard du critère de l'administrateur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances factuelles. Comme il s'agit d'une responsabilité du mandataire envers son mandant, les administrateurs ne peuvent être tenus responsables sur cette base que vis-à-vis de la société (le mandant), et non vis-à-vis de tiers.

D'autre part, les administrateurs sont responsables envers la société et les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts de la société.

Enfin, les administrateurs peuvent être individuellement tenus responsables sur la base d'une responsabilité extracontractuelle de droit commun – les fautes dites « aquiliennes » – tant à l'égard de la société¹⁸ que des tiers. Commettent une telle faute aquilienne les administrateurs qui violent une obligation légale ou adoptent un comportement qui « s'écarte de la norme générale de bonne conduite qui s'impose à tout sujet de droit ».¹⁹ Dans ce dernier cas, la faute sera appréciée selon les principes d'appréciation marginale (*marginal toetsing*) et d'appréciation *a priori*.

16. En droit positif belge, la décision d'affecter les bénéfices et de déterminer le montant des distributions dans les limites des sommes distribuables²⁰ relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale.²¹ Le conseil d'administration a tout au plus le pouvoir, si les statuts l'y autorisent, de distribuer un acompte sur dividende à valoir sur le dividende à distribuer sur les résultats de l'exercice et les bénéfices reportés.²²

17. L'organe d'administration a cependant la responsabilité d'établir les comptes annuels et de les soumettre pour approbation à l'assemblée générale avec une proposition d'affectation du résultat.²³ Les administrateurs peuvent, dans ce contexte, commettre une faute susceptible d'entraîner la mise en cause de leur responsabilité.

15. T. Van Wynsberghe et S. De Dier, o.c., p. 24 ; J.-F. Goffin, o.c., p. 277.

16. A. DURIAU, o.c., p. 135 ; I. VEROUGSTRAETE, o.c., p. 1432.

17. Par souci de concision, les cas de responsabilités spécifiques, tels que l'absence d'aveu de faillite, la poursuite d'une activité déficitaire, ne sont pas abordés ici.

18. Moyennant cependant le respect des conditions de la théorie du concours de responsabilités.

19. J.-F. GOFFIN, o.c., p. 103.

20. Anciennement art. 320 et 617 C. soc. ; désormais art. 5:142 et 7:212 CSA.

21. Anciennement art. 385 C. soc. ; désormais art. 5:141 CSA ; M. WAUTERS, « Het dividend is van alle tijden – Over tussentijdse dividenduitkeringen door algemene vergadering van een naamloze vennootschap », *T.R.V.*, 2000/2, pp. 67-78.

22. Anciennement art. 618 C. soc. ; désormais art. 5:141, al. 2 et 7:213 CSA.

23. Ceci découle du principe comptable selon lequel le bilan est établi après répartition, en tenant compte du solde d'affectation du compte de résultats de l'exercice et du résultat reporté.

18. Le droit belge des sociétés en vigueur à l'époque des faits imposait en outre des limites légales strictes aux montants qui pouvaient être distribués.

Le Code des sociétés prévoyait à cet égard un test dit de « l'actif net » selon lequel aucune distribution ne pouvait être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel²⁴ qu'il résultait des comptes annuels était, ou deviendrait suite à une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré ou, si ce montant est supérieur, du capital appelé, augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.²⁵

Les sanctions expressément prévues par le Code des sociétés lors d'une distribution faite en contravention de cette disposition étaient de deux ordres. Premièrement, les sommes ainsi distribuées devaient être restituées par les bénéficiaires de la distribution si la société prouvait qu'ils connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.²⁶ Deuxièmement, les administrateurs étaient sanctionnés pénalement pour toute distribution réalisée en l'absence d'inventaires ou de comptes annuels ou au moyen d'inventaires ou de comptes annuels frauduleux et en contravention des limites imposées aux sommes distribuables.²⁷

19. L'intervention de l'organe d'administration relativement à la distribution d'un dividende sur les bénéfices de l'exercice doit dès lors être replacée à deux moments distincts de la prise de décision : en amont, lorsque les administrateurs arrêtent les comptes et décident d'une proposition d'affectation à soumettre à l'assemblée générale et en aval, lors de la mise en paiement dudit dividende après approbation par l'assemblée générale.

I) EN AMONT : LA PROPOSITION DE DISTRIBUER UN DIVIDENDE

20. En amont de la décision par l'assemblée générale de procéder à une distribution de dividendes, deux cas de figure peuvent se présenter : (a) soit la proposition d'affectation formulée par l'organe d'administration excède les sommes distribuables (en d'autres termes, l'organe d'administration recommande à l'assemblée générale la distribution d'un dividende illégal), (b) soit l'organe d'administration recommande à l'assemblée générale une distribution de dividendes qui remplit les conditions légales mais sans considération pour autant de l'intérêt de la société.

a) La proposition formulée par l'organe d'administration de procéder à une distribution de dividendes sur les résultats de l'exercice qui se révèle excéder les limites des sommes distribuables est-elle en soi une faute dans le chef des administrateurs ?

21. Cette question est particulièrement intéressante dans le cas d'espèce, puisque la distribution est approuvée par l'assemblée générale de Carir Cartonage sur la base de comptes annuels dont l'actif net est surévalué en raison de la comptabilisation de plusieurs plus-values de réévaluation²⁸ qui ne respecte pas (formellement) le prescrit des dispositions comptables en la matière.

22. Pour pouvoir comptabiliser une plus-value de réévaluation, la société devait respecter deux conditions de fond – d'une part, une condition de certitude et durabilité et, d'autre part, une condition de rentabilité – et deux conditions de forme – d'une part, la justification de la plus-value dans les comptes annuels et, d'autre part, l'établissement d'un plan d'amortissement.²⁹

Selon la condition de certitude et durabilité, la plus-value devait présenter un excédent certain et durable par rapport à la valeur comptable de l'actif concerné pour être comptabilisée, cette appréciation étant laissée à l'organe de gestion.

24. L'actif net correspondant au total de l'actif, abstraction faite du montant non encore amorti des frais d'établissement et sauf cas exceptionnel, des frais de recherche et développement, diminué des provisions et dettes.

25. Art. 320, § 1^{er} (pour les SPRL) et art. 429, § 1^{er} et 617, § 1^{er} (pour les SA) C. soc.

26. Art. 320 (pour les SPRL) et 617 (pour les SA) C. soc.

27. Art. 347 C. soc. pour les SPRL et 648 pour les SA.

28. Les plus-values de réévaluation sont des plus-values non encore réalisées sur les actifs immobilisés d'une entreprise.

29. Art. 57, § 2, de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

Quant à la condition de rentabilité, elle disposait que dans le cas d'un actif destiné à rester durablement affecté à l'activité de l'entreprise, la plus-value ne pouvait être comptabilisée que dans la mesure où elle était justifiée par la rentabilité ou l'utilité de l'actif pour l'activité de l'entreprise.

En outre, selon que la condition de rentabilité s'appréciait vis-à-vis d'un actif déterminé ou pour des actifs nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise, une condition additionnelle trouvait à s'appliquer. Dans ce dernier cas de figure en effet, une plus-value ne pouvait être comptabilisée que dans la mesure où la plus-value exprimée était justifiée par la rentabilité de l'activité de la société ou par la partie concernée de ses activités.³⁰

A ces conditions de fond, s'ajoutaient deux conditions formelles à respecter, à savoir l'obligation de justifier la valeur réévaluée retenue pour ces immobilisations dans l'annexe des comptes annuels dans lesquels la réévaluation était actée pour la première fois et l'obligation d'établir un plan d'amortissement si l'actif concerné était une immobilisation corporelle dont l'utilisation était limitée dans le temps.

Or, en l'espèce, le tribunal de l'entreprise et la cour d'appel constatent que ni les conditions de forme, ni les conditions de fond requises pour la comptabilisation d'une plus-value de réévaluation n'ont été respectées par la société. D'une part, la réévaluation des actifs concernés n'a pas fait l'objet d'une justification dans les comptes annuels concernés³¹ et les actifs concernés n'ont pas fait l'objet d'amortissement dans les comptes annuels subséquents³², d'autre part, la rentabilité de la société ne lui permettait vraisemblablement pas de supporter les amortissements supplémentaires engendrés par la comptabilisation de la plus-value de réévaluation.³³

23. En outre, bien que non formellement visées par la disposition de l'époque du Code des sociétés³⁴, les plus-values de réévaluation étaient en principe indisponibles tant que l'actif auquel elles se rapportent n'était pas réalisé. Il était traditionnellement enseigné que la partie non-amortie de la plus-value de réévaluation devait être considérée comme non distribuable pour les besoins du calcul de l'actif net.³⁵ Les risques d'abus de l'utilisation de plus-value de réévaluation étaient en effet jugés élevés, étant donné qu'il s'agissait d'une simple opération comptable.³⁶

24. Toutefois, tant le tribunal de l'entreprise (en première instance) que la cour d'appel ont estimé, de manière (assez) étonnante, que la distribution de dividendes litigieuse n'aurait pas été faite en violation des dispositions en matière de sommes distribuables. Tous deux en déduisent que la responsabilité des administrateurs n'était dès lors pas engagée sur le pied d'une infraction aux dispositions du Code des sociétés.

Il est étonnant que la Cour ait reconnu l'existence de doutes sérieux quant à la légalité de la comptabilisation de la plus-value de réévaluation et par voie de conséquence d'une surévaluation de l'actif, sans toutefois en déduire l'existence d'une distribution « illégale » car ayant été faite en contravention de la limite des sommes distribuables.

25. A supposer en effet que les comptes annuels aient été établis conformément aux dispositions comptables applicables et donc sans prendre en considération la plus-value de réévaluation douteuse, l'actif net de la société aurait été manifestement insuffisant pour procéder à une telle distribution.³⁷

26. Or, les administrateurs qui proposent de la sorte à l'assemblée générale de distribuer un dividende dans la limite des sommes distribuables mais en sachant ou en ne pouvant raisonnablement ignorer que celles-ci étaient manifestement surévaluées commettent une négligence dans l'exercice de leur mandat que n'aurait pas commise un administrateur raisonnablement prudent et diligent.

30. Avis CNC n° 2011/14 du 6 juillet 2011 – Plus-values de réévaluation.

31. L'annexe des comptes annuels se borne à relever « Materiële vaste activa: in de loop van het boekjaar werden materiële vaste activa geherwaardeerd. »

32. Arrêt de la cour d'appel de Gand, p. 115.

33. Arrêt de la cour d'appel de Gand, p. 115.

34. Les dispositions du Code des sociétés et des associations en matière de bénéfices distribuables disposent désormais expressément que la partie non-amortie de la plus-value de réévaluation est assimilée à une réserve légalement indisponible.

35. P. VAN OMMESLAGHE, « Le maintien du capital des sociétés anonymes », *Ann. Dr.*, 1985, p. 156, n° 9 ; R. TAS, *Winstuikering, kapitaalvermindering en -verlies*, 1^{re} éd., Roeselare, Roularta Media Group, 2003, p. 171, n° 236 ; H. DE WULF, « Moet de mogelijkheid tot winstuikering volgens artikel 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden ? », *T.B.H.*, 2005, 393, p. 398, n° 18.

36. R. TAS, *Winstuikering, kapitaalvermindering en -verlies*, o.c., p. 171, n° 136.

37. Pour rappel, la société a clôturé l'ensemble de ses exercices avec une perte d'exploitation.

27. La question de savoir si une telle décision peut constituer une faute dans le chef des administrateurs pour violation du Code des sociétés est plus délicate. En soi, ce ne sont pas les administrateurs eux-mêmes qui prennent la décision de procéder à la distribution, ils se bornent à proposer une distribution qui ne répond pas au prescrit légal. Rien n'empêche en effet l'assemblée générale de s'écarter de la proposition formulée par l'organe d'administration.

Le cas de figure est tout autre, en l'espèce, de la faute distincte dans le chef des administrateurs qui ont établi une situation comptable irrégulière sur laquelle repose la distribution de dividendes.³⁸

28. A strictement parler, ce n'est donc pas l'organe d'administration qui viole la disposition légale en matière de sommes distribuables, mais bien l'assemblée générale.

Il est cependant traditionnellement enseigné qu'une distribution faite en violation de la limite des sommes distribuables sur la base d'une proposition de l'organe d'administration est une faute de régularité dans le chef des administrateurs qui sont tenus solidairement responsables du dommage qui en résulte.³⁹ Le fait que la distribution a été approuvée par l'assemblée générale n'est pas un motif d'excuse pour les administrateurs.⁴⁰ C'est du reste ce que la cour d'appel de Gand pourrait avoir reconnu – *a contrario* – dans le cas d'espèce, lorsqu'elle estime que comme la distribution a été effectuée dans les limites légales, les administrateurs ne peuvent être tenus pour responsables d'une violation du Code des sociétés ou des statuts.⁴¹

b) A considérer la proposition de distribution légale (sur la base de bénéfices distribuables) peut-elle néanmoins constituer une faute dans le chef des administrateurs sur la base d'un devoir général de prudence et/ou d'un devoir d'agir dans l'intérêt de la société ?

29. Cette question a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux.⁴²

30. Pour rappel, le test de l'actif net prévu par le Code des sociétés⁴³ repose sur l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels du dernier exercice clôturé.

31. Or, en cas de distribution de dividendes sur les bénéfices annuels, des mois peuvent s'écouler entre la date des derniers comptes annuels et la décision de procéder à une distribution de dividendes.⁴⁴ Au moment où les comptes annuels sont approuvés en assemblée générale ordinaire et où l'assemblée se prononce sur l'affectation du résultat (et donc éventuellement sur une distribution de dividendes), la situation financière de la société peut avoir changé, positivement ou négativement, en raison de nouveaux développements intervenus depuis la clôture des comptes.

32. A cet égard, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour considérer que les administrateurs ont un devoir d'actualisation de l'information dont ils disposent pour considérer s'il est prudent de proposer une distribution de dividendes intérimaires en distinguant trois scénarios.

33. Premièrement, les administrateurs sont tenus, en vertu du droit comptable⁴⁵, de prendre en compte tous les risques prévisibles, pertes éventuelles et dépréciations qui sont apparus au cours de l'exercice auquel les comptes annuels se rapportent ou au cours d'exercices antérieurs, même si ces risques, pertes ou dépréciations ne sont connus qu'entre la date de clôture du bilan et la date à laquelle les comptes sont arrêtés par l'organe d'administration.

38. Par extension, toute violation des dispositions de droit comptable lors de l'établissement des comptes annuels est assimilée à une violation du Code des sociétés et entraîne la mise en cause de la responsabilité des administrateurs pour faute de régularité (dans ce sens J.-F. GOFFIN, o.c., p. 139).

39. M. MASSAGE, L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (Loi du 5 décembre 1984), Bruxelles, Swinnen, n° 86, p. 137 ; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., p. 295, n° 404 ; R. TAS, o.c., p. 295, n° 404.

40. R. TAS, o.c., p. 296, n° 405.

41. Arrêt de la cour d'appel de Gand, p. 116.

42. T. BAART et Y. VAN DEN BROECKE, « Over de uitkering van gewone, tussentijdse en interim-dividenden: op welke jaarrekening moet de uitkering worden gebaseerd en welke procedure dient gevolgd te worden ? », *Not.Fisc.M.* 2011, (294), 301 ; H. DE WULF, o.c., p. 398 ; R. TAS, « Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen », *T.R.V.*, 2003, (497), 517, n° 42 ; K. VAN HULLE, « Wettelijke beperkingen inzake winstuitkeringen », in *Het gewijzigde vennootschapsrecht, bijzonder nummer T.B.H.*, 1984, 77, nr. 6 ; L. FEDERICO, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Gent, Editions Fecheyr, 1950, 373, n° 325.

43. Sur ce point, le test de solvabilité prévu par le Code des sociétés et des associations est virtuellement inchangé, de sorte que cette discussion est encore pleinement d'actualité.

44. M. WAUTERS, o.c., p. 75.

45. Anciennement art. 33 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés ; désormais art. 3:11 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations.

34. Deuxièmement, les administrateurs ne sont pas formellement obligés par une disposition légale expresse de tenir compte des événements ayant un impact négatif sur la capacité financière de la société qui se sont produits après la clôture de l'exercice mais avant qu'ils ne fassent la proposition de distribution.⁴⁶ Cependant, l'absence de prise en compte de ces pertes, risques ou moins-values lors de la proposition de distribution peut, dans certains cas, constituer une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité des administrateurs. En d'autres termes, les administrateurs qui proposent à l'assemblée générale de décréter un dividende basé sur les montants distribuables à la date de clôture du dernier exercice ont le devoir de vérifier si une telle distribution est toujours *in concreto* conforme aux principes de gestion prudente.

35. Finalement, l'organe d'administration doit prendre en considération les distributions déjà réalisées depuis la date de clôture des derniers comptes annuels approuvés et la distribution envisagée.⁴⁷ Ne pas prendre ces distributions en considération reviendrait à permettre de distribuer certains bénéfices deux fois.⁴⁸

36. Il n'existe pas de base légale justifiant d'un tel principe, mais ce dernier est reconnu sur la base d'une application du devoir général de prudence qui incombe aux administrateurs.⁴⁹ Si, en raison de développements survenus après la clôture de l'exercice, il apparaît que la situation financière de la société a été modifiée à un tel point qu'il n'est pas prudent de procéder à une distribution, quand bien même le test de l'actif net est satisfait à la date de clôture de l'exercice, les administrateurs qui proposent une distribution de dividendes à l'assemblée peuvent engager leur responsabilité pour faute de gestion.

37. Les administrateurs doivent donc non seulement vérifier si les sommes sont distribuables conformément au test de l'actif net à la date de clôture de l'exercice, mais également si, au moment où ils formulent la proposition, une telle distribution est prudente suivant les principes de bonne gestion à la lumière des développements survenus depuis la fin de l'exercice.⁵⁰

38. En effet, l'organe d'administration doit en principe toujours agir dans l'intérêt de la société⁵¹, y compris lorsqu'il propose l'affectation du résultat de la société. L'organe d'administration n'est pas tenu de proposer une distribution des bénéfices de l'exercice. Il peut tout aussi bien proposer d'affecter le bénéfice à une réserve disponible ou de le reporter à l'exercice suivant, notamment en vue d'assurer les besoins futurs de la société ou en raison de développements nouveaux depuis la date de clôture dont il a connaissance.

39. Les considérations ci-dessus se rapportent aux devoirs des administrateurs d'exercer leur mandat avec prudence et d'agir dans l'intérêt de la société. Les administrateurs qui recommandent une distribution de dividendes au mépris de l'intérêt de la société et du principe de gestion prudente peuvent-ils également voir leur responsabilité mise en cause par la société ou par un tiers pour faute aquilienne ? Tout comme pour la responsabilité pour faute de gestion, il appartiendra au juge saisi d'une action en responsabilité aquilienne à l'encontre des administrateurs d'apprécier si la décision de recommander une distribution de dividendes à l'assemblée générale est une décision prudente et diligente au regard du critère de l'administrateur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances factuelles.⁵² Cependant, il est traditionnellement enseigné que la responsabilité d'un administrateur envers la société pour faute de gestion est plus large que sa responsabilité envers la société et/ou les tiers pour faute aquilienne.⁵³ L'obligation de gérer la société avec diligence et prudence en question ici est étroitement liée au mandat octroyé par la société à l'administrateur. Or, la faute aquilienne des administrateurs ne sera engagée que si leur comportement peut être jugé fautif indépendamment de la violation des obligations découlant de leur mandat.⁵⁴ Il est donc légitime de se demander dans quelle mesure il sera facile pour un tiers cherchant à invoquer la responsabilité aquilienne des administrateurs qui ont recommandé une distribution de dividendes à l'assemblée générale sans tenir compte des principes de gestion prudente et diligente de faire valoir que ces manquements sont indépendants du mandat qui lie les administrateurs à la société.

46. Orb. Gent (afd. Dendermonde) (2de k.), 14 janvier 2019, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019/8, pp. 878-892.

47. R. TAS, o.c., p. 212, n° 288 ; H. DE WULF, o.c., p. 400, n° 22.

48. H. DE WULF, o.c., p. 400, n° 22.

49. Art. 527 C. soc. ; art. 2:51 CSA.

50. Orb. Gent (afd. Dendermonde) (2de k.), 14 janvier 2019, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019/8, pp. 878-892.

51. Note sous référé devant Entr. Liège, 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014/3, p. 333.

52. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Chapitre 6. La responsabilité des administrateurs » in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 295.

53. J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de la société anonyme », in J.-L. FAGNART, X. DIEUX et C. DALCO, *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p.12.

54. J.-L. Fagnart, o.c.

c) Une faute grave et caractérisée ?

40. Dès lors que la recommandation faite à l'assemblée générale par les administrateurs de procéder à une distribution, dans le respect des limites des sommes distribuables ou non, peut constituer une faute dans le chef des administrateurs, cette faute doit encore être considérée comme grave et caractérisée.

41. La faute grave et caractérisée ne se limite pas à une simple négligence ou une erreur d'appréciation. Elle implique un comportement qui s'écarte de manière manifeste de ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un administrateur prudent et diligent.

42. La marge d'appréciation du juge varie selon que la faute reprochée aux administrateurs consiste en une violation d'une disposition légale ou statutaire ou en un manquement à la norme générale de bon comportement.

Dans la première hypothèse, le simple non-respect de la disposition légale constitue une faute dans le chef des administrateurs. Toutefois, cette faute ne constitue pas nécessairement une faute grave et caractérisée. Pour qu'il en soit ainsi, le juge doit considérer que cette violation de la loi ou des statuts de la société est si manifeste qu'elle « porte atteinte aux normes essentielles de la vie en société » ou qu'elle se rapproche de « la légèreté ou l'insouciance impardonnable », qu'elle est proche du dol ou de la faute intentionnelle (voy. n° 13 *supra*).

Dans la deuxième hypothèse, le comportement de l'administrateur sera comparé au comportement de tout administrateur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait (appréciation marginale).

L'existence d'une faute grave et caractérisée dans le chef des administrateurs sera donc plus aisément établie en cas de violation d'une norme légale que dans le cas d'un manquement à une norme générale de comportement prudent et diligent.

43. Il en résulte que dans le cadre d'une distribution de dividendes, toute proposition de distribution faite par l'organe d'administration à l'assemblée générale ne constituera pas nécessairement une faute grave et caractérisée.

Lorsque l'organe d'administration propose une distribution de dividendes au-delà des sommes distribuables, autrement dit, une distribution de dividendes illégale, le juge sera plus rapidement amené à considérer qu'une telle faute n'aurait pas été commise par un administrateur raisonnablement prudent et diligent et est suffisamment évidente, extrême et indéniable, de sorte qu'elle constitue une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner la responsabilité des administrateurs sur le fondement d'une action en comblement de passif.

La question est bien sûr plus délicate lorsqu'elle concerne une distribution qui respectait les limites légales des sommes distribuables, mais qui s'avère néanmoins fautive car ne répondant pas aux critères de gestion prudente et d'intérêt social. Dans ce cas, il faudra examiner de près le comportement des administrateurs pour déterminer si, dans les faits, il était manifestement déraisonnable de proposer à l'assemblée générale la distribution de dividendes même si cette distribution remplissait les conditions légales.

C'est du reste ce qu'a retenu la cour d'appel de Gand à la suite d'un examen factuel du cas d'espèce lorsqu'elle dispose que : « *En tant qu'administrateur, BV C. était pourtant parfaitement au courant de la situation financière précaire de BV C.C. Abstraction faite de la vente unique du bien immobilier, BV C.C. subissait des pertes depuis des années. Au cours de l'exercice de la réévaluation (2015), BV C.C. a même subi une perte d'exploitation de 827.080,00 EUR. Elle opérait dans un secteur très concurrentiel [...]. BV C. a toutefois omis de régler avec ses propres moyens le compte courant qu'elle avait repris de BV M. le 1^{er} avril 2015. [...]* »⁵⁵

55. Traduction libre. Le passage de l'arrêt se lit : « BV C. was als bestuurder nochtans zeer goed op de hoogte van de precaire financiële toestand van BV C.C. Abstractie makend van de eenmalige verkoop van het onroerend goed leed BV C.C. al jaren verliezen. In het boekjaar van de herwaardering (2015) leed BV C.C. zelfs een bedrijfsverlies van 827.080,00 EUR. Zij opereerde in een zeer concurrentiële sector [...]. BV C. liet evenwel na om de rekening-courant die zij op 1 april 2015 overnam van BV M. met eigen middelen aan te zuiveren. [...] »

II) EN AVAL : LA MISE EN PAIEMENT DU DIVIDENDE

44. Une fois la décision prise de distribuer un dividende, encore faut-il mettre celui-ci en paiement.

45. Sous l'empire du Code des sociétés, l'assemblée générale détermine en principe la date de mise en paiement du dividende.⁵⁶ Elle peut également déléguer à l'organe d'administration le soin de mettre le dividende en paiement au moment qui lui semble le plus opportun.⁵⁷ Finalement, si aucune décision n'est prise à cet égard, le dividende est immédiatement exigible et les administrateurs ne peuvent pas en retarder le paiement.⁵⁸

46. Lorsque l'assemblée générale a expressément déterminé une date pour la mise en paiement du dividende, chaque actionnaire dispose d'une créance à terme à l'encontre de la société pour sa part du dividende.⁵⁹ A l'échéance, l'organe d'administration doit se conformer à la décision de l'assemblée générale et mettre le dividende en paiement. Il en est de même lorsque l'assemblée générale n'a pas fixé de date pour la mise en paiement et que le dividende est immédiatement exigible.

L'organe d'administration ne dispose dans ce contexte d'aucune marge de manœuvre et ne peut pas retarder le paiement du dividende dès le moment où il devient exigible. Lorsque le pouvoir a été confié à l'organe d'administration de décréter la date de mise en paiement du dividende, il exerce ce pouvoir à sa discrétion, dans l'intérêt de la société et sous sa responsabilité.⁶⁰

A cet égard, l'organe d'administration reste tenu à son devoir général de gestion prudente et doit agir dans l'intérêt de la société. L'organe d'administration qui mettrait en paiement le dividende sans vérifier si les liquidités de la société le permettent commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de la société.⁶¹ De même, l'organe d'administration qui abuse de son pouvoir et qui ne met pas en paiement un dividende alors qu'il devrait le faire commet une faute susceptible de voir sa responsabilité engagée.⁶²

47. Qu'en est-il de l'organe d'administration qui met le dividende en paiement sur la base de la délégation qui lui a été octroyée et après avoir examiné son incidence sur la trésorerie de la société et sa capacité à rembourser ses dettes, alors que cette analyse s'avère par la suite erronée ?

Toute erreur d'appréciation ne constitue pas systématiquement une faute. Il est tout à fait envisageable que les administrateurs aient commis une erreur d'appréciation lors de la mise en paiement du dividende, mais que cette erreur d'appréciation ne soit pas fautive au regard de la norme générale de prudence et diligence attendue d'un mandataire (faute de gestion) ou de la norme générale de bonne conduite attendue de tout sujet de droit (faute aquilienne).

C. Le lien de causalité

48. Ici aussi, l'action en comblement de passif s'écarte des principes de droit commun de la responsabilité.

En matière de droit commun de la responsabilité, la victime qui entend réclamer réparation de son dommage doit, outre la faute de la personne dont elle entend réclamer réparation, prouver l'existence d'un lien de causalité (nécessaire) entre la faute et le dommage qu'elle subit.

Le droit belge reconnaît de longue date la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle toutes les causes ayant nécessairement conduit au dommage sont retenues et mises sur un pied d'égalité.

56. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. III, Editions H. Swinnen, 1985, p. 284, n° 1569.

57. C'est, du reste, l'approche la plus sage, car comme le souligne RESTEAU, l'organe d'administration, plus au fait de la situation financière actuelle de la société, est plus à même de déterminer le moment le plus opportun pour la mise en paiement du dividende en fonction des liquidités de la société. La société peut en effet disposer des bénéfices distribuables, mais pas nécessairement de liquidités suffisantes pour mettre le dividende en paiement sans, à tout le moins, compromettre sa capacité future à rembourser ses dettes (l'assemblée étant en principe bien loin de ces considérations).

58. C. RESTEAU, *o.c.*, p. 285, n° 1570.

59. C. RESTEAU, *o.c.*, p. 285, n° 1570.

60. C. RESTEAU, *o.c.*, p. 285, n° 1570.

61. Cf. H. DE WULF, *o.c.*, p. 399 ; Kh. Luik (KG), 26 november 2013, *T.R.V.*, 2014/3, pp. 319-338.

62. K. De Haen, L. Bogaert et K. Vanderstappen, *o.c.*, p. 322.

Autrement dit, pour que la responsabilité de quelqu'un soit reconnue, l'existence d'un lien causal « nécessaire » entre sa faute et le dommage subi suffit. Pour déterminer l'existence de ce lien de causalité nécessaire, le juge appliquera une analyse *sine qua non* : si la faute n'avait pas été commise, le dommage tel qu'il s'est réalisé ne se serait pas produit.

Cette construction essentiellement jurisprudentielle est reconnue depuis peu dans le nouveau Livre 6 du Code civil qui dispose que : « *Un fait générateur de responsabilité est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Un fait est une condition nécessaire du dommage si, sans ce fait, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable.* »⁶³

Le nouveau Livre 6 du Code civil innove cependant en la matière en introduisant également un motif d'exclusion du lien de causalité nécessaire entre la faute et le dommage lorsque ce lien « est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée ».⁶⁴ L'article 6.18, § 2, du Nouveau Code civil donne deux éléments qui peuvent être pris en compte dans le cadre de cette appréciation : le caractère improbable du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité et la circonstance que ce fait n'ait pas contribué de manière significative à la survenance du dommage. Le législateur vient de la sorte tempérer le caractère parfois injuste d'une application stricte de la théorie de l'équivalence des conditions qui peut conduire à retenir la responsabilité d'individus qui n'ont joué qu'un rôle minime dans la survenance du dommage.⁶⁵

49. L'action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants d'une société en faillite s'écarte de ces principes de droit commun sur deux points (voy. n° 13 *supra*).

50. Tout d'abord, le lien de causalité dans une action en comblement de passif est plus lâche que les critères de droit commun⁶⁶, en ce sens qu'il ne requiert par l'existence d'un lien causal « nécessaire » – au sens où on l'entend en droit commun de la responsabilité – entre la faute des dirigeants et le dommage dont on entend réclamer réparation ; il suffit que la faute ait « contribué » à la faillite.

Pour paraphraser J.-L. FAGNART, la faute grave ne doit être ni la seule cause de la faillite, ni même la condition décisive et immédiate sans laquelle la faillite n'eût pas été déclarée.⁶⁷

Il ne sera pas tenu compte du fait que la faillite serait survenue tôt ou tard ou que les créanciers n'auraient de toute façon pas été payés, même si la faillite aurait pu être évitée par la liquidation de la société ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation.⁶⁸

Dans une analyse classique du droit de la responsabilité, le juge se demanderait en effet si, en l'absence de la faute des administrateurs, la société aurait quand même fait faillite (application de la condition *sine qua non*). Autrement dit, la faute des dirigeants est-elle nécessairement une cause de la faillite ?

Dans le cadre d'une action en comblement de passif, la question est tout autre. Dès qu'il peut être démontré que la faute a contribué à la faillite (même sans que cette faute ait nécessairement conduit à la faillite), le lien de causalité sera retenu.

Toutefois, la question se pose de savoir si, à la suite de l'adoption du nouveau Livre 6 du Code civil, un administrateur pourrait invoquer, à titre de moyen de défense, que le lien entre sa faute grave et caractérisée et la faillite de la société est si distendu qu'il serait manifestement déraisonnable de considérer que sa faute a contribué à la faillite.

La responsabilité sur la base d'une action en comblement de passif est une base autonome de responsabilité distincte de la responsabilité de droit commun désormais prévue aux articles 6.18 et s. du Nouveau Code civil, dont elle s'écarte sur plusieurs points.

63. Art. 6.18 Nouveau C. civ.

64. Art. 6.18, § 2, Nouveau C. civ.

65. C. JOISTEN, « La causalité: quid novi sub sole ? » in Le nouveau livre 6 du Code civil portant réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Limal, Anthemis, 2024, p. 159.

66. J. RONSE, « La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif », *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 302.

67. J.-L. FAGNART, *o.c.*, n° 24, p. 25.

68. I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, p. 1433.

Le législateur a de la sorte expressément voulu alléger le lien de causalité dans une action en comblement de passif par rapport au caractère nécessaire du lien de causalité de droit commun. L'article 6.18, § 2, du Nouveau Code civil vise à corriger l'application parfois injuste de la théorie de l'équivalence des conditions pour les fautes minimales, qui, bien que nécessaires à la survenance du dommage, étaient si éloignées qu'il serait manifestement déraisonnable de retenir un lien de causalité aussi tenuous. Appliquer ce mécanisme correctif au lien de causalité de l'action en comblement de passif reviendrait à retirer toute raison d'être au lien de causalité spécifique prévu par le législateur pour l'action en comblement de passif.

51. Ensuite, le lien causal n'est pas lié au dommage subi par la société ou ses créanciers comme c'est habituellement le cas dans une action en responsabilité, mais à un événement particulier, à savoir la faillite de la société.⁶⁹ La faute grave et caractérisée des dirigeants doit en effet avoir contribué à la faillite, mais pas nécessairement à l'insuffisance d'actif.

52. En l'espèce, la cour d'appel de Gand a retenu que la faute grave et caractérisée des administrateurs de Carir Cartonage BVBA consistant à recommander à l'assemblée générale la distribution d'un dividende alors que les administrateurs étaient bien conscients de la situation précaire de la société avait contribué à la faillite. De la sorte, elle reconnaît l'existence d'un lien de causalité entre la faillite de la société et l'acte préparatoire de l'organe d'administration qui consiste à faire une proposition d'allocation du résultat et de versement d'un dividende.

53. Une question se pose dans ce contexte : ce lien de causalité ne serait-il pas rompu si, *in fine*, l'assemblée générale décidait de s'écarter de la proposition d'affectation de résultat faite par l'organe d'administration ? C'est en effet à l'assemblée générale qu'il incombe en dernier ressort de décider de l'affectation des bénéfices, indépendamment de la proposition du conseil d'administration.⁷⁰ La Cour de cassation ne se prononce pas sur le lien causal lorsqu'elle dispose laconiquement que : « *Le fait que la proposition de distribution des bénéfices faite par l'administrateur ait été approuvée, conjointement avec les comptes annuels, par l'assemblée générale de la société qui a décidé en conséquence de verser des dividendes et des tantièmes et a ensuite donné décharge à l'administrateur, n'exclut pas la responsabilité de l'administrateur pour faute grave manifeste en application de l'article précité.* »⁷¹

54. Le lien le plus évident entre la faillite de la société et la proposition de l'organe d'administration de distribuer un dividende est bien entendu le cas de figure où l'assemblée générale suit entièrement la proposition de l'organe d'administration de distribuer un dividende.

55. Si, à l'inverse, l'assemblée générale décidait finalement de ne pas distribuer de dividendes et de reporter le bénéfice à l'exercice suivant ou de l'affecter à une réserve, il serait difficile dans ce cas de démontrer que la proposition d'affectation du résultat par l'organe d'administration a contribué à la faillite. Certes, la faute de l'organe d'administration est toujours bien présente, mais le lien de causalité avec la faillite est vraisemblablement rompu puisque la proposition d'affectation du résultat n'a pas eu d'effet.

56. Un problème similaire se pose lorsque l'assemblée générale s'écarter de la proposition d'allocation de l'organe d'administration, soit en décidant de distribuer plus que la proposition faite par l'organe d'administration, soit en décidant de distribuer moins. Le lien de causalité semble dans ces cas de figure de plus en plus tenuous.

57. Peut-être consciente de cette faiblesse, la cour d'appel de Gand tente de corriger le tir lorsqu'elle dispose que l'administrateur « *savait qu'en tant qu'actionnaire majoritaire (3.577 actions sur 4.207 actions [...]), il approuverait la décision de distribuer un dividende maximal lors de l'assemblée générale de la*

69. J. DEHAENE, « Quelques réflexions sur la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2021, p. 18.

70. M. WAUTERS, o.c., p. 68.

71. Traduction libre du passage suivant de l'arrêt : « De omstandigheid dat het door de bestuurder gedaan voorstel tot winstuikering samen met de jaarrekening is goedgekeurd door de algemene vergadering van de vennootschap die dienovereenkomstig heeft beslist tot uitbetaling van dividenden en tantièmes en vervolgens kwijting heeft verleend aan de bestuurder, de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens kennelijke grove fout met toepassing van voormeld artikel niet uit. »

SPRL Carir Cartonage ». ⁷² On peut se demander si la cour serait parvenue à une conclusion différente si l'administrateur n'avait pas été également l'actionnaire majoritaire de la société, en d'autres termes, s'il y avait eu un élément de hasard dans la décision de l'assemblée générale sur lequel l'administrateur n'avait aucune marge de manœuvre (voy. E. *infra*).

D. Hauteur du comblement de passif : appréciation marginale du juge

58. La responsabilité à charge des administrateurs d'une société dans le cadre d'une action en comblement de passif peut être considérable : les administrateurs peuvent être condamnés à payer l'intégralité du passif de la société en faillite dès lors qu'il est démontré que leur faute (grave et caractérisée) a contribué à la faillite. Afin de modérer cette responsabilité conséquente dans le chef des administrateurs, le tribunal dispose d'une marge d'appréciation quant à la hauteur du comblement passif auquel il condamne le dirigeant. Cette marge d'appréciation laissée au juge vient tempérer l'assouplissement du lien de causalité : il suffit que la faute ait contribué à la faillite et non à l'insuffisance d'actif pour voir un dirigeant condamné à combler le passif, mais au stade de la condamnation, le juge pourrait notamment retenir uniquement l'augmentation du passif ou la diminution de l'actif qui est la conséquence de la faute.

59. Cette modération n'est indiquée que s'il est déraisonnable d'imputer l'intégralité du passif à la charge des administrateurs, par exemple parce que le passif ne résulte pas (entièrement) de leur faute. ⁷³ De la sorte, le tribunal peut par exemple condamner les dirigeants à combler le passif uniquement à hauteur du dommage réellement causé par leur faute. ⁷⁴

60. C'est en l'espèce, le raisonnement que la cour d'appel a adopté en rejetant la condamnation des administrateurs à l'entière de l'insuffisance d'actif et en ne les condamnant à combler le passif de la société qu'à hauteur du montant de la distribution fautive.

E. Responsabilité des actionnaires

61. Sous l'empire du Code des sociétés, le principe dans les sociétés à responsabilité limitée reste celui de la responsabilité des actionnaires limitée au montant de leurs apports. ⁷⁵ Les actionnaires restent cependant soumis comme tout sujet de droit à la responsabilité de droit commun et, par conséquent, s'ils commettent des fautes dans l'exercice de leurs prérogatives en tant qu'actionnaires, ils sont susceptibles de voir leur responsabilité quasi-délictuelle mise en cause. ⁷⁶

62. La sanction la plus évidente en cas de distribution de dividendes en violation des dispositions légales applicables est le remboursement du dividende indûment perçu. ⁷⁷

Le Code des sociétés disposait de la sorte d'une sanction spécifique à l'égard des actionnaires et bénéficiaires de la distribution. Toute distribution réalisée en violation des limites relatives aux bénéfices distribuables était sujette à une obligation de restitution du dividende indûment perçu si les actionnaires bénéficiaires de cette distribution étaient de mauvaise foi, soit qu'ils connaissaient l'irrégularité, ou lorsqu'ils l'avaient perçue fautivement, soit qu'ils ne pouvaient ignorer l'irrégularité compte tenu des circonstances. ⁷⁸ C'est à la société qu'il appartenait, par le biais de son organe d'administration, de prouver la connaissance ou la faute du bénéficiaire. ⁷⁹

72. Traduction libre du passage suivant de l'arrêt : « wist dat zij als meerderheidsaandeelhouder (3.577 aandelen op 4.207 aandelen [...]) de beslissing om een maximaal dividend uit te keren, via de algemene vergadering van BVBA Carir Cartonage zou goedkeuren ».

73. J. RONSE, o.c., p. 304.

74. F. DE LEO, « Aansprakelijkheid van bestuurders en insolventiefunctionarissen », in *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Larcier Intersentia, 1^{re} éd., 2021 p. 390.

75. Art. 210 pour les SPRL, 350 pour les SC et 437 pour les SA.

76. N. TISSOT et B. DOULEY, « La responsabilité des promoteurs d'une personne morale en formation, des fondateurs et des actionnaires », in J. HENRI (dir.), *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 30.

77. R. TAS, o.c., p. 299, n° 413.

78. Art. 320, § 2, 429, § 2 et 619 C. soc. resp. pour les SPRL, les SCRL et les SA.

79. R. TAS, o.c. p. 299 ; M. MASSAGE, o.c., n° 122, p. 172.

63. Cette obligation de restitution prévue par le Code des sociétés était dès lors limitée sur deux plans essentiels.

D'une part, seule la violation des dispositions relatives aux bénéfices distribuables était couverte par l'obligation de restitution. Les distributions effectuées en violation d'autres dispositions légales ou qui n'étaient pas dans l'intérêt de la société n'étaient pas sujettes à cette base spécifique de restitution.

D'autre part, l'obligation de restitution ne jouait qu'à l'encontre des bénéficiaires de mauvaise foi ou en cas de distribution manifestement entachée d'une irrégularité à tel point que les bénéficiaires ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.

64. Ces deux limitations entraînaient des difficultés pratiques de mise en œuvre.

Si nous prenons par exemple les faits ayant donné lieu aux deux arrêts objet de la présente note, la distribution au centre des discussions a été effectuée – c'est en tout cas ce que considère la cour d'appel – dans les limites des sommes distribuables, de sorte qu'aucune irrégularité ne peut en principe être invoquée pour justifier une obligation de restitution à l'encontre des bénéficiaires de la distribution. Cependant, ce raisonnement peut être inversé en considérant, comme évoqué ci-dessus (voy. n° 22), que la plus-value de réévaluation constatée n'était pas conforme aux exigences légales pour sa comptabilisation et que l'actif net était dès lors manifestement surévalué. Même à supposer que la plus-value ait été valablement constatée, elle ne devait en tout état de cause pas être prise en compte dans le calcul de l'actif net. Un tel raisonnement aurait dû conduire la cour à considérer que la distribution était bien illégale, car effectuée au-delà des sommes distribuables, ce qui ouvrait alors la voie à la possibilité d'une restitution à charge des bénéficiaires.

Ensuite, même en supposant que la distribution était illégale, il restait encore à démontrer que les bénéficiaires savaient ou ne pouvaient ignorer que la distribution était illégale pour que la restitution puisse être mise en œuvre. On voit immédiatement les difficultés que peut présenter un tel exercice. Dans quelle mesure en effet un actionnaire est-il censé vérifier l'exactitude des comptes annuels qui lui sont présentés et le respect de l'affectation du résultat dans les limites légales ?

En l'espèce, la démonstration aurait toutefois été plus aisée dans la mesure où, comme le relève également la cour d'appel, l'administrateur qui a établi les comptes annuels et fait la proposition d'affectation du résultat à l'assemblée est également l'actionnaire (largement) majoritaire et le bénéficiaire de la distribution.

65. Les actionnaires peuvent également être tenus responsables sur la base de leur responsabilité quasi-délictuelle lorsque la décision de distribuer un dividende est abusive et, partant, fautive.⁸⁰

L'exercice du droit de vote à des fins autres que l'intérêt de la société n'est pas nécessairement abusif en raison de la double nature du droit de vote dans les assemblées générales, qui est à la fois un droit-fonction et une prérogative. Les actionnaires peuvent tenir compte de l'intérêt de la société lorsqu'ils exercent leur droit de vote (droit fonction), mais ils peuvent également tenir compte de leur intérêt personnel (prérogative).

Un vote est considéré comme abusif s'il poursuit clairement des intérêts personnels au détriment (sans contrepartie proportionnée) des intérêts de la société. En d'autres termes, le vote d'un actionnaire est considéré comme abusif, et l'actionnaire potentiellement responsable, si son vote donne la priorité à ses intérêts personnels dans une mesure qui dépasse les limites dans lesquelles un actionnaire normalement prudent et diligent se serait comporté.

66. Dans les hypothèses discutées ci-avant, le test de l'actif net est satisfait, si bien que la société ne pourra en principe pas intenter d'action en restitution contre les bénéficiaires de ces distributions, puisque ces dernières sont réalisées dans les limites légales. Un parallèle intéressant peut cependant être fait à cet égard avec la décision rendue par le tribunal de l'entreprise de Liège le 26 novembre 2013. Dans ce litige, les employés de la société Meister Coordination Center s'opposaient à l'actionnaire de la société (récemment rachetée), qu'ils considéraient comme s'étant désintéressé des affaires de la société, la marginalisant par rapport aux autres sociétés du groupe. Ils reprochaient notamment à l'actionnaire la distribution d'un

80. P. COLLE et P. DE WOLF, « La protection financière des tiers moyens de contrôle et d'action », *Rev. prat. soc.*, 2015/3-4, p. 672.

dividende à son profit (qui fut ensuite compensée par une dette de l'actionnaire à l'égard de la société) à un moment où cette dernière était confrontée à des problèmes de trésorerie.⁸¹ Dans cette affaire, le tribunal, après avoir constaté que la distribution de dividendes répondait aux exigences légales et après avoir reconnu qu'une telle décision est une décision politique ou de pure opportunité appartenant à l'assemblée générale et pour laquelle le juge doit respecter le principe d'immixtion minimale, considéra que cette décision peut être déclarée illégale sur la base d'un abus de droit lorsqu'elle est prise en méconnaissance de l'intérêt social de la société.⁸²

IV. REMISE EN PERSPECTIVE. LA SUPPRESSION DU CAPITAL DANS LES SRL ET LES SC À LA SUITE DE L'INTRODUCTION DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS

67. Avant de conclure cette analyse, il convient encore de replacer les deux arrêts en question dans le contexte juridique actuel.

68. La législation relative à l'action en comblement de passif à l'égard des administrateurs d'une société en faillite n'a pas subi de modifications substantielles depuis les faits qui ont conduit aux décisions de la cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation traités dans la présente note. Les enseignements de ces décisions relativement à cette forme particulière de responsabilité des administrateurs de société restent donc pleinement applicables.

69. En revanche, l'introduction du Code des sociétés et des associations en droit positif belge, en remplacement du Code des sociétés, véritable « big-bang » d'un nouveau cadre normatif, a entraîné une transformation radicale de certains principes établis de longue date.

70. A cet égard, la suppression du capital pour les sociétés à responsabilité limitée (anciennement sociétés privées à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives a eu de nombreuses répercussions sur les dispositions impératives et supplétives applicables à cette forme de société. Les dispositions relatives au maintien du capital, devenues obsolètes en raison de la suppression du capital, ont dû être adaptées afin de cadrer au mieux avec cette nouvelle réalité, tout en continuant de jouer leur rôle crucial dans la protection des créanciers de ces sociétés.

71. Ainsi, en vue de protéger les créanciers de ces formes de sociétés désormais dépourvues de capital, le législateur a introduit dans le droit positif belge l'obligation de procéder à un double test avant que toute distribution ne soit effective. À côté de l'obligation de procéder à un test de l'actif net⁸³, dont les principes restent en substance inchangés par rapport au régime antérieur sous réserve des adaptations nécessaires à la suite de la suppression du capital pour les sociétés à responsabilité limitée, le législateur a introduit l'obligation à charge de l'organe d'administration de procéder à un test dit « de liquidité » avant que la décision de distribution ne puisse prendre ses effets.^{84, 85}

72. Désormais, pour ces formes de sociétés, la décision de mettre en paiement le dividende (voy n° 45 *supra*), tel que décrété par l'assemblée générale, relève de l'organe d'administration, qui justifie sa décision dans un rapport spécial rédigé pour l'occasion. Si celui-ci constate que les flux de trésoreries de la société sur un horizon de temps de 12 mois ne permettront pas à la société d'assumer ses obligations à la suite de la mise en paiement du dividende, la décision de l'assemblée générale de distribuer un dividende ne peut pas prendre effet (entendez, le dividende ne peut pas être mis en paiement). Cela ne signifie pas pour autant que la décision de l'assemblée générale de distribuer un dividende devient nulle, mais elle ne pourra pas prendre effet. Il se peut très bien que les liquidités de la société s'améliorent par la suite et que le paiement du dividende devienne dès lors possible sans mettre en péril sa capacité de s'acquitter de ses dettes.

81. Les similitudes avec l'affaire objet de la présente note sont frappantes.

82. Liège (14^e ch.), 23 septembre 2014. Note sous référé devant Entr. Liège, 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014/3, p. 333.

83. Art. 5:142 CSA.

84. Art. 5:143 CSA.

85. L'objet de ce test consiste pour l'organe d'administration à s'assurer que la distribution ne mette pas en péril la trésorerie de la société sur un horizon de 12 mois.

73. La nouvelle tâche confiée à l'organe d'administration des sociétés sans capital de vérifier si la distribution ne préjudicie pas la capacité de la société de s'acquitter de ses dettes s'accompagne d'une responsabilité particulière : si les administrateurs qui ont mis le dividende en paiement savaient ou, au vu des circonstances, devaient savoir que le test de liquidité n'était pas satisfait, ils sont solidairement responsables envers la société et les tiers de tous les dommages qui en résultent.⁸⁶

Cette responsabilité solidaire spécifique se rapproche de la responsabilité solidaire de l'organe d'administration collégial ou de la responsabilité des administrateurs en cas de violation du Code des sociétés et des associations ou des statuts prévue à l'article 2:56 du Code des sociétés et des associations.⁸⁷

Elle s'en distingue cependant sur un point essentiel. Alors que la disposition générale sur la responsabilité des administrateurs prévoit la possibilité d'une décharge de responsabilité en faveur des administrateurs qui n'ont pas pris part à la faute et qui l'ont dénoncée, force est de constater qu'une telle possibilité de décharge n'est pas expressément prévue dans le cas de la responsabilité solidaire pour violation du test de solvabilité et de liquidité.

Faut-il y voir là une intention du législateur de ne pas prévoir une décharge similaire dans le cas d'une violation du double test de distribution ou à l'inverse une volonté de soumettre cette responsabilité spécifique au principe général de responsabilité des administrateurs prévu par l'article 2:56 du Code des sociétés et des associations, et partant à la décharge qui y est prévue ? S'agissant d'une *lex specialis*, certains considèrent que la décharge n'y figurant pas *expressis verbis*, il faut y voir la volonté du législateur de ne pas prévoir la faculté de dénonciation pour échapper à la responsabilité solidaire.⁸⁸ Une interprétation plus libérale de la disposition ne voit pas de justification à une telle distinction.⁸⁹ Une clarification de la part du législateur serait bienvenue.⁹⁰ La distinction entre les deux régimes est en effet difficilement justifiable, d'autant plus lorsque l'on a à l'esprit que pour les sociétés anonymes, en l'absence de dispositions spécifiques, c'est le régime général de la responsabilité qui trouve à s'appliquer⁹¹ et par conséquent la possibilité de décharge en cas de non-participation et de dénonciation.

74. En effet, la notion de capital ayant été maintenue pour les sociétés anonymes, les modifications apportées à la disposition relative aux bénéfices distribuables d'une société anonyme procède plus d'une actualisation et clarification de la disposition du Code des sociétés⁹² que d'une véritable révolution. Le régime des sociétés anonymes étant encadré par la deuxième directive européenne sur le droit des sociétés, le législateur belge disposait en effet d'une marge de manœuvre limitée à cet égard.⁹³ Rien n'empêchait cependant le législateur de compléter le dispositif existant d'un test de liquidité similaire à celui introduit pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives.⁹⁴

L'absence de test spécifique ne signifie pas pour autant que l'influence d'une distribution sur les liquidités d'une société anonyme ne doit pas être prise en compte. Les administrateurs d'une société anonyme restent en effet soumis au devoir général de prudence⁹⁵ et peuvent être tenus responsables des fautes commises dans leur gestion⁹⁶ ou, le cas échéant, pour faute aquilienne, si leur comportement ne respecte pas la norme générale de prudence et de diligence. Comme c'était le cas sous l'empire du Code des sociétés, il appartiendra donc aux administrateurs d'une société anonyme de vérifier, avant le paiement d'un dividende décidé par l'assemblée générale, si la mise en paiement de ce dividende est prudente compte tenu des perspectives de liquidités de la société.

86. Art. 5:144 CSA.

87. Art. 2:56 CSA.

88. H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », in E. POTTIER (dir.), *Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ? / Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, 1^{re} éd., Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 89, n° 33 ; D. BRULOOT, « Aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitkeringen aan de aandeelhouders in de NV en de BV », in R. JAFFERALI et al. (ed.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 988-989, n° 23.

89. R. TAS et O. ROODHOOF, « Conceptueel verschillend, functioneel vergelijkbaar ? Uitkeringstesten in de BV, CV en NV onder het WVV, Themis 117, *Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 2021.

90. M. WYCKAERT, « 't Amendement. De bestuurder die zich verantwoordelijk gedraagt bij de toetsing van een winstuitkering in de BV en de CV moet geen aansprakelijkheid dragen », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/5, pp. 459-460.

91. Dans une société anonyme, une distribution réalisée en violation du test de l'actif net verra la responsabilité solidaire du conseil d'administration engagée pour violation du Code des sociétés et des associations, tandis qu'une distribution mise en paiement alors que les liquidités de la société ne le permettent pas entraînera la responsabilité solidaire du conseil d'administration pour faute de gestion ou, le cas échéant, sur la base de la responsabilité pour faute aquilienne.

92. Avis CNC 2021/02 – Répartition du bénéfice au sein des SA, avis du 9 décembre 2020.

93. D. BRULOOT, « Aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitkeringen aan de aandeelhouders in de NV en de BV », in R. JAFFERALI et al. (ed.), *Entre tradition et pragmatisme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 993, n° 34.

94. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Intersentia, p. 726.

95. Art. 2:51 CSA.

96. Art. 2:56 CSA.

75. Les singularités entre les régimes applicables aux sociétés avec capital du régime applicable aux sociétés sans capital sont également marquées en matière de restitution de dividende indûment perçus.

76. Alors que la restitution d'un dividende distribué en violation du test de l'actif net et du test de liquidité à l'encontre des actionnaires ou bénéficiaires de la distribution peut désormais être mise en œuvre, que les personnes en question soient de bonne ou de mauvaise foi⁹⁷, cette faculté n'est ouverte dans les sociétés anonymes que si la société prouve que les bénéficiaires étaient informés de l'irrégularité ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.⁹⁸ Or, permettre la restitution dans la société anonyme sans prendre en compte la bonne ou mauvaise foi des bénéficiaires aurait permis une meilleure protection des créanciers de la société, objectif ultime de la directive sur les sociétés.⁹⁹

77. Ensuite, seule une violation du test de solvabilité ou des dispositions relatives au paiement d'un acompte sur dividende permet à la société anonyme d'invoquer la restitution du dividende illégal auprès des bénéficiaires. Il s'ensuit qu'une distribution qui satisfait au test de solvabilité mais met en péril la capacité de la société à faire face à ses obligations futures ne pourra pas faire l'objet d'une restitution auprès des bénéficiaires et ne pourra entraîner que la mise en cause de la responsabilité solidaire des administrateurs de la société pour violation du principe de gestion prudente.

78. Enfin, la possibilité de réclamer le remboursement d'un dividende illégalement distribué par une société à responsabilité limitée n'est, selon la disposition en question, ouverte que si la distribution a été effectuée en violation des articles 5:142 et 5:143 du Code des sociétés et des associations. On est en droit de se demander dans quelle mesure la mise en œuvre de la restitution implique une violation cumulative du test de solvabilité et du test de liquidité, ou si la violation de l'un d'entre eux suffit à ouvrir la porte à un droit à restitution. Le droit à restitution de la société étant considéré non pas comme un mécanisme de sanction mais comme un mécanisme d'application du respect des principes de rang des créanciers¹⁰⁰, il est raisonnable de supposer que la violation d'un seul des deux critères pourrait entraîner l'obligation pour les bénéficiaires à procéder à la restitution.

V. CONCLUSION

79. En conclusion, les arrêts de la cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation apportent un éclairage précieux sur les interactions complexes entre la responsabilité des administrateurs et des actionnaires dans le cadre d'une distribution de dividendes, singulièrement en cas de faillite ultérieure de la société.

80. Ils réaffirment tout d'abord que la responsabilité de l'organe d'administration dans ce contexte ne se limite pas à une simple vérification du respect des critères légaux de la distribution, mais implique également une évaluation plus large de l'influence d'une distribution sur la situation financière de la société, et plus précisément, sur sa liquidité.

La reconnaissance de l'existence d'une faute grave et caractérisée dans le chef des administrateurs, alors même que les conditions légales pour procéder à une distribution sont réunies, souligne ainsi la tendance accrue des juridictions à renforcer la protection des créanciers contre des pratiques qui, bien que conformes aux prescriptions légales, peuvent s'avérer préjudiciables à la pérennité de la société. La reconnaissance par la Cour de cassation d'une telle faute grave et caractérisée dans le chef d'administrateur ayant respecté les dispositions légales applicables met en avant l'obligation de prudence qui pèse sur ces derniers dans le cadre de leur gestion et la responsabilité qui leur incombe quant à la préservation des intérêts à long terme de la société.

97. Les dispositions similaires sous l'ère du Code des sociétés ne prévoyaient une faculté de restitution que lorsque les bénéficiaires connaissaient l'irrégularité ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances

98. Art. 7:214 CSA.

99. D. BRULOOT, o.c., p. 996, n° 39.

100. D. BRULOOT et H. CULOT, « De kapitaalzoze BV – La SRL sans capital », in *Le projet de Code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 111, n° 40.

Cette obligation de prudence et de diligence des administrateurs en cas de distribution de dividendes a été encore renforcée depuis l'introduction du Code des sociétés et des associations, qui conscientise et responsabilise désormais expressément les administrateurs des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives en leur imposant l'obligation d'analyser l'incidence de toute distribution sur la liquidité de la société avant que cette décision ne puisse prendre effet.

81. Cependant, ces arrêts sont critiquables sur plusieurs points. Le lien de causalité, entendu dans le cadre d'une action en comblement du passif comme étant le fait que la faute a contribué à la faillite, reconnu en l'espèce, s'avère particulièrement ténu, compte tenu du fait que l'organe d'administration se contente de faire une proposition de distribution à l'assemblée générale et que cette dernière peut très bien s'en distancer en décidant de ne pas procéder à la distribution ou en décidant de distribuer plus ou moins que la proposition faite par l'organe d'administration. Dans ce cas, peut-on encore considérer que la décision de l'organe d'administration de proposer à l'assemblée générale de procéder à une distribution a contribué à la faillite ?