

sur les sociétés commerciales a été abordée Ion; des assemblées générales des 18 mai 1995 et 17 mai 1996 à l'occasion desquelles il fut décidé de poursuivre les activités tout en demandant au conseil d'administration de prendre «toutes les actions possibles afin de réduire les frais généraux et de réduire les pertes»;

Attendu qu'il résulte des pièces jointes au rapport d'expertise établi par le bureau B.D.O. que non seulement les administrateurs ont suivi ce près l'évolution des affaires de P.H.M. en établissant des analyses qui révéleront entre autres un pourcentage élevé d'heures improductives et diverses recommandations en vue de redresser la société;

que deux plans de redressement seront élaborés;

qu'il sera également décidé

- en 1995, de refuser les commandes présentant une marge inférieure de 20 %,
- de procéder au licenciement d'un ouvrier et deux employés à la fin de l'année 1995, mesure dont les effets seront neutralisés par la transformation en contrat d'employé du contrat d'un ouvrier et par une augmentation globale des salaires, à la suite d'une revalorisation sectorielle,
- de porter le taux horaire de facturation de 1 680 BEF à 1 830 BEF de l'heure en janvier 1997,
- de réduire le coût de la location des immeubles et machines ainsi que les frais de tenue de la comptabilité,
- de refacturer à C.T.D. une partie des frais d'administration et de direction,
- de rechercher par l'intermédiaire de C.T.D. de nouveaux marchés étrangers;

que la délocalisation de l'entreprise fut également envisagée mais le projet dut être abandonné en raison du coût du déménagement et de la perte du chiffre d'affaires résultant de la fermeture de l'entreprise pendant le déménagement;

que des négociations ont été menées avec le personnel dans le but d'obtenir le remplacement de la prime d'ancienneté par une assurance groupe ou une participation dans la société mais qu'elles n'ont pas abouti;

qu'en désespoir de cause, une augmentation de capital sera envisagée; que celle-ci

n'ayant pu aboutir, il sera décidé de déposer le bilan lors de l'assemblée générale du 13 juin 1997;

Attendu qu'avec le recul du temps, il apparaît que les administrateurs de P.H.M. ont manqué de lucidité; qu'ils ont cru à tort dans les chances de redressement de leur entreprise; qu'il s'agit là d'une faute de gestion qui ne présente toutefois pas le caractère de gravité requis par l'article 530 du Code de sociétés car il n'y a pas eu dans leur chef de volonté délibérée de financer le fonctionnement de l'entreprise par le non-paiement des charges fiscales et sociales;

qu'ils ont longtemps espéré en effet l'intervention de la Région wallonne dont ils évaluent la hauteur à six millions d'anciens francs qui leur avait été promise par le curateur de Precision Hard Materials, par la F.G.T.B. ainsi que, semble-t-il, par le président du tribunal de commerce de Liège;

Par ces motifs,

La cour,

Statuant contradictoirement,

Reçoit les appels,

Réformant le jugement entrepris sauf en ce qu'il reçoit les demandes et déboute le curateur de son action contre les s.a. C.T.D. et Rovest et Johannes Broos, la rejette également en ce qu'elle est dirigée contre Eric Lauryssen, Edward Patteet et la s.a. Merge.

Action en comblement du passif et appréciation de la faute

a) L'arrêt

1. La s.a. P.H.M. fut constituée en 1993 pour la fabrication et le commerce de gros de pièces de précision. Son capital avait été entièrement libéré, d'une part par la s.a. C.T.D. et, d'autre part, par la s.a. Rovest. Les trois sociétés précitées fonctionnaient de la manière suivante : la s.a. C.T.D. fournissait les matières premières, la s.a. Rovest offrait en location le matériel et le bâtiment tandis que la fabrication était dévolue à la s.a. P.H.M. Les produits finis étaient ensuite achetés par la s.a. C.T.D., unique client de la s.a. P.H.M.

Quatre années après sa constitution, la s.a. P.H.M. fut déclarée en faillite. Au terme de la procédure de vérification des créances, il apparut que le seul élément d'actif de cette société s'élevait à 1 500 000 BEF, pour un passif de 23 560 802 BEF. Sur la base de l'article 63^{ter} des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (devenu l'article 530 du Code des sociétés), le curateur sollicita la condamnation solidaire des administrateurs de la s.a. P.H.M. A prendre en charge l'insuffisance d'actif de la société faillie. Furent également mis à la cause, en tant qu'administrateurs de fait, les s.a. C.T.D. et Rovest. Enfin, le curateur cita devant le tribunal de commerce l'administrateur-délégué d'une quatrième société (la s.a. E-Merge), laquelle était à la fois administratrice de la s.a. P.H.M. et actionnaire principal de la s.a. C.T.D. Afin de voir reconnaître la qualité d'administrateur de fait dans le chef des parties précitées, le curateur soutenait que l'on se trouvait en présence d'une «division artificielle d'une même entité patrimoniale», les citées ayant «participé aux fautes commises par les organes de P.H.M. en mettant en place un système artificiel de déconstruction d'une entreprise, en conservant les bénéfices et en délaissant les pertes à P.H.M. et partant, à la masse des créanciers».

2. Le tribunal de commerce retint seulement la responsabilité des administrateurs de droit, aux motifs que la seule constatation selon laquelle P.H.M. avait, durant trois années consécutives, facturé ses prestations à un prix inférieur à leur coût de revient «suffit pour retenir la faute grave et caractérisée»; la «poursuite d'une activité gravement déficitaire au mépris des créanciers constituant une faute grave et caractérisée». Selon le tribunal, cette gestion avait inévitablement conduit à la faillite, les administrateurs ne justifiant en outre «avoir pris aucune mesure de redressement pour remédier au déficit structurel».

La cour d'appel considéra que la politique de commercialisation à des conditions désavantageuses et l'importance du passif social et

fiscal avaient causé la faillite. A titre principal, et conformément à sa jurisprudence antérieure⁽¹⁾, la cour constata l'existence d'une faute de gestion dans le chef des administrateurs. En revanche, elle refusa de voir dans ces fautes une faute grave et caractérisée au sens de l'article 530 du Code des sociétés.

3. L'arrêt annoté offre une application claire et structurée des modalités de mise en œuvre de l'action en comblement du passif portée par l'article 530 du Code des sociétés. Son analyse permet de rappeler brièvement ces notions.

b) Les conditions de l'action en comblement du passif

4. L'article 530 du Code des sociétés⁽²⁾ – ancien article 63^{ter} des lois coordonnées sur les sociétés commerciales – est une disposition issue de la loi dite de «réorientation économique» du 4 août 1978, laquelle avait notamment pour objet de renforcer les moyens mis à la disposition des créanciers pour «percer» la carapace juridique de la personnalité morale et augmenter la masse à partager.

Cet article stipule qu'en cas de faillite, et s'il est établi que l'actif est insuffisant pour apurer les dettes de la société, les administrateurs ou gérants – de droit ou de fait – qui ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite peuvent être tenus avec ou sans solidarité de couvrir les dettes de la société, en tout ou en partie, à concurrence de l'insuffisance d'actif.

5. L'intentement de l'action suppose que la faillite de la société ait été prononcée. Il suffit que le principe même de l'insuffisance d'actif soit établi pour que l'action puisse être mise en œuvre, même si la mesure exacte de celle-ci n'est susceptible d'être déterminée que lors de la clôture de la faillite. En d'autres termes il convient qu'il apparaisse clairement que l'actif sera insuffisant pour payer les créanciers sociaux⁽³⁾.

(1) Liège, 7^e ch., 11 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 194.

(2) Cet article ne concerne que les sociétés anonymes. Voy. pour les s.p.r.l. l'article 265 du Code des sociétés, et pour les s.c.r.l. l'article 409 du Code des sociétés.

(3) I. VERUGSTRAETE, «L'action en comblement du passif (art. 63^{ter} L.C.S.C.)», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 431.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites ⁽⁴⁾, l'action était réservée au curateur. Elle est aujourd'hui également recevable à la requête des créanciers lésés. Le montant alloué par le juge saisi dans le cadre d'une action intentée par un créancier lésé sera limité au préjudice subi par le créancier agissant ⁽⁵⁾. La loi prévoit que «le créancier qui intente l'action en informe le curateur». Ce dernier a la faculté d'intervenir volontairement à la procédure ou d'intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

6. Sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur cette base non seulement les administrateurs valablement investis du pouvoir d'administrer la société, mais également toute personne ayant, en fait, exercé des prérogatives d'administration au sein de la société.

Le dirigeant de fait est celui qui exerce une activité de gestion en toute souveraineté et indépendance sans avoir, comme le rappelle la cour d'appel, été régulièrement investi des pouvoirs nécessaires à cette fin.

7. L'article 530 du Code des sociétés subordonne la mise en cause de la responsabilité des administrateurs à l'existence dans leur chef d'une «faute grave et caractérisée», notion aux contours mal définis.

De manière générale, la faute caractérisée est considérée comme celle qui doit apparaître telle aux yeux de tous, et dans l'appréciation de laquelle il est fait recommandation au juge de ne pas, «faisant preuve d'une sagesse que lui a donné l'écoulement du temps, igno-

rer les difficiles appréciations de fait auxquelles a dû se livrer l'administrateur au moment de l'accomplissement de l'acte litigieux» ⁽⁶⁾. Il est fréquemment fait appel dans la jurisprudence à ce principe d'interprétation, destiné à tempérer la sévérité de la responsabilité mise en place et à l'adapter aux exigences de la vie économique ⁽⁷⁾.

La faute grave est définie comme «celle que n'aurait pas commise le dirigeant raisonnablement diligent et prudent et qui heurte les normes essentielles de la vie en société». Elle se rapproche le plus de la faute lourde, voisine du dol ⁽⁸⁾.

La notion de faute s'apprécie non pas au regard de «l'élément subjectif découlant de la conscience que l'auteur de la faute a eu ou dû avoir du caractère illicite de son comportement et de ses conséquences dommageables» mais en fonction de l'importance du «standard de comportement dont la violation est dénoncée» ⁽⁹⁾. Le tribunal de commerce de Charleroi l'a néanmoins définie comme étant la «faute impardonnable, dont l'auteur devait être conscient qu'elle contribuerait à la faillite de la société» ⁽¹⁰⁾.

Les deux critères combinés signifient, selon I. VEROUGSTRAETE, que l'acte litigieux doit être perçu par tous comme une faute que n'aurait pas commise le dirigeant raisonnablement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, et qui heurte les normes essentielles de la vie en société ⁽¹¹⁾.

Enfin, la faute grave et caractérisée doit avoir *contribué* à la faillite, sans qu'elle doive donc en être la cause unique ou immédiate. Il appartient au demandeur d'apporter la preuve

⁽⁴⁾ M.B., 21 septembre 2002, pp. 42 928 et s.

⁽⁵⁾ Article 530, alinéa 2, du Code des sociétés. Autrefois, bien que le texte légal ne le stipulait pas expressément, jurisprudence et doctrine s'accordaient pour reconnaître au curateur un monopole pour la mise en œuvre de cette action. Voy. à ce sujet notamment L. Dabin et A. Benoit-Moury, *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. 6, 23 octobre 1986, p. 149; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 23; D. MATRAY, «Les responsabilités des administrateurs et gérants des s.a., s.p.r.l. et s.c.», *Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, 2^e éd., 1998, livr. 24, p. 33, n° 370 et mise à jour intermédiaire, 26 août 2002, p. 9, et, par exemple, Bruxelles, 10 février 1997, R.P.S., 1997, p. 155, note W. DERIJCKE.

⁽⁶⁾ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 423.

⁽⁷⁾ Comm. Termonde, sect. Alost, 5 septembre 1997, T.G.R., 1998, p. 75; Liège, 7^e ch., 4 avril 2000, J.L.M.B., 2002, livr. 19, p. 820; Gand, 21 décembre 2000, R.D.C., 2001, p. 739.

⁽⁸⁾ J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», R.P.S., 1979, p. 292.

⁽⁹⁾ P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1979 à 1990)», R.C.J.B., 1993, p. 789.

⁽¹⁰⁾ Comm. Charleroi, 1^{re} ch., 8 septembre 1992, R.P.S., 1993, p. 330.

⁽¹¹⁾ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 434.

de ce lien. En revanche, il n'aura pas à démontrer de lien entre la faute et l'insuffisance d'actif. Le dirigeant est en effet présumé, si sa faute a contribué à la faillite, être responsable de l'insuffisance d'actif⁽¹²⁾. En outre, il ne pourra échapper à sa responsabilité en invoquant la décharge qui lui aurait été donnée par l'assemblée générale car la responsabilité de l'article 530 du Code des sociétés est une responsabilité quasi délictuelle du dirigeant envers les créanciers⁽¹³⁾.

c) L'appréciation par la cour de l'existence d'une faute grave et caractérisée

8. L'appréciation par la cour, en l'espèce, de l'existence d'une faute grave et caractérisée présente un intérêt particulier.

Le tribunal de commerce avait jugé que le seul fait de commercialiser des produits à un prix inférieur à leur coût de revient constituait, dans le chef des administrateurs de la société faillie, une faute grave et caractérisée entraînant la mise en cause de leur responsabilité. Cette faute consistait en la poursuite d'une activité déficitaire au mépris de l'intérêt des créanciers⁽¹⁴⁾.

La cour constate tout d'abord qu'avec le recul du temps, il apparaît indiscutable que la faillite de la s.a. P.H.M. trouve sa cause dans le fait que ses produits étaient commercialisés à une valeur de marché inférieure à leur coût de revient.

Mais elle se livre ensuite à l'examen des difficultés qui ont entouré la naissance et la vie de l'entreprise, ainsi que du comportement et des mesures prises par les administrateurs pour y remédier. Elle constate notamment l'importance du passif social et fiscal dans les dettes de la société.

Enfin, elle conclut que s'il apparaît que les administrateurs ont manqué de lucidité en ce qu'ils ont cru à tort dans les chances de redressement de l'entreprise, il s'agit là d'une faute de gestion. Néanmoins, cette faute ne

présente pas le critère de gravité requis, en l'absence de volonté délibérée dans leur chef de financer le fonctionnement de l'entreprise par le non-paiement des charges sociales et fiscales.

Ce raisonnement illustre l'observation selon laquelle les conditions posées par l'article 530 du Code des sociétés bouleversent les principes traditionnels du droit de la responsabilité. En effet, alors que la faute légère suffit pour engager la responsabilité aquilienne dans le cadre de l'article 1382 du Code civil, voire la faute de gestion – laquelle n'est cependant pas susceptible d'entraîner la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des tiers – ici, le Code exige une faute grave et caractérisée. Certains auteurs en ont déduit que l'article 530 du Code des sociétés instaurait un régime de responsabilité non pas « aggravée » mais allégée⁽¹⁵⁾.

En l'espèce, au regard de la jurisprudence antérieure relative à la poursuite d'une activité déficitaire dans le cadre d'une société ultérieurement déclarée en faillite, il semble bien que les administrateurs cités risquaient de voir leur responsabilité reconnue⁽¹⁶⁾.

En effet, comme le notent P. COPPENS et F. T'KINT, la « prolongation malsaine d'activités déficitaires est le domaine où la faute de gestion devient rapidement grave et caractérisée ». Et de citer, en le qualifiant de « fort tolérant », un arrêt dans lequel la cour d'appel de Gand avait considéré que la continuation d'activité en perte croissante, consistant en l'accomplissement au profit d'une société sœur de prestations dans des conditions désavantageuses mais sans la preuve complète qu'elles le fussent vraiment, ne constituait pas une faute grave et caractérisée au motif que la poursuite de l'activité n'apparaissait pas comme étant manifestement déraisonnable.

De la même manière, la cour d'appel de Liège a opté pour une appréciation de fait. Contrairement au jugement entrepris, la cour évite la transposition d'une jurisprudence

⁽¹²⁾ Voy. notamment en ce sens Comm. Liège, 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 218.

⁽¹³⁾ C. JASSOGNE, *Traité pratique de droit commercial*, Bruxelles, Kluwer, 1992, p. 535, n° 632.

⁽¹⁴⁾ Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 329.

⁽¹⁵⁾ J. Windey, « Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs », *R.D.C.*, 2001, p. 311.

⁽¹⁶⁾ Mons, 20 mai 1985, *R.P.S.*, 1985, p. 221; Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201, obs. C. PARMENTIER.

adoptée dans le cadre d'une espèce particulière, pour privilégier une application circonstanciée, cas par cas, des critères d'appréciation de la faute. Ainsi que le souligne W. DERIJCKE, l'on ne peut, dans le cadre de l'étude de la responsabilité des administrateurs, s'empêcher d'être tenté de s'élever à un certain degré d'abstraction, et pourtant, chaque action en comblement du passif est spécifique⁽¹⁷⁾.

D'autre part, elle se refuse fermement à une analyse *a posteriori* de certaines initiatives, évitant de tomber dans le travers qu'elle dénonce, consistant à «...substituer sa propre appréciation à celle des administrateurs», après «...un long examen et au vu d'un rapport d'expertise...».

L'arrêt qui nous occupe pourrait dès lors être également qualifié de «fort tolérant».

Néanmoins, il convient de nuancer cette affirmation. La tentation de porter un jugement *a posteriori* sur les décisions prises par un administrateur est permanente. Le critère d'appréciation imposé au juge le limite en outre à ne sanctionner qu'à la marge de l'action des dirigeants⁽¹⁸⁾.

La décision de la cour d'appel ne représente-t-elle dès lors pas, plutôt qu'une particulière tolérance à l'égard du comportement des administrateurs, une application remarquablement sage des principes qui doivent guider le juge dans l'appréciation de la faute, et qui lui imposent de se garder des «réexamens abusifs, dans un prétoire, de politiques qui ont dû être définies dans le feu de l'action»?

Déborah GOL⁽¹⁹⁾

⁽¹⁷⁾ W. DERIJCKE, «Action en comblement du passif et atrophie de l'actif net : chrestomathie», *R.P.S.*, 1999, p. 168.

⁽¹⁸⁾ J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 2^e éd. de l'ouvrage d'Olivier RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 239, n° 136.

⁽¹⁹⁾ Assistance à la Faculté de droit de l'Université de Liège, avocate au barreau de Liège.