

La responsabilité des dirigeants de société : les avancées jurisprudentielles (1^{re} partie)

Romain Sabatier

Avocat Associé, NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.

Méryl Herat

Juriste, NautaDutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.

Les récents développements qui ont marqué la place du Luxembourg et l'inévitable renforcement de la substance dans les structures de financement ou d'acquisition mises en place au Grand-Duché de Luxembourg, nous ont amenés à nous intéresser de plus près au rôle des gérants et administrateurs de ces structures et, plus précisément, aux charges et aux obligations qu'impose l'acceptation d'un mandat de dirigeant. L'accroissement des responsabilités mises à la charge des dirigeants¹ s'explique par l'intensification des débats sur la substance et la *corporate governance*, mais également par la nécessité pour le législateur, et ce malgré l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales avec la loi du 3 mars 2010, de responsabiliser une personne physique capable d'influer effectivement sur le développement de la société et sur son respect de la législation en vigueur. Chaque professionnel de la place et chaque candidat aux fonctions de dirigeant doit en être conscient et nous souhaitons les y sensibiliser par la présente contribution.

Le présent article se propose d'offrir une illustration de la responsabilité personnelle des dirigeants découlant de l'article 59 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (la « Loi ») au regard des récents apports jurisprudentiels luxembourgeois en la matière, étant précisé qu'il est rarement offert aux juridictions luxembourgeoises de se prononcer sur ces questions, puisqu'il semble que, pour des raisons de confidentialité, les sociétés préfèrent faire appel à l'arbitrage, ainsi qu'aux services des assurances professionnelles pour le règlement et l'indemnisation des litiges.

Une contribution séparée regroupera l'éventail des autres responsabilités spéciales incombant aux dirigeants, telles que celles relatives aux actes de leurs

préposés ou encore en matière de faillite ou d'environnement.

TABLE DES MATIÈRES

1.	La responsabilité contractuelle basée sur le mandat social, l'actio mandati	18
1.1.	La qualité du demandeur	19
1.2.	La qualité du défendeur	20
1.3.	Faute de gestion	20
1.4.	Conséquences de la mise en œuvre de cette responsabilité	22
2.	La responsabilité aggravée pour violation de la Loi ou des statuts de la société	23
2.1.	La qualité du demandeur	23
2.2.	La qualité du défendeur	25
2.3.	Les violations de la Loi ou des statuts de la société	26
2.4.	Conséquences de la mise en œuvre de cette responsabilité	26

L'article 58 de la Loi décline toute responsabilité sociale des dirigeants de sociétés commerciales en indiquant que « *les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société* ». Néanmoins, l'article 59, quant à lui, met bien à la charge des dirigeants une responsabilité personnelle qui sera de nature contractuelle à l'égard de la société en raison du contrat de mandat qui lie ces deux protagonistes, et de nature délictuelle envers les tiers.

L'introduction subsidiaire d'une action basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil demeure toujours possible et s'avère très usitée en pratique, mais elle devra, le cas échéant, respecter les règles générales en matière de concours de responsabilité aquilienne et contractuelle si, par exemple, les deux fautes constituent simultanément une violation à une obligation de droit commun. Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans un jugement du 24 octobre 2008²,

1. Dans un souci de clarté, nous ne procéderons pas à la traditionnelle distinction entre les règles régissant respectivement la société anonyme et la société à responsabilité limitée. En effet, cette distinction ne présentant qu'un intérêt limité en la matière, il ne sera pas précisé si les jugements mention-

nés dans le présent article concernent des gérants de société à responsabilité limitée ou des administrateurs de société anonyme.

2. *B.I.J.*, février 2009, p. 29.

n° 84 529 et n° 106 650, nous rappelle ces règles en indiquant que la responsabilité délictuelle du dirigeant ne peut être mise en jeu par la société qu'à la condition que la faute soit détachable de ses fonctions de dirigeant. Pour ce faire, il faut que la faute soit intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales.

Il est de jurisprudence constante que cette responsabilité pèse sur les dirigeants, mais également sur les délégués à la gestion journalière. Toutefois, tel que rappelé dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 3 juillet 1987³, n° 36 875, l'actionnaire n'entre pas dans le champ d'application de l'article 59 de la Loi et sa responsabilité personnelle ne peut donc pas être inquiétée sur cette base légale.

De manière générale, la mise en jeu de la responsabilité d'autrui nécessite la réunion de trois éléments : une faute, un dommage, ainsi qu'un lien de causalité. Dans le cadre de l'article 59 de la Loi, la théorie de la causalité adéquate est généralement retenue par les tribunaux luxembourgeois. En ce qui concerne le dommage, il faut différencier selon qu'il soit couvert par la responsabilité contractuelle ou par la responsabilité délictuelle, étant entendu qu'envers la société, seul le dommage prévisible est à réparer, alors qu'envers les tiers la réparation du dommage imprévisible est généralement acceptée.

Puisque commune à l'application des deux alinéas de l'article 59 de la Loi, nous aborderons, préalablement aux développements propres à chaque alinéa, la prescription. Conformément à l'article 157 de la Loi, l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants est prescrite par cinq ans, à la condition que le fait générateur soit « *un fait de leur fonction* ». La 5^e chambre de la Cour d'appel de Luxembourg a indiqué, dans un arrêt du 5 novembre 2013⁴, n° 539/13 V, que cette expression implique tous les actes des dirigeants « *relatifs à l'administration et à la surveillance de la société, soit qu'ils aient commis des fautes dans le cadre de leur gestion en restant dans les limites de leurs attributions, soit qu'ils aient outrepassé leurs pouvoirs, du moment où ils ne se sont pas rendus coupables de dol et de fraude* ». En l'espèce, les dirigeants étaient accusés d'escroquerie. Les juges ont estimé que cette infraction avait été commise indépendamment du fonctionnement de la société, car les dirigeants avaient agi dans un but purement personnel et sous couvert de leur qualité de dirigeant. Ainsi, la prescription de cinq ans a été écartée au profit de celle de droit commun.

A l'inverse, le jugement du Tribunal d'arrondissement

de Luxembourg rendu par la 15^e chambre siégeant en matière commerciale le 23 mai 2007, n° 674/07, nous offre un exemple où la prescription quinquennale a été retenue. En l'espèce, les actionnaires minoritaires estimaient avoir été lésés dans leurs droits suite à la conclusion par l'assemblée générale d'une convention d'abandon de créance et de cession d'actif au profit d'un tiers par des actionnaires ayant un intérêt personnel à cette cession. Le tribunal a relevé à l'encontre des dirigeants qu'il s'agissait de faits de leurs fonctions et a dès lors retenu la prescription quinquennale. Cependant, le tribunal a également retenu que le point de départ de cette prescription était la date à laquelle s'était tenue l'assemblée générale de 1996. En effet, c'est à cette date-là que les actionnaires auraient dû se rendre compte de la faute des dirigeants, car c'est lors de cette assemblée générale qu'ils ont approuvé le bilan de l'année 1994 dans lequel la convention litigieuse avait été régulièrement publiée. Dès lors, l'action en responsabilité intentée en mai 2006 contre les dirigeants était prescrite.

Enfin, l'article 157 de la Loi précise que le délai de prescription de cinq ans court à partir des faits, voire, s'ils sont celés par le dol, à partir de leur découverte. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg en date du 7 juillet 2010⁵, les demandeurs ont invoqué le caractère dolosif des manœuvres exécutées par les défendeurs afin que leur action en responsabilité contre ces derniers ne soit pas prescrite. Néanmoins, les juges du fond ont rappelé dans cette espèce que le dol n'est pas constitué par la simple non-révélation des faits. En effet, il convient que celui qui garde le silence soit soumis à une obligation morale ou légale de renseigner l'autre. En l'espèce, les magistrats ont retenu qu'une telle obligation ne pesait pas sur les défendeurs et donc, *a fortiori*, que les faits n'avaient pas été celés par le dol.

1. La responsabilité contractuelle basée sur le mandat social, l'actio mandati

Le premier alinéa de l'article 59 de la Loi⁶ instaure une responsabilité contractuelle à l'égard du dirigeant. En effet, celle-ci découle du contrat de mandat conclu entre la société, en sa qualité de mandant, et son dirigeant, en sa qualité de mandataire.

Face au silence de la Loi, les règles de droit commun du mandat s'appliquent (art. 1984 et suivants du Code civil). Il en résulte, par exemple, que seule la société en sa qualité de mandant sera à même de mettre en jeu la responsabilité du dirigeant quant aux fautes relatives à une mauvaise exécution du mandat, ou encore,

3. Pas. 28, p. 112.

4. J.T.L., 2014/3, n° 33, pp. 78-81.

5. Pas. 3/2011, p. 251.

6. Art. 59, alinéa 1^{er}, de la loi du 19 août 1915 : *Les administrateurs sont responsables envers la société conformément au droit commun de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.*

que la démission du dirigeant de ses fonctions de mandataire n'a pas à être motivée. Nous reviendrons plus en détail sur ces applications lors des développements qui vont suivre.

Nous proposons d'analyser successivement les apports jurisprudentiels quant à la qualité du demandeur (1.1.) et celle du défendeur (1.2.), quant à l'appréciation et la qualification d'une faute de gestion (1.3.) et enfin quant à la mise en jeu effective de la responsabilité du dirigeant (1.4.).

1.1. La qualité du demandeur

Conformément à l'effet relatif du contrat, la responsabilité du mandataire (i.e., le dirigeant de la société) ne peut être mise en jeu que par le mandant, c'est-à-dire la société qu'il dirige.

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale apporte une limite à ce principe dans son jugement du 22 octobre 2009, n° 1156/2009. Les juges du fond de la 6^e chambre ont indiqué, sans pour autant apporter une explication concrète eu égard aux faits de l'espèce, que la société ne saurait renoncer à une telle action au détriment des créanciers. Le litige opposait un dirigeant à la société pour laquelle il exerçait ses fonctions. Cette dernière, en défaut de pouvoir produire une autorisation préalable de l'assemblée générale, a été déboutée de sa demande en responsabilité pour cause de détournement d'argent.

Théoriquement, puisque l'organe de gestion est le représentant légal de la société, il devrait être seul en charge d'intenter une action au nom et pour le compte de la société. Cependant, comme cela fût rappelé dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 7 mars 2007, n° 313/07, comment concevoir que celui-ci intente une action en justice contre ses pairs, si ce n'est lorsque le dirigeant présumé fautif n'est plus en fonction au sein de la société ?

Aussi, la jurisprudence a érigé la résolution préalable de l'assemblée générale, adoptée à la majorité simple, en condition *sine qua non* pour intenter une action en responsabilité contre tout dirigeant de société. Dans la décision du Tribunal d'arrondissement du 7 mars 2007, précitée, le litige portait sur la recherche en responsabilité contre un dirigeant pour des fautes de gestion relatives à la gestion financière de la société. Le défaut d'autorisation préalable de l'assemblée générale a donc entraîné *ipso facto* l'irrecevabilité de la demande. Cette condition jurisprudentielle s'explique également par la possibilité pour l'assemblée générale de décharger le dirigeant quant à sa respon-

sabilité pour l'exercice écoulé. Le cas échéant, cette décharge pourra donc couvrir les éventuelles fautes de gestion imputables au dirigeant. Une telle ratification avait justement eu lieu dans la décision précitée du 7 mars 2007. Le dirigeant démissionnaire ayant bénéficié d'une décharge pour la période pendant laquelle les actions litigieuses s'étaient déroulées, l'accord préalable de l'assemblée générale pour remettre en question ce quitus était d'autant plus primordial. Nous reviendrons sur la décharge de l'assemblée générale dans le paragraphe relatif aux possibilités pour le dirigeant de minimiser sa responsabilité personnelle.

Précisons que, contrairement à ce qu'avait invoqué la défenderesse dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 13 mai 2002, n° 151/2002, la mise en cause préalable de la responsabilité du conseil d'administration n'est pas requise pour pouvoir engager la responsabilité du dirigeant de la société.

La résolution préalable de l'assemblée générale reste obligatoire quand bien même l'action en responsabilité est intentée contre un dirigeant qui n'est plus en fonction lors de l'assignation en justice. Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2011 par la Cour d'appel de Luxembourg, n° 35 7847, la société demanderesse, pour se justifier de l'absence de décision préalable de l'assemblée générale des actionnaires, a vainement tenté de se prévaloir de l'article 63 de la Loi en ce qu'il octroi à l'assemblée générale des actionnaires, qui aura décidé d'exercer contre les dirigeants l'action sociale, la possibilité de charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette délibération.

L'effet relatif du contrat de mandat précédemment évoqué, entraîne principalement l'incapacité pour un tiers au contrat d'intenter une action en responsabilité contractuelle à l'égard d'un dirigeant. L'action en responsabilité pour faute de gestion ne pourra donc pas être intentée à titre individuel par un actionnaire ou un associé car celui-ci est considéré par la jurisprudence comme étant absorbé par la société dès lors qu'il acquiert cette qualité. En effet, la société est dotée d'une personnalité juridique distincte de l'individualité des différents actionnaires ou associés qui la composent. La jurisprudence luxembourgeoise reste constante en la matière et ce principe fut encore récemment rappelé dans des décisions du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 22 octobre 2009 tel que précité, du 10 novembre 2000, n° 674/00, puis du 29 juin 2007⁸, n° 793/07 et du 7 juillet 2010, n° 776/2010. La Cour d'appel de Luxembourg s'est également opposée à une action *ut singuli* d'un actionnaire lésé dans un arrêt du 10 juillet 2002⁹,

7. B.I.J., 2012, pp. 142-143.

8. B.I.J., 2007, pp. 170-171.

9. B.I.J., 2004, p. 27.

n° 23 054, n° 24 097 et n° 26 382 comme étant irrecevable sur le principe.

L'action en responsabilité contractuelle à l'encontre des dirigeants pour faute de gestion est également ouverte aux curateurs, lorsqu'ils représentent la société, aux liquidateurs et aux commissaires dans le cadre d'une gestion contrôlée. Les créanciers, quant à eux, ne bénéficient pas d'une telle action, mais ils peuvent toutefois agir par le biais d'une action oblique telle que prévue à l'article 1166 du Code civil¹⁰.

1.2. La qualité du défendeur

Chaque dirigeant peut être individuellement responsable pour les fautes de gestion qu'il a commis. Ainsi, si plusieurs dirigeants ont commis une faute de gestion, la société, par le biais de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, devra agir individuellement contre chaque dirigeant.

Le dirigeant engage sa responsabilité pour des fautes de gestion commises pendant l'exercice de son mandat, mais également pour celles qui ont été commises antérieurement, ainsi que pour celles dont les effets ne se font ressentir qu'après sa démission. Nous reviendrons sur l'aspect temporel de la commission de la faute de gestion dans le paragraphe relatif aux possibilités pour le dirigeant de minimiser sa responsabilité personnelle.

Il est relativement courant qu'un dirigeant assume également des fonctions salariales au sein de la société dont il a la gestion. Ainsi, la question du cumul de fonctions est récurrente. Dans le jugement précité du 13 mai 2002, la défenderesse alléguait l'incompétence du Tribunal d'arrondissement car elle estimait que, puisque le litige était relatif à son contrat de travail, le Tribunal du travail était compétent. Les juges du fond ont retenu que le Tribunal d'arrondissement n'était pas privé de sa compétence par le seul fait que le litige était relatif à des actes de concurrence déloyale. En effet, en l'espèce, les actes de concurrence déloyale constituaient bien une faute par rapport au contrat de mandat.

Cette différenciation est également à appliquer en cas de litige relatif à la résiliation abusive du contrat de travail. Une décision rendue par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 15 mars 2001 n° 228/01 illustre qu'en cas de cumul de fonctions, la résiliation abusive du contrat de travail n'est pas constitutive d'une faute de gestion du dirigeant.

1.3. Faute de gestion

De par leur mandat social, il incombe tout d'abord une obligation principale aux dirigeants d'une société commerciale. Celle-ci consiste en la bonne gestion des affaires et la réalisation de l'objet social dans le meilleur intérêt de la société. Bien qu'il soit difficile de définir l'intérêt social au vu des divergences jurisprudentielles et doctrinales en la matière, pour la présente contribution, nous retiendrons qu'il consiste essentiellement en la combinaison des intérêts financiers et économiques tels que définis sur le long terme par la société, prise comme une entité juridique autonome et distincte de ses actionnaires ou associés.

Les dirigeants sont également soumis à des obligations accessoires qui découlent de cette obligation principale, notamment l'obligation de promouvoir la réussite de la société, le devoir de loyauté envers la société ou encore le devoir de confidentialité.

Ne font néanmoins pas partie des obligations accessoires incombant aux dirigeants, les obligations contractuelles implicites, car non expressément stipulées dans le mandat et ne relevant pas habituellement du mandat social. La décision précitée du Tribunal d'arrondissement du 15 mars 2001, illustre cette limite. En l'espèce, le litige portait sur l'absence de formation de l'ingénieur engagé pour remplacer le dirigeant dans ses fonctions salariales. En effet, le dirigeant, en sa qualité d'ingénieur, n'avait pas, préalablement à sa démission, formé l'ingénieur. Les juges du fond ont estimé que cette obligation de formation ne relevait habituellement pas du mandat social et qu'en l'absence de stipulation expresse et spéciale allant dans ce sens, le dirigeant n'avait pas commis de faute de gestion.

L'appréciation de la faute de gestion, telle qu'indiquée dans le jugement précité du Tribunal d'arrondissement du 13 mai 2002, s'effectue par rapport à « *l'obligation générale de compétence¹¹, de diligence et de bonne foi qui incombe aux dirigeants* ». Ces derniers ont le « *devoir général et absolu de faire prévaloir l'intérêt de la société sur leur intérêt personnel* ». Dans la décision susmentionnée du 15 mars 2001 relative à la question du cumul de fonctions, les juges indiquent qu'ils ne condamnent un dirigeant en raison d'une faute de gestion, que dans les cas où son comportement s'écarte de celui du dirigeant consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés commerciales. Il en résulte qu'il semble bel et bien que le concept du bon père de famille ait été adapté au monde des affaires, laissant ainsi une marge d'appréciation aux juges qui apprécieront *in abstracto* la faute à la lumière de ce concept

10. Art. 1166 Code civil : *Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.*

11. Nous avons vu préalablement que l'incapacité ne permettant que rarement de décharger le dirigeant de sa responsabilité personnelle, il en résulte que cette obligation de compétence est accrue.

(obligation de moyens). Ainsi, le droit à l'erreur ne fera l'objet que d'une appréciation marginale du tribunal.

Pour illustrer la présente contribution, nous avons retenu trois groupes de faute de gestion qui se dégagent des décisions récentes en la matière. Le premier a trait à l'exercice de l'*actio mandati* d'une société en faillite à l'égard de son dirigeant (1.3.1.). En effet, l'aveu de faillite est une obligation légale incombant à tout dirigeant dont la société est en cessation de paiements. Toutefois, les dispositions relatives à la faillite étant regroupées dans le Code de commerce et non dans la Loi, leur violation n'entraîne pas la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant sur base de l'alinéa 2 de l'article 59. Cet alinéa précise expressément que seules les violations de la Loi seront à même de mettre la responsabilité des dirigeants en jeu. La mise en jeu de la responsabilité personnelle d'un dirigeant en raison de la survenance d'une faillite ne pourra donc être recherchée que sur base de l'alinéa 1^{er} de l'article 59 de la Loi. Les deux derniers cas de figure qui ont retenu notre attention regroupent les fautes de gestion contrevenant aux obligations exposées ci-avant, à savoir, l'obligation de faire prévaloir l'intérêt social sur l'intérêt personnel du dirigeant (1.3.2.) et le respect de l'obligation de loyauté (1.3.3.).

1.3.1. Jurisprudence relative à la faillite

Une décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 avril 2004, n° 75/2004, nous rappelle que la faillite d'une société ne constitue pas, en soi, une faute de gestion.

La jurisprudence retient que, pour être qualifiée de faute de gestion, la faute du dirigeant doit avoir constitué le passif de la société, puis l'avoir aggravé et enfin avoir amené la société à la faillite. Une décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 août 2001, n° 229/2001, illustre un cas d'école de responsabilité personnelle des dirigeants d'une société pour avoir initié puis contribué aux causes de la faillite. En l'espèce, l'un des dirigeants avait octroyé à son épouse une ligne de crédit pour financer leur résidence personnelle. Or, cet octroi de prêt à des fins étrangères à l'objet social n'avait pas été fait sur des réserves de la société, puisqu'il a privé cette dernière des ressources nécessaires pour régler ses propres dettes en l'exposant ainsi à la négociation de délais de paiement avec ses créanciers suite à une assignation en faillite par ces derniers. Cette privation pour la société de son capital d'exploitation, ainsi que de ses liquidités, a été, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, la cause exclusive de l'insuffisance d'actif de la société et donc du préjudice subi par les créanciers suite à la mise en faillite de la société.

Un jugement plus ancien du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 mars 1985¹² n° 221/85, répertorie d'avantage d'exemples de fautes de gestion ayant entraîné la faillite de la société. En l'espèce, le dirigeant maniait fautivement les fonds sociaux par des prélèvements ou des virements mal identifiés ou sans contrepartie réelle, telle que l'attribution unilatérale de salaires envers sa personne, le remboursement anticipé de crédits assortis d'une garantie personnelle en son nom, si bien qu'au jour de la faillite, ledit crédit était entièrement remboursé ou encore le non-paiement des fournitures de première nécessité telles que le téléphone. La poursuite de l'activité malgré une situation de plus en plus obérée, dont la gravité a été dissimulée par l'absence de documents comptables et l'abstention de convoquer l'assemblée générale fonde la demande en responsabilité de la société envers le dirigeant. Néanmoins, il a résulté de cette espèce que la condamnation au paiement de la totalité du passif social n'était pas motivée, car la causalité entre le préjudice subi et les fautes commises par le dirigeant n'était pas alléguée. En effet, il résultait des éléments factuels que la société n'avait pratiquement plus aucune activité lors de sa dernière année de vie sociale, année pendant laquelle le dirigeant fautif était entré en fonction. Aussi, si le dirigeant avait certes aggravé l'état financier de la société, il ne pouvait être considéré comme étant la cause exclusive de la faillite. Sa responsabilité personnelle n'a que partiellement été retenue, puisqu'il ne fût condamné qu'à participer au remboursement de la faillite. Le dirigeant a cependant été condamné au remboursement intégral du trop-perçu découlant des avantages sociaux exorbitants qu'il s'était unilatéralement et illicitement consenti pendant l'exercice de ses fonctions.

L'absence de preuve d'un lien de causalité entre l'octroi d'un prêt par l'un des dirigeants de la société à hauteur du capital social sans disposer d'aucune garantie de remboursement et la mise en liquidation de la société demanderesse plus de trois ans après, a également été soulignée par les juges du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, à l'occasion d'un jugement rendu le 23 mai 2013, n° 122 872¹³. Qui plus est, une décharge unanime avait été octroyée par les actionnaires aux dirigeants de la société pour leur gestion de celle-ci sur base des comptes annuels représentant le prêt litigieux.

Nous reviendrons sur les actions que le curateur d'une faillite peut engager à l'encontre d'un dirigeant fautif dans notre prochaine contribution qui synthétisera les responsabilités pesant sur le dirigeant d'une société, autres que celles découlant de l'article 59 de la Loi.

12. *Pas.* 28, p. 11.

13. *J.T.L.*, 2015/1, n° 37, pp. 28-29.

1.3.2. Jurisprudence relative à l'intérêt social

Conformément à ce que nous avons pu voir précédemment, notamment à travers la décision précitée du 13 mai 2002, les dirigeants ont « *le devoir général et absolu de faire prévaloir l'intérêt de la société sur leur intérêt personnel* ». L'arrêt de la Cour d'appel du 7 juillet 2010, également précité, illustre cette primauté. En l'espèce, les juges du fond ont souligné que la contrariété entre la convention portant cession d'actifs et abandon de créance et l'intérêt social ressort notamment au vu de la modicité du prix de vente stipulé et de l'abandon de créance sans contrepartie réelle. En effet, l'abandon de créance devrait engendrer, dans des circonstances normales, une majoration du prix de cession. Or, en l'espèce, la cession d'actions s'était effectuée à un prix symbolique, ce qui était indubitablement constitutif d'un acte anormal de gestion, car, comme nous l'avons déjà préalablement évoqué, l'intérêt social est notamment caractérisé par la recherche du profit financier.

La solution n'est pas nouvelle, puisque le jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 juillet 1987, précité, allait déjà dans ce sens en indiquant que l'achat de marchandises auprès d'une société détenue par l'un des dirigeants défendeurs n'était pas en soi une faute de gestion, mais que celle-ci serait caractérisée si la société demanderesse parvenait à prouver que les achats auprès de la société détenue par l'un des dirigeants avaient été effectués à des conditions désavantageuses (conditions qui ne seraient par exemple pas des conditions normales de marché) pour la société demanderesse. Cette même espèce indique que l'absence d'une tenue des livres de caisse constitue une faute de gestion qui se trouve aggravée par ses conséquences, c'est-à-dire par l'impossibilité de reconstituer les opérations litigieuses afin de déterminer si elles ont été conclues à des conditions désavantageuses pour la société détenue par l'un des dirigeants.

1.3.3. Jurisprudence relative à l'obligation de loyauté

L'obligation de loyauté qui incombe au dirigeant et que l'on peut considérer comme étant le corollaire du point précédent, est parfaitement illustrée par le jugement précité du Tribunal d'arrondissement du 13 mai 2002. Dans cette affaire, les juges du fond indiquent que les dirigeants qui concurrencent directement ou indirectement la société qu'ils administrent, ainsi que ceux qui détournent la clientèle de cette société au profit d'une entreprise personnelle, contreviennent à leur obligation de loyauté et engagent ainsi leur responsabilité personnelle. En l'espèce, le dirigeant était accusé d'avoir méconnu son obligation de loyauté pour avoir (i) organisé le développement de l'un des concurrents de la société demanderesse, active dans le domaine informatique, en organisant no-

tamment le départ de plusieurs cadres de la société demanderesse au profit de la société concurrente, ainsi que pour avoir (ii) communiqué des listes de clients de la société demanderesse à la société concurrente. Toutefois, en l'espèce, en raison de l'absence de preuve étayant ces arguments, aucune violation à l'obligation de loyauté, et donc, aucune faute de gestion, n'ont été retenues par les juges du fond.

1.4. Conséquences de la mise en œuvre de cette responsabilité

Les conséquences de la mise en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 59 de la Loi diffèrent de celles du second alinéa, tant quant à l'étendue des responsabilités respectives, que quant à la possibilité de réduire lesdites responsabilités.

Ainsi, la responsabilité personnelle du dirigeant dont la faute de gestion sera rapportée, sera individuelle ou bien, lorsque plusieurs dirigeants ont contribué à la réalisation du dommage, *in solidum*. Néanmoins, puisque non explicitement prévue par l'alinéa 1^{er}, la responsabilité solidaire des dirigeants ne peut être retenue. Dans le cas d'une faute de gestion commise par plusieurs dirigeants, en raison du caractère individuel de cette responsabilité, la société devra poursuivre chaque dirigeant individuellement, et donc, prouver, à l'égard de chaque dirigeant, l'existence d'une faute de gestion, d'un dommage et d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

Il est néanmoins possible pour le dirigeant de diminuer sa responsabilité en se prévalant d'une décharge préalable de l'assemblée générale, telle que nous avons déjà pu l'observer dans les décisions précitées du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 mars 2007 et du 23 mai 2013. Lorsqu'il est accordé, ce quitus protège le dirigeant de l'exercice ultérieur de l'*actio mandati* à son encontre. Théoriquement, la décharge doit être inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée générale annuelle, mais il peut arriver en pratique, que, lors d'une fusion acquisition par exemple, la société acquiritrice souhaite se séparer des dirigeants de la société acquise. Dans un tel cas, nous conseillons aux dirigeants de la société acquise de baser cette décharge sur la présentation des comptes intérimaires, mais également d'insérer une clause stipulant que cette décharge sera réitérée lors de la prochaine assemblée annuelle. Ce quitus n'est toutefois pas opposable aux tiers et n'empêchera donc pas ces derniers d'actionner la responsabilité des dirigeants fautifs.

Le dirigeant peut également, par sa démission, tenter de minimiser les risques de la mise en jeu de sa responsabilité. Il s'agit là d'un cas que l'on observe fréquemment dans la pratique. En effet, conformément aux règles de droit commun du mandat (sauf dispositions statutaires contraires), les dirigeants peuvent

donner leur démission de façon unilatérale et sans avoir à la motiver. Toutefois, le dirigeant veillera à user de cette porte de sortie avec discernement, car la jurisprudence retient que la démission donnée de mauvaise foi, avec précipitation ou à contretemps, ou dans l'intention de nuire à la société, est constitutive d'une faute de gestion. Cette précision jurisprudentielle a été indiquée dans la décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du 13 mai 2002¹⁴. En l'espèce, la société demanderesse reprochait à son dirigeant d'avoir, parallèlement à son poste de dirigeant en son sein, accepté un poste de dirigeant auprès d'une société concurrente et d'avoir ensuite démissionné de façon intempestive de ses fonctions auprès de la demanderesse. Les juges du fond ont indiqué que la preuve de cette embauche parallèle n'avait pas été rapportée, et que la simple démission n'était pas contraire aux obligations incombant au dirigeant. Il en résulte qu'aucune faute de gestion n'a été retenue à l'encontre du dirigeant démissionnaire. De plus, le dirigeant devra être attentif, car sa démission ne met pas automatiquement un terme à sa responsabilité vis-à-vis de la société et des tiers. En effet, les dirigeants « peuvent être rendus responsables des dommages qui se sont produits après leur démission, si la cause du dommage réside dans les faits accomplis au cours de la durée de leurs fonctions »¹⁵. Tel sera le cas par exemple, en présence de décisions manifestement contraires à l'intérêt social et dont les conséquences auront été la cause principale de la faillite ultérieure de la société.

La situation inverse peut également entraîner la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant. Ainsi, la responsabilité d'un dirigeant peut être retenue pour un fait antérieur à son entrée en fonction, à condition que ce fait produise des effets qui se perpétuent et que le dirigeant les ait faits siens. Le jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 décembre 1987, n° 643/87, illustre cette hypothèse. Le litige portait en l'espèce sur l'existence et la validité de bons de caisse conclus entre les créanciers et la société. Les dirigeants contestaient les documents litigieux, en arguant qu'ils ne correspondaient à aucune dette effective. Ils alléguaient que les bons de caisse avaient été contractés avant l'acquisition par la société de la personnalité juridique. Les juges du fond ont toutefois retenu la validité et l'existence desdits documents car, conformément à l'article 12bis de la Loi, la société avait ultérieurement repris ces engagements, notamment lorsque les dirigeants ont personnellement signé des reconnaissances de dettes y relatives et qu'ils ont débuté les versements des intérêts aux créanciers. La responsabilité des dirigeants a donc été retenue pour des faits dont la cause s'est produite an-

térieurement à leur entrée en fonction.

2. La responsabilité aggravée pour violation de la Loi ou des statuts de la société

Le second alinéa de l'article 59 de la Loi¹⁶ instaure une présomption de responsabilité aggravée des dirigeants à l'égard de la société et des tiers en cas de violation de la Loi ou des statuts de la société. En fait, ces cas sont relativement fréquents (au-delà de leur sanction effective) et, dans la pratique luxembourgeoise, ils ont généralement trait au retard dans l'approbation et le dépôt des comptes annuels, la non-convocation de l'assemblée générale, le dépassement de l'objet social ou encore le non-respect des règles statutaires de répartition des compétences entre les différents organes de la société, voire au sein même de ces organes pris individuellement.

Nous proposerons d'analyser ici successivement les apports jurisprudentiels quant à la qualité du demandeur (2.1.) et celle du défendeur (2.2.), puis l'appréciation et la qualification d'une violation de la Loi ou des statuts (2.3.) et, enfin, quant à la mise en jeu effective de la responsabilité du dirigeant (2.4.).

2.1. La qualité du demandeur

L'alinéa 2 de l'article 59 de la Loi indique que les dirigeants sont responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages et intérêts résultants d'infractions aux dispositions de la Loi ou des statuts sociaux.

Tel qu'indiqué en introduction, l'action intentée par la société elle-même sera fondée sur la responsabilité contractuelle des dirigeants, alors que l'action intentée par un tiers sera fondée sur leur responsabilité délictuelle.

A nouveau, la jurisprudence est constante en ce que le droit d'action de la société revienne à l'assemblée générale statuant à la majorité simple, mais également, en l'absence d'autonomie de cet organe, au curateur, en sa qualité de représentant de la société, au liquidateur, ou encore au commissaire à la gestion contrôlée.

A l'inverse cependant de ce qu'il a été indiqué préalablement pour l'action en responsabilité personnelle du dirigeant basée sur le premier alinéa de l'article 59, les tiers sont également autorisés à exercer l'action en responsabilité fondée sur le second alinéa dudit article.

14. Se référer à cet arrêt pour de plus amples apports de la jurisprudence sur la notion de démission fautive.

15. *Les Nouvelles, les sociétés*, n°s 2151 et 2152.

16. Art. 59, alinéa 2 de la Loi : *Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infrac-*

tions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.

En effet, comme cela fût rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel du 15 mars 2006, n° 30 157, ces derniers disposent d'un intérêt à agir, car ils ont toujours un intérêt manifeste à ce que la société fonctionne dans le respect des dispositions légales.

Conformément à ce qu'indique la décision précitée du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 novembre 2000, la notion de tiers vise non seulement tous ceux ayant traité avec la société, mais également tous les autres qui lui sont totalement étrangers¹⁷. Seront donc considérés comme tiers, les créanciers (2.1.1.), les curateurs (2.1.2.) ou encore, et contrairement à l'alinéa 1^{er} de l'article 59 de la Loi, l'associé individuel (2.1.3.) sous certaines conditions que nous détaillerons.

2.1.1. L'action en responsabilité délictuelle intentée par le créancier

Dans la jurisprudence récente, nous avons relevé le jugement précité du 23 avril 2004 pour illustrer le présent paragraphe. En l'espèce, la partie demanderesse invoquait un préjudice résultant du non-paiement de factures téléphoniques de la société. Le Tribunal avait finalement rejeté cette demande en raison du défaut de preuve d'une quelconque violation de la Loi ou des statuts de la société débitrice ayant entraîné ledit préjudice.

2.1.2. L'action en responsabilité délictuelle intentée par le curateur

Dans la décision précitée du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 août 2001, les juges du fond avaient retenu que la cause exclusive de l'insuffisance d'actif de la société, et donc du préjudice subi par les créanciers suite à la mise en faillite de la société, était l'octroi par l'un des dirigeants à son épouse d'une ligne de crédit en vue du financement de leur résidence personnelle, dont le montant était tel qu'il avait privé la société de son capital d'exploitation, ainsi que de ses liquidités. Les juges du fond avaient alors admis que l'action en responsabilité délictuelle tendant à la réparation du préjudice causé aux créanciers par les actions des dirigeants de la société était mise en mouvement par le curateur de ladite faillite. Ce dernier disposait d'un intérêt à agir car il représentait la masse des créanciers de la société en faillite dont le préjudice résultait de la faillite de la société débitrice.

2.1.3. L'action en responsabilité délictuelle intentée par l'associé

La jurisprudence étant constante dans son refus pour l'exercice de l'*actio mandati* par un associé individuel,

il reste à ce dernier la possibilité d'exercer une action sur base de l'alinéa second de l'article 59 de la Loi.

Pour ce faire, l'associé devra tout d'abord établir qu'il bénéficiait déjà de la qualité d'associé au moment du vote ayant eu comme conséquence le préjudice subi par lui. La décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 juillet 2010 précitée, rappelle que celui qui acquiert des parts après des résolutions pouvant lui causer préjudice, les acquiert en connaissance de cause et ne peut donc pas se prévaloir de ce préjudice accepté pour tenter une action en responsabilité contre les dirigeants. En l'espèce, l'associé minoritaire n'avait pas pu tenter une telle action, car la prise de décision litigieuse était antérieure à son entrée dans la société.

Conformément au triptyque de la responsabilité, l'associé devra également rapporter la preuve de l'existence d'une faute du dirigeant ayant entraîné un préjudice personnel et distinct de celui éventuellement causé au patrimoine de la société. Un tel préjudice peut être caractérisé par la participation d'un dirigeant qui devrait s'abstenir en raison d'un conflit d'intérêt. Le jugement du Tribunal d'arrondissement du 23 mai 2007, précité, illustre cet écueil. En l'espèce, les actionnaires minoritaires de la société estimaient avoir été lésés dans leurs droits suite à la conclusion par l'assemblée générale d'une convention d'abandon de créance et de cession d'actif au profit d'un tiers, alors que des dirigeants ayant un intérêt personnel à cette cession avaient participé au vote. Notons que l'inobservation de l'article 57 de la Loi (conflits d'intérêts) n'entraîne pas la nullité de la décision prise, mais bien la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants n'ayant pas observé les prescriptions légales. Les juges du fond de la 15^e chambre ont donc déclaré la demande recevable sur base de l'article 59, alinéa 2, de la Loi.

A l'inverse, il est de jurisprudence constante que l'amointrissement du patrimoine social ne peut constituer un préjudice personnel à l'associé. Dans la décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 juin 2007 précitée, la société demanderesse, actionnaire de la société venderesse, alléguait que le prix de vente d'un immeuble n'avait pas été versé à cette dernière et qu'il était par conséquent fictif. Néanmoins, les juges de la 2^e chambre siégeant en matière commerciale ont retenu que le préjudice, c'est-à-dire, en l'occurrence un amointrissement du patrimoine social, était subi par la société venderesse. La perte de dividende invoquée par la société demanderesse n'était donc que la conséquence indirecte du préjudice subi par la société et qu'il n'était donc pas personnel et distinct à cet actionnaire, mais bien commun à la collectivité des actionnaires de la société

17. Cite : *Droit des sociétés*, Jacques DELVAUX, éd. 1995, p. 42.

venderesse. Puisque ce préjudice était considéré comme propre au patrimoine de la société venderesse, la recherche en responsabilité de l'actionnaire contre les dirigeants de la société venderesse fut déclarée non fondée.

La notion de préjudice commun à l'ensemble des créanciers a également été définie dans une décision précitée du Tribunal d'arrondissement du 24 janvier 1992, n° 40 774, relative à une faillite comme étant les « *droits résultant de dommages causés par la faute de toute personne qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif* ». En l'espèce, la société avait fonctionné normalement pendant plusieurs années avant d'être déclarée en faillite, et ce malgré le fait que le dirigeant fondateur avait vidé la société de l'intégralité de son capital social quelques jours seulement après sa constitution. Ainsi, aucun préjudice au détriment de la masse des créanciers n'avait été rapporté.

Le jugement précité du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 juillet 2010 illustre un autre cas où un préjudice commun à tous les créanciers avait été retenu par les juges du fond. Dans ce jugement, la société demanderesse est l'un des actionnaires de la société défenderesse. La société demanderesse reproche à la société défenderesse d'avoir cédé à vil prix les actions que cette dernière détenait au sein d'une autre société, alors que ces actions constituaient son seul actif et que, par conséquent, la valeur des actions détenues par la société demanderesse au sein de la société défenderesse s'en trouvait amoindrie. Dans cette décision, les juges de la 15^e chambre ont indiqué que la vente à un prix sous-évalué des actifs d'une société, à la supposer établie, constituait un préjudice commun à tous les actionnaires.

2.2. La qualité du défendeur

Il découle de l'obligation principale imputée au dirigeant, telle que nous l'avons évoquée précédemment, que l'une des obligations accessoires qui lui incombe consiste en le respect de la Loi et des statuts de la société. Une décision du Tribunal d'arrondissement du 9 juin 1989, n° 235/89 souligne d'ailleurs que cette obligation a un caractère absolu.

Ceci implique tout d'abord, tel qu'il le fut rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 28 octobre 2009, n° 34 730, que les dirigeants ne peuvent limiter ou atténuer leurs responsabilités pour des raisons indépendantes de leur volonté et de leur sphère d'action. En l'espèce, la société demanderesse avait été liquidée et dissoute en raison de l'absence de publication des bilans depuis la constitution de la société. Les dirigeants invoquaient la carence de l'expert-comptable qui, bien que payé pour effectuer ce travail, ne s'en était pas acquitté. Les juges d'appel ont retenu qu'un contrôle régulier par les dirigeants aurait

permis d'éviter les négligences répétées par l'expert-comptable et protéger ainsi l'intérêt des tiers en procédant à la publication des bilans dans le délai imparti par la Loi. Il en résulte que le dirigeant doit rester vigilant quant à la bonne exécution de ses obligations légales alors même qu'il sous-traite ces dernières à un professionnel.

Le caractère absolu du respect de la Loi et des statuts implique également que la capacité du dirigeant n'est que faiblement prise en considération par les juges pour limiter ou atténuer sa responsabilité. Dans la décision précitée de la première chambre civile du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 14 août 2001, le dirigeant avait, pour se décharger de sa responsabilité personnelle, tenté d'invoquer son jeune âge, ainsi que la fiction de l'acceptation de son mandat de dirigeant en raison des liens familiaux qui le liaient aux autres dirigeants de la société. Le Tribunal a retenu que, malgré les faits invoqués par le jeune dirigeant, son absence d'implication dans la vie de la société a eu comme conséquences qu'il n'a pas participé à l'établissement des comptes sociaux en vue de les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale et qu'ainsi personne n'était en possession des informations nécessaires pour constater que les comptes indiquaient des transferts importants à des fins privées dus à l'octroi d'une ligne de crédit pour le financement de la résidence personnelle des deux autres dirigeants. L'ignorance n'est donc pas non plus une excuse valable ou un facteur permettant d'atténuer la responsabilité en cas d'irrégularités. Que du contraire !

En outre, avec l'actuel renforcement des règles de *corporate governance* tel qu'évoqué en introduction, il ne fait plus de doute que les possibilités d'exempter un dirigeant de sa responsabilité en se basant sur son absence de qualification ne vont que se raréfier davantage.

Les dirigeants ne sont pas les seuls dont la responsabilité personnelle peut être engagée sur base de l'article 59 de la Loi, puisque dans le jugement précité du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 décembre 1987, les juges du fond ont étendu l'action en responsabilité pour faute contre les dirigeants aux commissaires aux comptes de la société. En l'espèce, ces derniers avaient, de par leurs agissements, contribué à aggraver les conséquences des fautes déjà commises par les dirigeants. Ils s'étaient abstenus de signaler à l'assemblée générale l'absence de comptabilité, ainsi que la perte du capital social. Chargés d'une obligation de contrôle et de surveillance, les commissaires aux comptes doivent, tout comme les dirigeants, faire preuve des qualités requises quant à leurs agissements, en veillant toutefois à ne pas s'immiscer dans la gestion de la société. Selon l'article 62 de la Loi et la jurisprudence en la matière, il est admis que le régime de responsabilité des commissaires est, dans ses grandes lignes, calqué sur celui des administrateurs et

ce, notamment, par rapport à l'appréciation tant factuelle, que temporelle, de la faute de gestion. Dans la décision précitée, la responsabilité solidaire des commissaires avait été retenue.

2.3. Les violations de la Loi ou des statuts de la société

Tel qu'évoqué précédemment, le respect de la Loi et des statuts a un caractère absolu. Aussi, toutes les excuses et arguments dont essayeront de se prévaloir les dirigeants incriminés seront sans pertinence aucune et n'atténueront pas le caractère de gravité des infractions commises.

Tout comme la faute de gestion, l'infraction à la Loi ou aux statuts de la société évoquée au second alinéa de l'article 59 de la Loi sera appréciée de façon objective par les juges du fond.

Les infractions à la Loi peuvent être constituées par l'absence de transmission à l'assemblée générale ou le non-dépôt de comptes sociaux dans les délais prescrits par la Loi, la non-convocation d'une assemblée générale dans les délais légaux après qu'une demande ait été faite dans ce sens, la non-publication des comptes, des comptes consolidés, du rapport de gestion ou du rapport du commissaire aux comptes avec intention frauduleuse, la distribution de dividendes fictifs (i.e. dividendes payés en l'absence de réels profits), la falsification des comptes sociaux avec intention frauduleuse, l'abus de biens sociaux par des dirigeants de droit ou de fait qui ont fait usage des biens de la société pour leur propre bénéfice ou pour le bénéfice de sociétés qu'ils détiennent en nom propre.

Dans le cadre du présent article, nous avons scindé les récentes illustrations jurisprudentielles de ces infractions eu égard à la matière violée. Ainsi, nous aborderons dans un premier temps les violations relatives aux fonds sociaux (2.3.1.), puis celles relatives à la vie sociale (2.3.2.) et enfin, celles qui, bien que constitutives d'une violation de la Loi ou des statuts, ne sont pas imputables au dirigeant (2.3.3.).

2.3.1. Violations relatives aux fonds sociaux

Dans la décision précitée du Tribunal d'arrondissement du 14 août 2001, la mise à disposition à des fins personnelles par les dirigeants de fonds dont le solde avait conduit la société demanderesse à la faillite a été qualifiée de contraire à l'objet et à l'intérêt social. Les juges du fond ont ainsi retenu la responsabilité solidaire des dirigeants fautifs.

De manière générale, les infractions courantes dans cette matière et illustrées par des jurisprudences plus anciennes portent sur le non-établissement des bilans et comptes, ainsi que leur non-soumission aux associés, la souscription de la totalité du capital par un

seul dirigeant, ou encore l'absence de comptabilité. Tel qu'évoqué préalablement, la jurisprudence a retenu que cette dernière faute est aggravée si elle empêche de surcroît de reconstituer la chronologie et la nature des fautes imputables au dirigeant.

2.3.2. Violations relatives à la vie sociale

Tel que rappelé dans la décision précitée du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 juillet 2010, l'absence de convocation régulière des organes sociaux est de nature à entraîner la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants sur base du second alinéa de l'article 59 de la Loi, car cela contrevient à une exigence légale. En l'espèce, les dirigeants s'étaient abstenus de tout acte relatif à la vie sociale pendant plus de cinq ans. Leur responsabilité solidaire avait donc été retenue sur ce fondement.

2.3.3. Violation de la Loi et des statuts non imputable au dirigeant

Dans le jugement du 11 mars 2005, n° 296/05, la 2^e chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, s'était prononcée sur la responsabilité du dirigeant en cas de non-respect des statuts sociaux à la Loi. En l'espèce, la société demanderesse jouissait du statut de société holding. Elle reprochait à son dirigeant d'avoir effectué trois opérations hautement spéculatives entraînant une perte de capital conséquente. Le défendeur arguait que ses codirigeants étaient au fait de ces opérations et ne s'en seraient émus que lorsqu'elles ont généré des pertes. Or le statut de société holding interdisait à la société demanderesse, de par la loi et ses statuts, de se livrer à de telles activités. Néanmoins, le Tribunal a retenu que la contrariété éventuelle des statuts par rapport au régime des sociétés holding ne saurait avoir de conséquence à l'égard du dirigeant qui se meut à l'intérieur des limites de l'objet social convenu entre associés. Les juges du fond ont tout de même relevé qu'une telle contrariété pouvait entraîner la perte du statut holding et des avantages fiscaux qui s'y rattachaient.

2.4. Conséquences de la mise en œuvre de cette responsabilité

Puisqu'expressément prévue par le texte de la Loi, la mise en œuvre du second alinéa de l'article 59 entraîne la responsabilité solidaire et collégiale de l'organe de direction de la société. Il ne s'agit là que d'une présomption simple. Ainsi, il est loisible au dirigeant non fautif de la renverser en prouvant qu'il n'a pas participé à l'infraction et qu'il a dénoncé ladite infraction à la plus prochaine assemblée générale utile. Cette procédure doit être intentée individuellement par chaque dirigeant.

De plus, à l'instar de ce qui a déjà été évoqué dans la

partie relative au premier alinéa de l'article 59 de la Loi, le dirigeant peut bénéficier du quitus (décharge) de l'assemblée générale. Ce quitus ne peut néanmoins que porter sur les violations des statuts, à la condition que (i) les irrégularités soient expressément indiquées dans la convocation à l'assemblée générale annuelle et (ii) que les dispositions statutaires concernées ne soient pas, à notre avis, qu'une simple redite des dispositions de la Loi. En effet, une décharge pour la violation de la Loi n'est pas envisageable.

Il est à noter que la décharge de l'assemblée générale à l'égard de la violation des statuts par son dirigeant n'est pas opposable aux tiers qui restent toujours en mesure d'intenter une telle action. De plus, tel qu'indiqué dans les propos introductifs, toute action en responsabilité pour violation de la Loi ou des statuts se prescrit par cinq ans à dater du jour où la faute a été commise ou à dater de la connaissance du fait dommageable en cas d'élément dolosif.

En résumé, il apparaît au terme de cette première contribution et des récents apports jurisprudentiels, qu'un risque de plus en plus accru quant à leur responsabilité personnelle pèse sur les dirigeants. Pour pallier cela, nous ne pouvons qu'encourager les dirigeants actuels et futurs à documenter au maximum, dans la mesure du possible, leurs motivations, tant économiques que sociales, afin de justifier les décisions prises. Il conviendra également aux dirigeants de se tenir scrupuleusement informés de l'activité économique de leur société et de veiller au respect des obligations légales et statutaires. Gageons que cela permettra aux juges, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, d'effectuer une mise en balance entre les intérêts souvent opposés du monde des affaires et de la nécessaire sécurité juridique.