

Conseils aux administrateurs, gérants et membres de comité de direction

# Les précautions pour éviter de voir sa responsabilité engagée



**Dans un environnement réglementaire et économique de plus en plus complexe, la responsabilité des dirigeants d'entreprise, qu'ils soient administrateurs, gérants ou membre d'un comité de direction, est souvent mise en cause, même en l'absence de faute. Quels sont les risques réels et comment s'en protéger efficacement?**

Carine Vassart

**E**n principe, les dirigeants ne sont pas personnellement responsables des engagements pris par la société. En principe seulement car, au fil du temps, l'attitude des autorités s'est durcie. Leur responsabilité peut désormais être personnelle et illimitée dans les cas où ils jouent le rôle de garants (engagements pris par une société en formation, responsabilité des fondateurs, etc.) ou s'ils ont commis une faute, notion qui couvre aussi bien certaines négligences que des actes intentionnels.

Quant à l'administrateur non actif, il est sans doute utile de rappeler, d'une manière générale, que s'il accepte cette fonction, il ne doit pas se désintéresser de ce que font et décident les dirigeants. En cas de problème, il existe un risque certain de voir la responsabilité de tous les administrateurs engagée solidairement. Et l'administrateur non actif n'échappera pas à cette solidarité en invoquant le manque de temps ou de rémunération, l'incompétence ou la confiance faite aux autres...

Un certain nombre de précautions peuvent cependant être prises. François Glansdorff et Roland Hardy, avocats au sein du cabinet Janson Bagniet et également enseignants à l'ULB<sup>(1)</sup>, en ont répertorié une dizaine dont ils ont évalué l'efficacité.

## 1 Stipuler une clause d'exonération de responsabilité

On peut prévoir, avec la société, que celle-ci ne mettra pas en cause la responsabilité du dirigeant ou bien que cette responsabilité sera limitée à un montant donné.

**Efficacité :** moyenne. Tous les tribunaux ne portent pas la même appréciation sur cette protection. Elle est donc incertaine et, de plus, elle n'est pas opposable à des tiers comme un créancier ou le curateur en cas de faillite éventuelle.

## 2 Stipuler une clause de garantie

Cette fois, il s'agit de prévoir avec la société que cette dernière garantira — et donc remboursera — le dirigeant dont la responsabilité serait mise en cause par un tiers. Exemple le plus fréquent : une société mère s'engage à payer les dommages et intérêts qui seraient mis à charge du collaborateur qu'elle aurait fait nommer comme administrateur dans une de ses filiales.

**Efficacité :** plutôt bonne. Cette mesure est plus sûre que la clause d'exonération de responsabilité mais sans pour autant faire disparaître la responsabilité pénale éventuelle.

## 3 Cumuler le mandat d'administrateur avec un contrat de travail

Le dirigeant, administrateur ou gérant, peut se faire engager par la société comme employé, avec un statut de directeur, et s'insérer ainsi dans les liens prévus par un contrat de travail.

**Efficacité :** bonne si les règles sont respectées. La responsabilité de l'employé est nettement moins lourde que celle de l'administrateur. Cependant, il faut que les fonctions d'employé s'effectuent dans un lien de subordination réel par rapport à la société, sinon, l'on considérera que le contrat de travail ne correspond pas à la réalité. En clair, il ne suffit pas de disposer d'un contrat écrit, il faut également pouvoir prouver que l'on est soumis à un contrôle. Ce sera le cas, par exemple, d'un délégué à la gestion journalière soumis à un CA.

## Les responsabilités aux différentes étapes de la vie de la société

### Lors de la fondation de la société

Les fondateurs ont l'obligation d'établir un plan financier. Le risque ? Si le capital n'était pas suffisant pour fonctionner pendant deux ans et/ou que la faillite est prononcée dans les trois ans, ils seront sanctionnés. Ils sont également responsables vis-à-vis de la société ou des tiers de la part de capital qui n'aurait pas été souscrite valablement.

### Pendant la vie de la société

Ils pourront être tenus pour responsables à l'égard de la société pour une faute de gestion commise dans l'exécution de leur mandat : absence aux réunions, défaut de poursuite d'un débiteur devenu insolvable, défaut d'assurances légalement obligatoires. Il en ira de même pour le retard dans la présentation des comptes annuels, l'absence de paiement de précompte professionnel ou de la TVA... En bref, tout ce qui s'assimilerait à un comportement qui ne serait pas celui du « bon père de famille ». En cas de fusion ou de scission de la société, ils peuvent également être inquiétés par les associés de la société dissoute si ceux-ci estiment pouvoir les mettre en cause.

### Lors de la liquidation ou de la faillite de la société

Les administrateurs pourraient encore se voir reprocher à ce moment-là des fautes de gestion soit dans la liquidation (comme le fait d'avoir oublié de tenir compte de certaines dettes) soit d'avoir commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (prélèvements disproportionnés dans les avoirs, tenue d'une comptabilité trop fragmentaire pour que la société puisse avoir une vision correcte de son fonctionnement, politique commerciale aventureuse...).

## 4 Déléguer certains de ses pouvoirs

Le dirigeant peut également déléguer clairement certaines missions précises à des mandataires compétents, par exemple pour la tenue de la comptabilité ou du secrétariat social.

**Efficacité :** bonne. En cas de problème, notamment au pénal, le tribunal tiendra compte de l'organisation réelle de la société et donc des éventuelles délégations de pouvoirs.

## 5 Souscrire une assurance en responsabilité civile

Une telle assurance peut être souscrite par la société en faveur de ses dirigeants, en prévision d'une éventuelle mise en cause de leur responsabilité (civile mais pas pénale). C'est la même idée que les clauses de garanties évoquées ci-dessus. La différence : en cas de problème, c'est l'assureur qui paie.

**Efficacité :** bonne, mais nécessite beaucoup de rigueur. Comme pour tout régime d'assurance, il ne faut évidem-

ment pas attendre d'avoir commis une bourde pour chercher à souscrire un contrat ! Il faut surtout fixer les conditions de l'assurance de manière précise dans la police : définition du sinistre, période couverte, plafond de la couverture, franchise, exclusions, conditions de résiliation...

## 6 Se désolidariser des autres administrateurs

Cette démarche n'est possible que dans le cas d'une responsabilité « commune ou solidaire » avec les autres administrateurs, gérants ou membres d'un comité de direction.

**Efficacité :** bonne mais conditionnée. Il ne doit y avoir aucune faute qui puisse être reprochée personnellement au dirigeant et ce n'est possible que si ce même dirigeant a dénoncé la faute à l'assemblée générale ou au conseil d'administration (dans le cas du membre du comité de direction) le plus proche du moment où il a eu connaissance du comportement fautif.

## 7 Démissionner de ses fonctions

Radical mais délicat: cette décision doit en effet être prise de manière à éviter un dommage pour la société et il faudra de toute façon éviter qu'elle intervienne à contretemps et permettre à l'entreprise de pourvoir à son remplacement. Il faut aussi penser à faire publier la démission au Moniteur belge afin qu'elle soit opposable aux tiers à la société.

**Efficacité :** bonne mais limitée. La démission ne vaut que pour l'avenir et ne couvre donc pas les fautes commises avant la démission.

## 8 Obtenir la décharge

Sans que les administrateurs ou gérants doivent en prendre l'initiative, leur décharge est votée chaque année par l'assemblée générale ordinaire, après l'approbation des comptes (ou parfois à d'autres moments).

**Efficacité :** bonne mais, une fois de plus, limitée. Ce vote ne décharge les administrateurs que si les comptes annuels sont exacts et si la décharge a été votée en connaissance de cause. Celle-ci n'est d'ailleurs pas opposable à un tiers, pas plus que la clause d'exonération de la responsabilité envisagée ci-dessus. Elle ne l'est pas non plus vis-à-vis des actionnaires qui ne l'auraient pas votée.

## 9 Eviter de s'immiscer dans la gestion de la société

Conseil paradoxal? Non, cela signifie qu'il faut éviter d'exercer un pouvoir que l'on ne détient pas en réalité. En effet, la responsabilité d'un dirigeant «de fait» pourra être mise en cause dans certaines circonstances, notamment par le curateur en cas de faute grave et caractérisée du gestionnaire de fait ayant contribué à la faillite. Des banques ont, par exemple, vu leur responsabilité engagée pour ce motif.

**Efficacité :** garantie.

## 10 Invoquer la prescription

A ne pas perdre de vue: au civil, la prescription peut être invoquée si la responsabilité est mise en cause par une action en justice plus de cinq ans après la faute (ou après l'abstention fautive) ou après la découverte des faits s'ils ont été cachés frauduleusement. ■

(1) L'ARTICLE EST BASÉ SUR LA FORMATION LES PRÉCAUTIONS À PRENDRE POUR ÉVITER DE METTRE EN CAUSE SA RESPONSABILITÉ DE DIRIGEANTS D'ENTREPRISE DONNÉE PAR FRANÇOIS GLANSBORFF ET ROLAND HARDY AU BRUSSELS ENTERPRISES COMMERCE AND INDUSTRY.

# Les impératifs à ne pas perdre de vue

### Faire établir le plan financier de départ par des intervenants externes

Les fondateurs d'une société sont tenus de déterminer les besoins en capital et de justifier que le capital social est suffisant pendant une période de deux années. Leur responsabilité peut être mise en cause si la société est déclarée en faillite dans les trois années de sa constitution. Il est donc prudent de faire établir une étude de marché sérieuse et des prévisions budgétaires objectives par des intervenants externes. Non seulement ils apporteront souvent une plus grande expertise professionnelle mais également un regard neutre et indépendant.

### Recourir à des avis externes lors de prises de décisions délicates

Suite logique de la précédente, cette précaution permet d'établir, si besoin est, que le dirigeant s'est comporté de manière normalement prudente, comme aurait pu le faire tout dirigeant d'entreprise placé dans les mêmes circonstances. Une erreur ne constitue en effet pas en soi une faute, elle ne le deviendra que si le dirigeant a adopté un comportement imprudent. D'où l'intérêt de solliciter des avis qui pourront, le cas échéant, justifier la décision adoptée.

### Se conformer aux statuts et au Code des sociétés

A priori, cela semble logique et, pourtant, nombre de dirigeants ignorent que leur responsabilité en tant qu'administrateur, gérant ou membre du comité de direction sera engagée (responsabilité solidaire) en cas de violation des statuts de la société, des dispositions du Code des sociétés, en ce compris les règles comptables et notamment, s'ils oublient:

- > de suivre les règles en matière de conflit d'intérêt lorsqu'un membre du conseil d'administration ou du comité de direction a un intérêt patrimonial opposé à une décision ou à une opération;
- > de tenir les livres et documents comptables conformes à la réglementation;
- > de soumettre les comptes à l'approbation de l'AG dans les six mois de la clôture de l'exercice et de les déposer à la Centrale des Bilans de la BNB dans les 30 jours de leur approbation;
- > de convoquer une AG en cas de perte et que l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié ou au quart du capital social pour délibérer sur la poursuite ou non des activités de la société.

### Contrôler le paiement du précompte professionnel et de la TVA

Si le défaut de paiement peut être imputé à une faute de gestion, les personnes chargées de la gestion journalière pourront voir leur responsabilité engagée à l'égard du fisc ou de l'administration de la TVA. Le simple fait de ne pas s'acquitter du précompte et de la TVA à plusieurs reprises — sauf difficulté financière insurmontable — est d'ailleurs considéré comme une faute.

