LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 6

LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT EN CAS DE FAILLITE

CHAMBRE DES MÉTIERS
SERVICES AUX ENTREPRISES

Fiche 06 - La responsabilité du dirigeant en cas de faillite

Mise à jour : 21.05.2024

La responsabilité d'un dirigeant en cas de faillite peut être mis en cause sur base de différentes lois.

La notion de dirigeant est très large : il peut s'agir de « tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, personne physique ou morale » (art.495, code de commerce.).

1. La responsabilité vis-à-vis du droit d'établissement

1.1. La perte de l'honorabilité professionnelle

L'exigence d'honorabilité concerne non seulement le dirigeant sur lequel repose l'autorisation d'établissement, mais aussi le « *détenteur de la majorité des parts sociales » et plus largement « les personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise.* » (article 6 (2), loi de 2011 règlementant l'accès aux professions).

Vis-à-vis du droit d'établissement, un jugement déclaratif de faillite est susceptible d'entrainer la perte de l'honorabilité professionnelle.

La liste parmi les manquements :

· « l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées. L'importance des dettes est appréciée par rapport à l'effectif équivalent temps plein de l'entreprise et par rapport à son chiffre d'affaires des trois années ayant précédé la faillite ou la liquidation judiciaire, ou, si l'entreprise a existé moins de trois ans au moment de la faillite ou de la liquidation judiciaire, au chiffre d'affaires total réalisé »

· « toute condamnation définitive à une peine criminelle ou correctionnelle pour une infraction en relation avec l'activité exercée ou à exercer » (article 6 (4), loi de 2011 règlementant l'accès aux professions).

1.2. Le principe dit de « nouvelle chance »

Deux conditions cumulatives sont imposées pour retrouver une autorisation d'établissement à la suite d'une faillite (articles 7 et 7bis, loi de 2011 règlementant l'accès aux professions).

1) La preuve que la faillite a été directement causée par un des évènement ci-après :

1°une calamité naturelle qui a été reconnue comme telle par le Gouvernement

2°une destruction involontaire du lieu de production ou de l'outil de production

3°la perte d'un client prééminent

4°un chantier de travail public d'envergure

5°l'incapacité partielle ou totale de travail du dirigeant médicalement attestée

6°une pandémie reconnue comme telle par le Gouvernement en conseil

7°une perte de rentabilité à la suite d'une perturbation majeure du marché (applicable que pour autant que la faillite ait été rendue sur aveu)

2) Un seuil de dettes auprès de créanciers publics : si les seuils suivants sont dépassés, un accord de paiement est requis pour bénéficier d'une nouvelle chance :

1° concernant la taxe sur la valeur ajoutée, le seuil est fixé à 1% des montants nets effectivement versés, pendant les 5 derniers exercices, à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA

2° concernant les impôts directs, le seuil est fixé à 1% des montants effectivement versés, pendant les 5 derniers exercices, à l'Administration des contributions directes. Le seuil ne s'applique pas aux retenues à la source

3° concernant les cotisations sociales, le seuil est fixé à un montant équivalent de 4 mois de cotisations, calculé par le Centre commun de la sécurité sociale sur la base de la moyenne mensuelle des 24 derniers mois

2. L'extension de la faillite

L'article 495 du code de commerce prévoit l'extension de la faillite dans trois cas :

- Le dirigeant a fait des actes de commerce dans un intérêt personnel
- Le dirigeant a disposé des biens sociaux comme des biens propres
- Le dirigeant a poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société

La jurisprudence impose que ce dirigeant soit lui-même en faillite pour prononcer une faillite personnelle, c'est-à-dire qu'il soit un commerçant en état de cessation des paiements et dont le crédit est ébranlé.

Le passif de la faillite comprend, lorsque la faillite personnelle est prononcée, le passif de la société aggravé du passif personnel du dirigeant.

3. Le comblement du passif et/ou une interdiction d'exercer en cas d'une faute grave et caractérisée ayant contribuée à la faillite.

3.1. La notion de faute grave et caractérisée ayant contribuée à la faillite

Il peut s'agir d'une faute de gestion, d'un délit, d'une faute contractuelle envers la société, ou tout autre manquement ayant contribué à la faillite.

La faute s'apprécie par référence au dirigeant raisonnablement prudent et diligent. Il faut qu'il existe un lien de causalité entre la faute grave et caractérisée et la faillite.

La « faute grave et caractérisée » a été définie par le juge comme étant :

- La faute *« que ne commettrait pas un dirigeant raisonnablement diligent et prudent, compte tenu de la marge d'appréciation et des éléments dont il disposait au moment de l'accomplissement de l'acte* » (Tribunal d'Arrondissement, Luxembourg, 19 décembre 2008, Conférence du jeune barreau, BIJ, 4-2009) ;
- La faute « *qui est voisine du dol sans s'y identifier et qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise alors que la faute est de celles qui heurtent les normes essentielles de la vie en société (…). Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c'est-à-dire l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait pas l'être de ce que son comportement contribuera à la faillite* » (CA, 29.10.2008, Curateur de la faillite SDL SARL .C/L.-S.).

Exemples :

- L'aveu tardif d'une cessation des paiements ; la décision de continuer l'activité d'une entreprise déficitaire en situation désastreuse pendant un an et demi a été jugée comme constituant une telle faute engageant la responsabilité civile du dirigeant.[1]
- Le non-paiement de dettes publiques pour maintenir un crédit fictif
- Le non-paiement des charges sociales ou fiscales n'est cependant pas constitutif d'une telle faute lorsqu'il est la conséquence malheureuse et non fautive de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise

3.2. Le comblement de passif

CHAMBRE DES MÉTIERS SERVICES AUX ENTREPRISES

« *Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur ou du procureur d'État, que le montant de cette insuffisance d'actif sera supportée, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.*

L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. » (article 495-1 du code de commerce).

3.3. L'interdiction d'exercer

« (1) (L. 7 août 2023) S'il est établi que le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, d'une société déclarée en état de faillite, qu'ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, peut prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire, de réviseur d'entreprises, de réviseur d'entreprises agréé ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.

(2) La demande doit être introduite par le curateur ou par le procureur d'Etat près du tribunal d'arrondissement compétent, dans les trois ans à partir du jugement déclaratif de faillite.

(3) La durée de l'interdiction d'exercice ne peut être inférieure à un an ni supérieure à vingt ans.

(4) L'affaire est introduite et instruite suivant la procédure commerciale.

(5) L'interdiction cesse dans tous les cas si:

- le jugement déclaratif de faillite est rapporté,

- le failli obtient l'homologation du concordat,

- le failli obtient sa réhabilitation.

(6) L'interdiction prononcée par le tribunal est mentionnée au registre de commerce et des sociétés. Cette inscription est radiée lorsque l'interdiction a cessé ses effets. » (article 444-1 du code de commerce)

3.4. Tableau récapitulatif

	L'action en comblement de passif. (art 495-1, c.com.)	**L'interdiction d'exercer (art.444-1, c.com.)**
Conditions	Une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, et une insuffisance d'actif.	Une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.
Procédure	Requête du curateur. Prescription de trois ans à compter de la vérification définitive des créances.	Requête du curateur ou du procureur d'Etat.
Conséquences	Les dettes de la société sont supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par le(s) dirigeant(s) sociaux fautifs.	L'interdiction d'exercer d'une durée d'1 an à 20 ans toute activité commerciale, un mandat d'administrateur ou de gérant, et toute fonction pouvant engager une société.

4. La banqueroute simple ou frauduleuse

Si le curateur découvre certains agissements il doit déposer, au nom de la masse des créanciers, une plainte auprès du procureur d'État.

4.1. La banqueroute simple

La banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de 251 à 25.000 €.

Depuis la réforme de 2023, la loi ne distingue plus suivant la gravité des agissements (ceux qui entraînaient automatiquement la banqueroute, de ceux laissés à l'appréciation du juge pénal).

Sont désormais constitutif de banqueroute simple :

Le commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouve dans l'un des cas suivants :

Article 489 du code pénal :

« 1°si les dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ;

2°s'il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises ;

3°si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds ;

4°s'il a supposé des dépenses ou des pertes ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire ou bilan et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient avenus postérieurement ;

5°dans l'intention de retarder la déclaration de faillite, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse. »

Article 490 du code pénal :

« 1°s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés ;

CHAMBRE DES MÉTIERS SERVICES AUX ENTREPRISES

2°si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69 du Code de commerce ;

3°si, dans l'intention de retarder sa faillite, s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce ; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires ; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441 du même code, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts ;

4°s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs ;

5°s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce ; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code ; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

4.2. La banqueroute frauduleuse

Suivant l'article 490-3 du code pénal :

« Est déclaré banqueroutier frauduleux et condamné à un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 500 à 50 000 euros, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

1° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu ;

2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif ;

3° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

4.3. Tableau récapitulatif

	Banqueroute simple	**Banqueroute frauduleuse**
Peine	- Peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans - Amende de 251 à 25.000 €	- Peine emprisonnement de six mois à cinq ans - Amende de 500 à 50 000 €
Conditions	Faits listés par les articles 489 et 490 du code pénal Exemple : ne pas faire l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce ; pas de comptabilité ou comptabilité incomplète ou inexacte. Plus de pouvoir d'appréciation du juge depuis la réforme de 2023 !	Faits listés par l'article 490-3 du code pénal Essentiellement : fraudes comptables, détournement ou dissimulation d'actifs

[1] Cour d'appel, 29 octobre 2008, Curateur de la faillite SDL SARL.C/L.- S.

CHAMBRE DES MÉTIERS SERVICES AUX ENTREPRISES