

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Note d'observations sur les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL

Delvaux, Marie-Amélie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2018, 'Note d'observations sur les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 105-174.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL

*GUJE, 2^e édition – Livres 24.3, 24bis.3, 24ter.4
D.S.C., 4^e édition – Livre 12*

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

*Marie Amélie DELVAUX
Avocate au barreau de Namur
Maître de conférences à l'Université de Namur
Chargée de cours à l'Université Saint-Louis Bruxelles*

- 040. Observation préalable sur la responsabilité : faute commune et faute concurrente
- 315. La responsabilité de la personne morale administrateur, gérant ou membre du comité de direction d'une SA, et la responsabilité de son représentant permanent
- 335. La décharge susceptible de libérer les dirigeants de leur responsabilité envers la société
- 340. La responsabilité pour faute de gestion
- 367. et s. La responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil

N° 1372. – Comm. Gand (div. Courtrai) (2^e ch.), 12 octobre 2016¹

Présentation : Une SPRL vend une grande partie de ses actifs mobiliers pour un prix objectivement dérisoire (à peine un mois avant, un réviseur a évalué ces actifs à une valeur substantiellement plus élevée – proportion proche de 1 à 100 !) à une autre SPRL « amie » (identité des actionnaires et dirigeants) peu avant d'être déclarée en faillite.

Le curateur introduit une action paulienne pour que cette vente soit inopposable à la masse de la faillite. Il ne peut récupérer la valeur de ces biens au vu de la faillite, mais cherche à engager la responsabilité des gérants de la SPRL faillie, tant pour cette vente à un prix ridicule à une société apparentée que pour avoir fait prendre en charge par la société faillie des frais de travaux à un immeuble appartenant à cette société apparentée.

La responsabilité pour violation du Code des sociétés ou des statuts n'est pas jugée établie, tandis que la faute de gestion est rejetée pour le volet « travaux à l'immeuble » (la société faillie utilisait le hangar de la société apparentée de sorte qu'il n'est pas fautif d'y assumer les frais de travaux de modification ou d'amélioration), mais reconnue pour la vente d'actifs corporels à vil prix peu avant la liquidation.

Quant à la décharge, on rappelle qu'elle peut parfois, mais pas toujours, être opposée au curateur ; ce dernier, personnage bicéphale qui représente à la fois la société faillie elle-même² et la masse de ses créanciers, se trouve bloqué par la décharge lorsqu'il agit sur pied de l'*actio mandati*, mais pas lorsqu'il agit au nom de la masse des créanciers sur pied de la violation du Code ou des statuts ou sur pied des articles 1382-1383 du Code civil³.

Quant à la responsabilité du représentant permanent des sociétés gérantes de la SPRL faillie, nous formulerons quelques observations sous l'arrêt. Notons uniquement ici qu'il est particulier de voir que l'une des gérantes, la SPRL T. avait comme représentant permanent... une autre société⁴, la SPRL B., qui avait elle-même désigné comme représentant permanent P.B. : *pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ?*

1372.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.*, 2016-2017, liv. 28, p. 1107.

2. Sur cette double qualité, voir notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 247, n° 2686 ; P. COPPENS et F. t'KINT, « Les faillites, les concordats et les privilèges », Examen de jurisprudence (1984-1990), *R.C.J.B.*, 1991, pp. 318 et s. et spéc. n°s 14 à 16.

3. Voir la note de M. WYCKAERT, « De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap », publiée sous Gand (12^e ch.), 1^{er} mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 434, et principalement les pp. 446-447.

4. L'article 61, § 2, première phrase du Code des sociétés ne précise jamais que le représentant permanent doit être une personne *physique*, mais l'objectif poursuivi par le législateur l'impose (voir ci-après notre note d'observations).

Sommaire : L'action paulienne en cas de faillite (art. 20 de loi sur les faillites) peut uniquement être introduite par le curateur au nom de la masse. Les conditions d'application de l'action paulienne en cas de faillite sont : la condition d'antériorité, la mauvaise foi du failli, la lésion de la masse et la mauvaise foi du cocontractant du failli.

En ce qui concerne la condition d'antériorité, il suffit qu'une créance sur la masse ait existé et soit au moins, en principe, antérieure à l'acte attaqué.

Pour prouver la mauvaise foi du failli, il suffit de démontrer que l'acte était anormal et que le failli savait, lors de la transaction attaquée, que les intérêts des créanciers seraient lésés. L'intention de préjudicier n'est pas requise.

Le fait que le cocontractant du failli doive avoir été de mauvaise foi implique que le cocontractant était au courant ou, au moins, devait être au courant du caractère anormal de l'acte et du fait que l'acte en question portait préjudice aux autres créanciers du (futur) failli. L'intention de préjudicier n'est pas requise.

Si l'acte posé constitue une faute des gérants de la SPRL en faillite au sens de l'article 1382 C. civ., ils sont responsables *in solidum* du préjudice occasionné par cette faute. La décharge qui est accordée aux gérants à l'assemblée générale ne peut être opposée au curateur si celui-ci intervient pour la masse et demande une indemnisation sur la base de l'article 1382 C. civ.

Le représentant permanent d'une personne morale est responsable de la manière dont il exécute le mandat d'administration de cette personne morale, même s'il a été nommé en son nom propre. Toutes les dispositions en matière de responsabilité qui s'appliquent à l'administrateur-personne morale s'appliquent intégralement au représentant permanent. Il s'agit tant de la responsabilité interne vis-à-vis de la société administrée que de la responsabilité externe à l'égard des tiers, y compris vis-à-vis des innombrables règles spécifiques qui s'appliquent aux administrateurs en matière de responsabilité (art. 65, § 2 C. soc.).

Parties : SPRL B.C. en faillite c. SPRL S.V. *et alii*

(...)

4.2. Selon l'article 20 Loi sur les faillites: « tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu ».

L'article 20 Loi sur les faillites traduit l'*actio pauliana* de droit commun de l'article 1167 C. civ. en droit de la faillite.

Les conditions pour l'application de l'article 20 Loi sur les faillites sont remplies dans la présente affaire, à savoir la condition d'antériorité, la mauvaise foi du failli, le préjudice de la masse et la mauvaise foi de l'autre partie.

L'action révocatoire fondée sur l'insolvabilité ne peut être intenté par le curateur qu'au nom de la masse, qui forme une indivision. Selon la conception majoritaire, il suffit qu'il y ait une seule créance qui fasse partie de la masse qui existait, en principe, au moins avant l'opération

contestée. Le rapport disponible du réviseur d'entreprises établi en application de l'article 181 C. soc. montre qu'il existait des dettes à charge de la SPRL B.C. antérieurement aux opérations visées. Ces dettes se retrouvent dans la masse de liquidation et ensuite dans la masse de la faillite.

Pour prouver la mauvaise foi du failli, il suffit de démontrer que l'opération était anormale et que le failli savait, au moment de la transaction contestée, que les intérêts des créanciers seraient lésés (voir : Cass., 15 mars 1985, *R.W.*, 1985-1986, 2609 ; Cass., 26 octobre 1989, *R.W.*, 1989-1990, 1028 ; Bruxelles, 22 septembre 1986, *R.D.C.*, 1989, 244). L'intention de causer le dommage n'est pas requise.

Il ne peut pas être contesté que la vente de l'ensemble des immobilisations corporelles pour un montant de 1 239,00 EUR + 415,00 EUR, hors T.V.A., est anormale lorsque, dans le cadre de la dissolution et de la mise en liquidation légalement réglées, la valeur comptable nette de ces actifs a été fixée à peine un mois auparavant à 147 704,19 EUR (ou 136 627,08 EUR si le leasing et les droits similaires sont déduits) et cela encore une fois dans une perspective de discontinuité, alors que l'acquéreur achète les biens dans une perspective de continuité. L'actif vendu est composé d'installations, de machines, d'équipements, d'équipements de bureau, d'outils, de mobiliers et de matériels roulants. Le prix d'acquisition retenu s'élève à peine à 1,21% de la valeur déterminée par le réviseur d'entreprises. Le déséquilibre entre la détermination de la valeur et le prix de vente retenu est tellement manifeste que la vente doit être considérée comme anormale. La SPRL B.C. ne fournit du reste aucune justification pour la fixation du prix de vente.

Il convient d'établir le préjudice de la masse. Il y a une cession quasi gratuite des immobilisations corporelles (suiv. Bruxelles, 22 septembre 1986, *R.D.C.*, 1989, 244 ; Comm. Charleroi, 26 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 157). Le patrimoine de la SPRL B.C., qui constitue le gage des créanciers, subit une dévalorisation substantielle. Les possibilités de recours des créanciers sont limitées sans contrepartie, ce qui les lèse.

La SPRL S.V. a agi de mauvaise foi dans cette affaire. La notion de « mauvaise foi » doit être comprise ici dans un sens objectif, c'est-à-dire qu'il suffit que l'autre partie ait été, ou au moins ait dû être, informée de l'anormalité de l'opération, et que l'opération concernée ait causé un préjudice aux autres créanciers du (futur) failli. L'intention de causer un dommage n'est pas requise.

Les mêmes personnes travaillaient ensemble dans la SPRL B.C. et la SPRL S.V., aussi bien au niveau de l'actionnariat que des organes de gestion. Les connaissances qu'avait la SPRL B.C. existaient également au sein de la SPRL S.V.

4.3. Vu que les conditions d'application de l'article 20 Loi sur les faillites sont remplies, la sanction légalement fixée doit être appliquée. La vente des biens doit être déclarée inopposable à la masse de la faillite de la SPRL B.C. La demande du curateur est, dans cette optique, fondée.

Dans la mesure où le curateur ne peut pas recouvrer les biens en nature, c'est la valeur de la chose qui doit être, en principe, être restituée. Le curateur dispose de ce chef d'une créance à charge de la SPRL S.V. qui, vu la faillite, ne peut actuellement pas être condamnée au paiement.

4.4. L'article 101 Loi sur les faillites⁵ ne s'applique pas *en l'espèce* parce que la créance est fondée sur l'article 20 Loi sur les faillites et qu'il n'est pas question de réclamer les biens en vertu d'une clause qui suspend le transfert de propriété jusqu'au paiement complet du prix.

B. Responsabilité des gérants

4.5. Le curateur estime que les gérants de la SPRL B.C., à savoir la SPRL T. et la SCS T.V., sont responsables d'une part, d'avoir vendu l'ensemble de l'actif à un prix trop faible et d'autre part, d'avoir effectué des travaux à un bien immobilier appartenant à un tiers et d'en avoir mis le coût à charge de la société. Ces deux faits donneraient lieu, sur la base des articles 262-263 C. soc. et/ou de l'article 1382 C. civ., à l'octroi d'une indemnisation.

4.6. Il n'est pas contesté qu'au cours de l'exercice comptable 2013, la SPRL B.C. a pris en charge un montant de 75 000,00 EUR pour des « travaux internes activés ». Ces travaux ont été effectués à un bien immobilier qui est la propriété de la SPRL S.V.

4.7. L'article 263 C. soc. dispose que : « les gérants sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code 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 ».

Le tribunal estime que le curateur ne prouve pas que la SPRL T. et/ou la SCS T.V. ont contrevenu aux dispositions du Code des sociétés ou des statuts par les opérations mentionnées ci-avant.

Tout d'abord, on doit constater que ce n'est pas l'ensemble de l'actif de la SPRL B.C. qui a été vendu. Apparemment, seules ont été vendues les immobilisations corporelles, à l'exclusion des droits similaires aux leasings. Le détail des actifs repris dans le rapport du réviseur montre que la SPRL B.C. possédait aussi des immobilisations financières, des stocks et commandes en cours d'exécution et des créances. Ces éléments d'actif n'ont apparemment pas été vendus. Il n'est donc pas question de la vente de l'« ensemble de l'actif », comme l'allègue le curateur.

Ensuite, ni le Code des sociétés, ni les statuts n'empêchent le gérant de vendre les immobilisations corporelles de la SPRL B.C. N'est pas non plus démontrée, l'existence d'une interdiction d'effectuer des travaux au bien immobilier d'un tiers et d'en prendre le coût à charge.

À l'estime du tribunal, le curateur échoue à prouver la violation du prescrit de l'article 259 C. soc., ni n'établit que les conditions de l'article 264 C. soc. sont remplies.

La demande des curateurs n'est pas fondée en tant qu'elle est basée sur l'article 263 C. soc.

4.8. Selon l'article 262 C. soc., « les gérants sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

5. N.D.L.R. : rappelons que l'article 101 de la loi sur les faillites prévoit que la faillite ne porte pas atteinte au droit de revendication du *propriétaire* des biens détenus par le débiteur.

L'on ne peut mettre aucune faute à charge des gérants de société de la SPRL B.C. du chef de « travaux internes activés » à concurrence d'un montant de 75 000,00 EUR. Même s'il apparaît que ce montant pour travaux ait été facturé, il apparaît aussi que cette opération comptable a fait l'objet d'une contre-écriture au 31 décembre 2013. La facturation a donc été annulée, de sorte que cela ne peut avoir eu d'effet sur le patrimoine de la société.

Le curateur ne prouve, par ailleurs, pas que ces travaux, dont tout détail fait défaut, révéleraient un comportement fautif des gérants. Il ressort de l'exposé des faits par les deux parties, qui est univoque, que la SPRL B.C. a utilisé un hangar qui est la propriété de la SPRL S.V. Ce n'est pas un comportement inusité, et *a fortiori* fautif, qu'une société effectue des travaux de modification ou d'amélioration dans un bien qu'elle occupe en vertu de quelque relation juridique que ce soit.

Sur la base de ce qui précède, le tribunal juge la demande du curateur de ce chef non fondée.

Comme déjà évoqué ci-avant, la SPRL V.C. a vendu le 1^{er} août 2013 à la SPRL S.V. les immobilisations corporelles, constituées des installations, des machines, de l'équipement, de l'équipement de bureau, des outils, du mobilier et du matériel roulant. Le prix qui elle a stipulé et obtenu à cet effet atteint à peine 1,21% de la valeur nette comptable, telle qu'elle a été jugée correcte par le réviseur d'entreprises qui a établi le rapport en conformément à l'article 181 C. soc.

La vente de ces biens s'est faite sous les circonstances concomitantes suivantes :

- à la date de la vente, la dissolution et liquidation de la société se trouvaient déjà à l'agenda des gérants de société, puisqu'au 20 août 2013, le rapport des gérants tel que visé à l'article 181 C. soc. était déjà établi, l'assemblée générale du 6 septembre 2013 était ou allait être incessamment convoquée, le rapport du réviseur d'entreprises datant du 5 septembre 2013 était indubitablement en préparation. Les gérants, qui étaient aussi de manière indirecte, les détenteurs de parts, savaient que la dissolution et la liquidation seraient finalement décidées. La vente de biens à la SPRL S.V. n'était donc rien d'autre qu'une liquidation anticipée d'une partie du patrimoine, mais en dehors du cadre légalement réglé de la liquidation ;
- le prix de vente facturé est disproportionné par rapport à la valeur des biens (voir ci-avant) ; le prix de vente facturé n'est justifié par aucune pièce ou par aucun élément ;
- la vente se fait à une société qui est apparentée à la SPRL B.C., sur le plan de l'actionnariat et sur le plan de la gestion ;
- les gérants savaient ou auraient dû savoir qu'après la vente des biens à la SPRL S.V., le patrimoine de la SPRL B.C. serait à peu près inexistant ou invisible. Il restait encore seulement une participation financière insignifiante et un stock assez limité, à côté des créances commerciales dont l'on ne sait pas quelles caractéristiques elles présentent.

Un gérant qui vend les immobilisations corporelles de la société dans les circonstances esquissées ci-avant n'agit manifestement pas comme le ferait un gérant normalement prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances. Les gérants de la SPRL B.C. avaient, sans aucun doute, d'autres objectifs que l'intérêt de la société et des créanciers lorsqu'à ce moment-là, ils ont vendu les immobilisations corporelles à une société apparentée à un prix représentant 1,21 % de la valeur comptable nette. Cela doit être considéré comme une cession quasi gratuite. Ils ont commis un manquement manifeste dans l'exercice du mandat de gérant, de nature à préjudicier gravement au patrimoine de la société. La faute au sens de l'article 1382 C. civ. est prouvée par le curateur.

4.9. La décharge qui a été accordée aux gérants à l'assemblée générale du 6 septembre 2013 ne couvre pas la faute précitée. Le curateur doit être considéré en l'espèce comme un tiers qui n'est pas lié par la décision de l'assemblée générale de la SPRL B.C. sur la décharge de ses gérants. Le curateur vise à obtenir l'indemnisation de dommages subis par le gage des créanciers de la SPRL B.C. du fait de l'opération illégitime (des gérants) de la société. La décharge ne lie donc pas le curateur en l'espèce, parce qu'il intervient pour les créanciers et pas seulement pour la société (comp. en ce sens, Gand, 14 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012, 89, note W. DERIJCKE). Lorsque le curateur intervient pour les créanciers communs et réclame une indemnisation sur la base de l'article 1382 C. civ., on ne peut lui opposer aucune décharge (voir : Gand, 1^{er} mars 1989, *T.R.V.*, 1989, 434 ; K. GEENS et H. LAGA, *Overzicht van recht spraak vennootschappen 1986-1991*, *T.P.R.*, 1993, 1062).

(...)

4.11. Les fautes que la SPRL T. et la SCS T.V. ont commises en tant que gérantes ont causé un dommage au patrimoine de la SPRL B.C., consistant en la différence entre le prix d'acquisition facturé et la valeur réelle des biens. Cette perte a été causée par leurs fautes, vu que la perte ne se serait pas produite si les gérants avaient réalisé la vente dans des circonstances normales.

Tant le dommage que le lien causal entre la faute alléguée et le dommage sont établis et prouvés.

Pour autant que le curateur demande toutefois la restitution des biens, objet de la vente, et que cette demande soit aussi acceptée, l'ampleur du dommage n'est pas encore établie avec certitude à ce jour. Pour la détermination de l'ampleur du dommage, il doit, en effet, être tenu compte du fait que le curateur va ou non récupérer les biens et ceux-ci subiront ou non une réduction de valeur.

Compte tenu de ce qui précède, les gérants ne peuvent être condamnés aujourd'hui qu'à une indemnisation d'un euro provisionnel, comme le réclame d'ailleurs le curateur.

Les deux gérants doivent être condamnés *in solidum*, parce que leurs fautes respectives ont contribué de manière égale au dommage et ce dommage ne se serait pas produit comme il le fût *in concreto*, si une seule des fautes n'avait pas été commise.

Vu la faillite de la SPRL T. et la dissolution, la liquidation et la clôture de la liquidation de la SCS T.V., le tribunal ne peut que constater, à ce jour, l'existence de la créance.

C. Responsabilité des représentants permanents

4.12. Selon l'article 61, § 2, premier alinéa C. soc., « Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Cette dernière ne peut révoquer son représentant sans lui désigner concomitamment un remplaçant ».

Le représentant permanent est personnellement responsable pour la manière dont il exerce le mandat d'administration de la personne morale, même s'il avait été nommé en nom propre. Il ne peut se cacher derrière la personne morale pour invoquer qu'il ne peut être mis personnellement en cause, mais seulement l'administrateur-personne morale. Cette assimilation, en ce qui concerne le régime de responsabilité, emporte que ni la société administrée, ni le tiers ne peuvent être préoccupés par les dispositions propres à la relation interne entre l'administrateur-personne morale et le représentant permanent. Tous les motifs de responsabilité à l'égard de l'administrateur-personne morale sont donc applicables tels quels au représentant permanent, même s'il n'a pas été explicitement nommé dans les diverses dispositions légales relatives à la responsabilité. Il s'agit tant de la responsabilité interne envers la société administrée que de la responsabilité externe à l'égard des tiers, y compris les règles prévoyant les innombrables responsabilités spéciales qui s'appliquent aux administrateurs (voir : M. WAUTERS, « art. 61, § 2 W. Venn. » dans H. BRAECKMANS, K. GEENS et E. WYMEERSCH, *Comm. Venn.*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles).

4.13. À l'époque de l'opération récusée, la SPRL T. et la SCS T.V. étaient les gérantes de la SPRL B.C.

La SPRL B. est le représentant permanent de la SPRL T., P.B. est le représentant permanent de la SPRL B.

T.V. est le représentant permanent de la SCS T.V.

Vu que la faute de la SPRL T. et de la SCS T.V. est prouvée, on doit aussi imputer cette faute à leurs représentants permanents, la SPRL B. et T.V. Vu que la faute de la SPRL B. est établie, cette faute doit aussi être imputée à son représentant permanent P.B.

Chacun de ces représentants permanents est tenu, en vertu de l'article 61, § 2 C. soc. à indemniser le dommage causé par la faute imputée. Vu que rien ne démontre que les organes de représentation ordinaires des gérants-personnes morales de la SPRL B.C. sont intervenus, les représentants permanents doivent être condamnés solidairement avec la personne morale.

D. Responsabilité en tant qu'associé commandité

T.V. est l'associé commandité de la SCS T.V. En vertu de l'article 204 C. soc., l'associé en nom collectif est solidaire pour tous les engagements de la société.

Aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle de l'associé commandité d'une société en commandite simple ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation contre la société (art. 203 C. soc.).

L'obligation de la SCS T.V. d'indemniser le dommage causé à la masse de la faillite de la SPRL B.C. est ainsi une dette de la SCS T.V. pour laquelle T.V. est solidairement tenu. À ce titre, T.V. doit, par conséquent, être condamné au paiement de l'indemnisation, comme demandé par le curateur.

OBSERVATIONS

Une application de la responsabilité civile solidaire du représentant permanent de la personne morale administrateur de société et quelques réflexions sur la responsabilité pénale de ce représentant permanent et de la société

L'article 2 de la loi du 2 août 2002⁶ a introduit un second paragraphe à l'article 61 du Code des sociétés prévoyant expressément que la personne morale administrateur d'une société⁷ doit désigner un *représentant permanent*, personne physique⁸ chargée de l'exécution de cette mission pour ses nom et compte⁹. Cette personne encourt les mêmes responsabilités civiles que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propres, sans préjudice de la responsabilité solidaire¹⁰ de la personne morale représentée¹¹.

L'objectif poursuivi par les auteurs du projet « *corporate governance* » était d'éviter qu'une personne physique puisse échapper totalement à sa responsabilité de dirigeant, ou à tout le moins rendre plus complexe la mise en cause de sa responsabilité, par le biais de la désignation, au poste d'administrateur, d'une société qu'elle contrôle plutôt que d'elle-même directement¹². Ce stratagème lui permettrait de se protéger, de masquer sa responsabilité, tant vis-à-vis des actionnaires que des créanciers, de modifier substantiellement l'appréciation des risques et de faire obstacle aux garanties d'indépendance requises des administrateurs.

La modification apportée a accru non seulement la protection des tiers (la solidarité implique que l'intégralité du dommage puisse être réclamée à la personne morale administrateur comme à son représentant physique), mais également le sens des responsabilités du représentant. Peu importe que l'exercice du mandat d'administrateur soit effectivement exercé par un organe de la personne morale administrateur ou par un mandataire spécial. Chacun encourt, en effet, les mêmes responsabilités civiles¹³ que s'il exerçait la mission en son nom propre et pour son compte.

6. Loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 22 août 2002, p. 36.555 (en vigueur le 1^{er} septembre 2002).

7. Qu'il s'agisse de l'administrateur de SA, du gérant de SPRL ou de SCRL, ou du membre du comité de direction d'une SA. Par contre, la personne morale déléguée à la gestion journalière ne doit pas désigner un représentant permanent (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/14, pp. 241 et 244).

8. Le texte normatif ne précise pas qu'il s'agit d'une personne physique, mais l'objectif poursuivi par le législateur l'impose (voir en ce sens, O. CAPRASSE, « Personne morale administrateur et comité de direction » publié dans *D.A.O.R.*, 2002/64, n° 5, p. 329).

9. Sur les particularités du représentant permanent (identité, conditions de permanence et de publicité, désignation, révocation, rôle, décharge, ...), nous renvoyons au commentaire détaillé de l'article 61 du Code des sociétés, sous la plume d'E. POTIER et D. REINSIGER paru dans le *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Wolters Kluwer, mars 2017, pp. 11 à 13 ainsi qu'à l'article détaillé d'O. CAPRASSE, *op. cit.*, pp. 328 à 333.

10. À noter que la solidarité vise uniquement la responsabilité civile, et non la responsabilité pénale qui ignore cette notion.

11. Sur cette question de la responsabilité encourue par le représentant permanent, et plus généralement sur le statut et le rôle du représentant permanent, voir C. EYBEN, « Le représentant permanent : une fonction qui mérite réflexion », *Rev. prat. soc.*, 2003, liv. 2, pp. 131-171.

12. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin. 2001-2000, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.

13. Que ce soit pour faute de gestion, violation du Code ou des statuts, responsabilité aquilienne.

À noter toutefois que si le représentant est un *employé* de la société, il ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle¹⁴. Dans cette hypothèse, la personne morale demeure responsable tant en sa qualité d'administrateur, d'une part, que d'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, d'autre part.

L'article 61, § 2 du Code des sociétés qui oblige la personne morale administrateur à désigner un *représentant permanent* ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de non-respect de ce prescrit. Il est tout à fait possible qu'en pratique, certaines sociétés négligent de désigner un représentant permanent, ce qui engage leur responsabilité pour violation de la loi, mais pourrait éviter à la personne physique exerçant le mandat d'administrateur de voir sa responsabilité personnelle engagée. En effet, l'article prévoit que le *représentant permanent* est soumis à la même responsabilité que s'il exerçait le mandat d'administrateur en son nom propre. Si la personne physique qui exerce le mandat de gestion au nom de la société administrateur n'a pas été désignée *représentant permanent* conformément à l'article 61, § 2, on pourrait soutenir que la responsabilité y définie ne peut lui être appliquée.

L'article 61, § 2 du Code des sociétés déroge au régime de cumul/décumul des responsabilités *pénales* de la société commerciale d'une part, de la personne physique d'autre part, instauré par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales¹⁵, tel qu'autrefois formulé¹⁶. En effet, il établit notamment que le représentant permanent de la société administrateur d'une autre société encourt les mêmes responsabilités *sur le plan pénal* que s'il exerçait lui-même la mission de gestion en nom et pour compte propre. Il peut donc être poursuivi pénalement pour une infraction commise involontairement alors même qu'il n'a pas commis la faute la plus grave, et pour une infraction commise sciemment et volontairement, sans que le juge ait le choix de ne condamner qu'une des deux personnes, la société administrateur ou son représentant permanent.

Le texte légal invite à considérer le représentant permanent comme l'auteur direct de l'infraction, indépendamment de la société administrateur qui l'a désigné.

Ce régime de l'article 61, § 2 du Code des sociétés aggrave substantiellement la responsabilité de la personne *physique* agissant dans le cadre d'une société commerciale, puisque l'application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal lui permettait auparavant, dans de nombreuses hypothèses, d'échapper à toute responsabilité pénale.

Ce régime aggrave de la même façon la responsabilité pénale de la *société* administrateur. Il semble, en effet, difficile d'admettre que l'on puisse faire, au profit de la société, une application simultanée des articles 61, § 2 du Code des sociétés et 5, alinéa 2 du Code pénal. Le premier ne vise que la personne physique, et stipule qu'elle encourt la même responsabilité pénale que si elle était elle-même l'administrateur auteur de l'infraction ; le second vise tant

14. Article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Les travaux préparatoires indiquent que la loi nouvelle ne porte pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail, et citent précisément l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 ; la personne morale administrateur reste quant à elle responsable pour l'ensemble du dommage dans cette hypothèse du représentant permanent sous contrat d'emploi avec elle (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/1, pp. 11 et 12).

15. Sur cette question, voir notre contribution intitulée « Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL », in *Liber amicorum COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 527 à 560.

16. Voir ci-après.

la personne physique que la personne morale, et organise un régime de responsabilités pénales alternatives des personnes physique et morale, un cumul étant exceptionnellement prévu.

La société commerciale administrateur ne peut, selon nous, tenter d'échapper en certaines circonstances à sa responsabilité pénale en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal. Quel est le raisonnement suivi ? L'alinéa premier de l'article 5 du Code pénal instaure, en des termes généraux, un principe de responsabilité pénale des personnes morales. Et ce n'est que dans le cadre strict de l'alinéa second qu'une personne morale peut, dans certaines hypothèses, être acquittée malgré qu'elle ait commis une infraction.

Même si l'article 61, § 2 du Code des sociétés n'en touche mot, puisqu'il régit le statut du représentant permanent, personne physique, tant la société administrateur que le représentant permanent doivent être envisagés comme auteurs directs de l'infraction, en leur nom propre et pour leur propre compte. Or le régime de cumul/décumul des responsabilités pénales défini à l'alinéa second de l'article 5 ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où une personne physique a commis une infraction *au nom et pour le compte d'une personne morale* et où les deux personnes, physique et morale, sont « sur pied d'égalité » au niveau de la sanction pénale, qui les touchera soit exclusivement, soit simultanément. À partir du moment où un texte légal spécifique, dans une matière particulière, établit que la personne physique doit, *en tous les cas*, être considérée comme auteur direct de l'infraction (et pas au nom et pour le compte de la société qui l'a désignée) et sanctionnée à ce titre (et pas sanctionnée éventuellement, dans certains conditions), le mécanisme de cumul/décumul mis en place ne peut plus s'appliquer tel qu'il a été prévu, avec la distinction entre infractions commises sciemment et volontairement par la personne physique ou non, avec l'appréciation de la gravité des fautes respectives...

Selon notre analyse, mais cette opinion est avancée « sans filet¹⁷ », le régime de l'alinéa second de l'article 5 du Code pénal ne peut dès lors pas être appliqué dans les relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Ainsi, tant le représentant permanent que la société administrateur doivent être jugés, sur un plan pénal, comme les coauteurs d'une infraction commise en leur nom propre et pour leur propre compte.

Conformément au droit transitoire¹⁸, et dans la mesure où la loi du 2 août 2002 est sur le plan pénal une loi moins favorable au délinquant, l'article 61, § 2 du Code des sociétés ne peut s'appliquer qu'aux infractions commises à compter de son entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2002, sans rétroactivité. Pour les infractions commises du 2 juillet 1999¹⁹ au 31 août 2002, en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, ce seront tantôt la société administrateur, tantôt la personne physique qui gère en son nom et compte, tantôt les deux qui supporteront la sanction pénale.

Ces réflexions appartiennent désormais au passé, même si elles resteront d'actualité pour toutes les infractions commises jusqu'au 29 juillet 2018.

17. Curieusement, les travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002 ne développent absolument pas l'aspect pénal des responsabilités et l'éventuelle dérogation à la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Il semble que seules les conséquences civiles de la responsabilité aient intéressé les auteurs de la loi.

18. Article 2, alinéa 2 du Code pénal et article 15.1, seconde phrase du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.

19. Date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

En effet, la formulation de l'article 5 du Code pénal vient récemment d'être modifiée puisqu'est parue au *Moniteur belge* du 20 juillet 2018, en plein cœur de l'été, une loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, entrée en vigueur le 30 juillet 2018. On souligne déjà l'appellation inadéquate de cette loi puisque seules des réformes du Code pénal sont instaurées, sans modification du titre préliminaire du Code de procédure pénale ; un projet initial plus ambitieux explique sans doute l'omission d'adapter le nom de la loi.

L'alinéa premier de l'article 5 du Code pénal ne change pas²⁰ tandis que l'alinéa 2 est supprimé et remplacé²¹, que l'alinéa 3 est actualisé²² et que l'alinéa 4 est supprimé²³.

La réforme a essentiellement pour origine le souci de « répondre aux problèmes mis en évidence dans plusieurs dossiers concernant des poursuites pénales de mandataires locaux (bourgmestres et échevins), la législation actuelle permettant uniquement d'assigner les mandataires locaux et non la commune²⁴ ». Elle lève donc l'immunité pénale des personnes morales de droit public et en profite pour supprimer la règle du décumul qui a donné tant de cheveux blancs aux praticiens depuis 1999.

Relativement au champ d'application *ratione personae* de l'article 5, l'alinéa 2 nouveau actualise enfin²⁵ les notions de sociétés momentanées (autrefois *associations momentanées*) et sociétés internes (autrefois *associations en participation*) et abandonne la référence aux vieilles lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

A surtout été supprimée l'exclusion de responsabilité pénale qui bénéficiait depuis toujours aux personnes morales de droit public²⁶, mais... ces dernières conservent cependant un régime spécifique puisque l'article 7bis nouveau, tel que formulé par la loi du 11 juillet 2018, prévoit que les peines applicables aux infractions commises par des personnes morales ne

20. « Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. »

21. « Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ». Cet alinéa est remplacé par un nouvel alinéa 3 formulé comme suit : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé. »

22. « Sont assimilées à des personnes morales :

1° les associations momentanées et les associations en participation;

2° les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation;

3° les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale. »

23. « Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intra-communaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale. »

24. Résumé de la proposition de loi déposée le 21 janvier 2015, *Doc. parl.*, Chambre, Sess. Ordin. 54, 0816/001, page 1.

25. Puisque ces formes sociétaires ont été nouvellement nommées par le Code des sociétés le... 7 mai 1999, et qu'on pouvait déplorer que la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, adoptée quelques jours avant, n'en ait pas tenu compte : le législateur ne pouvait-il envisager ces deux réformes en même temps et tenir compte de l'une dans le cadre de l'autre ?

26. Voir l'ancien alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal.

s'appliquent pas aux personnes morales de droit public ; en effet, « En ce qui concerne l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale seule la simple déclaration de culpabilité peut être prononcée, à l'exclusion de toute autre peine ».

Relativement au concours entre la responsabilité pénale de la personne morale et de la personne physique, l'ancien régime complexe de l'alinéa 2 de l'article 5 a été abandonné au profit d'une règle désormais simple : la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.

Les travaux préparatoires²⁷ soulignent qu'« Il est évident que concrètement, l'infraction commise par la personne morale sera le fait d'une personne physique. Si la personne physique peut être identifiée, tant la personne morale que cette personne physique peuvent être condamnées pour le même fait ». Le régime initialement instauré par la loi du 4 mai 1999 était compliqué à mettre en œuvre et unique, si l'on compare aux régimes applicables notamment en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Les travaux préparatoires partent du constat que le régime de cumul légal pose des problèmes au ministère public qui décide généralement de poursuivre systématiquement tant la personne morale que la personne physique, de sorte que la difficulté d'application du régime est reportée sur le juge du fond. Si ce dernier n'est confronté qu'à la personne morale et l'acquitte, la personne physique qui serait poursuivie dans un second temps pourrait argumenter que c'est la personne morale qui a commis la faute la plus grave.

Concrètement, que change ce nouveau régime, d'une formulation bien plus simple ?

On constate une plus grande sévérité, tant pour la personne morale que pour la personne physique, puisqu'autrefois :

- dans le cadre d'une infraction commise *sciemment et volontairement*, la personne physique pouvait espérer échapper à toute condamnation, seule la personne morale étant condamnée, selon l'interprétation du juge ;
- dans le cadre d'une infraction commise *involontairement*, l'une des deux pouvait échapper à toute condamnation puisque seule la personne ayant commis la faute la plus grave pouvait être condamnée par le juge, l'autre bénéficiant d'une cause d'excuse absolutoire.

Nous verrons ce que cette réforme impliquera en pratique dans les prétoires et avec quelle sévérité les magistrats jugeront désormais tant les personnes morales que les personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.

Quant au représentant permanent visé à l'article 61, § 2 du Code des sociétés, on a vu que tant la société administrateur que le représentant permanent devaient déjà être envisagés comme auteurs directs de l'infraction, en leur nom propre et pour leur propre compte, de sorte que la suppression du régime de cumul/décumul des responsabilités n'aura pas d'impact sur lui.

Notons que la récente loi :

- modifie également l'article 7bis du Code pénal,
- a prévu que dans les trois ans de l'entrée en vigueur du nouveau régime, une évaluation de la réforme sera réalisée par le ministère de la Justice et par le ministère de l'Intérieur.

27. Doc. parl., Chambre, Sess. Ordin. 54, 0816/001, p. 9.

130. La responsabilité des fondateurs pour souscription minimale au capital, libération des apports et consistance des apports en nature

N° 1373. – Gand (7^e ch.), 7 novembre 2016¹

Présentation : Cet arrêt est partiellement publié ci-avant, sous le numéro 1361, dans la partie consacrée par Henri CULOT aux règles de constitution des SA, SPRL et SCRL ; nous y renvoyons.

Il retient ici notre attention puisqu'est recherchée, par un curateur, la responsabilité solidaire de deux fondateurs d'une SPRL pour n'avoir pas respecté les conditions minimales de libération lors de la constitution de leur SPRL. Sauf que ... le curateur oublie que les fondateurs ne sont pas tenus solidairement à la libération effective de l'intégralité du capital souscrit, mais uniquement du *minimum* imposé par la loi, régulièrement libéré lors de la constitution de la SPRL en l'espèce, de sorte que la cour déboute le curateur. Rappelons que l'article 229, al. 1, 2° du Code des sociétés prévoit que « *Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire (...) 2° de la libération effective du capital et des parts conformément à l'article 223 (...)* » tandis que l'article 223 précise que « *Dès la constitution de la société, le capital doit être libéré à concurrence de 6 200,00 EUR au moins* », outre que chaque part souscrite en numéraire doit être libérée d'1/5 au moins et que les parts sociales ou parties de parts sociales correspondant à des apports en nature doivent être entièrement libérées². Puisqu'elle est constituée par un acte notarié³, les hypothèses où le capital minimum d'une SPRL n'est pas souscrit ou libéré dans les conditions fixées par la loi sont assez théoriques, le notaire veillant systématiquement à ce que la loi soit respectée⁴.

Sommaire : L'exigibilité de la dette de libération complète du capital social suppose un appel aux fonds, émanant de l'organe de gestion. La part du capital souscrit qui n'est pas libérée constitue une dette à terme de l'actionnaire vis-à-vis de la société. Faute d'une disposition contraire dans les statuts, l'organe de la société doit faire un appel à la libération afin que cette dette devienne exigible. Il n'existe pas de limitation dans le temps pour la libération des apports en argent.

L'article 229, al. 1^{er}, 2° C. soc. qui prévoit la responsabilité solidaire des fondateurs d'une SPRL au cas où il n'est pas satisfait à l'obligation de libération légale au moment de la constitution, ne signifie pas que les fondateurs soient tenus à la libération effective de l'entièreté du capital souscrit ou du capital minimal, mais ne les rend responsables que de la libération du montant de la limite de libération minimale à l'article 223 C. soc.

1373.- 1. Le sommaire de cette décision a été publié en néerlandais dans *D.A.O.R.*, 2017 (sommaire), liv. 121, p. 135.

2. Et rappelons que pour la SPRLU, c'est 12 400,00 EUR qui doivent être libérés dès la constitution. Ce doublement du montant minimum du capital libéré des sociétés unipersonnelles a été instauré par une loi du 14 juin 2004 modifiant les articles 213 et 223 du Code des sociétés, entrée en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* soit le 2 août 2004 (voir l'article 223, alinéa 3 du Code des sociétés).

3. Article 66, alinéa 2 du Code des sociétés.

4. Mais il est vrai que certains notaires peuvent être distraits ou ignorer temporairement une modification légale relative au capital minimum, par exemple.

Parties : B. et V. / Me J. VANSPEYBROECK *qualitate qua.*

Voir l'extrait publié ci-avant, sous le numéro 1361, dans la partie consacrée par Henri CULOT aux règles de constitution des SA, SPRL et SCRL.

131. La responsabilité particulière de l'associé unique d'une SPRLU qui est parfois personnellement tenu des dettes de sa société

N° 1374. – Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2016¹

Présentation : La SPRL est, jusqu'à présent², la seule forme sociétaire qui peut ne compter qu'un seul associé, en vertu des articles 1^{er}, alinéa 2 et 211 du Code des sociétés. Toutefois, des garanties particulières ont été mises en place par le législateur, notamment pour protéger les créanciers de telles sociétés³.

La situation de l'associé unique d'une SPRLU est donc moins favorable que celle de l'associé d'une société plurale dans trois hypothèses particulières dans lesquelles la limitation de sa responsabilité « saute », le législateur le présumant *responsable solidairement* ou *caution solidaire* des dettes de sa société.

Une de ces trois hypothèses⁴, qui retient notre attention dans cet arrêt, est celle de la *personne morale* qui constitue seule une SPRLU : elle ne peut bénéficier de la responsabilité limitée et est responsable solidairement de tous les engagements de la société (art. 213, § 2, alinéa 1 C. soc.). Si la personne morale devient associée unique d'une SPRL en cours de vie sociétaire de celle-ci (départ des autres associés) et que dans un délai d'un an, un nouvel associé n'est pas entré dans la société et qu'elle n'a pas été dissoute, l'associée unique personne morale est réputée caution solidaire de toutes les obligations de la SPRL nées depuis qu'elle est devenue unipersonnelle, et ce jusqu'à l'entrée d'un nouvel associé ou la publication de sa dissolution (art. 213, § 2, alinéa 2 C. soc.).

- 1374.- 1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 2017, liv. 5, p. 516 et note D. WILLERMAIN intitulée « Nouveau cas d'action (collective) du curateur : le droit d'agir à l'égard des associés solidairement tenus aux dettes sociales », *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, liv. 1, p. 42 et note R. VERHEYDEN intitulée « Collectieve vordering 2.0 : curator kan enige vennoot aanspreken voor schulden ontstaan tijdens eenhoofdigheid ».
2. L'article 1^{er}, alinéa 2 du Code des sociétés (ancien article 1832, alinéa 1 du Code civil) laissait la porte ouverte au législateur pour prévoir, à l'avenir, d'autres formes sociétaires unipersonnelles, même s'il semble que la SPRL soit la structure la plus adaptée. Le Code des sociétés et associations permettra, s'il est adopté, d'également constituer seul une SA.
3. Sur l'ensemble de cette question, on renvoie à M. COIPEL, « La SPRL unipersonnelle et les sociétés à finalité sociale », Livre 11 bis.1 du Guide Juridique de l'Entreprise (Kluwer), et tout spécialement à la section intitulée « Les freins dans l'accès à la SPRL unipersonnelle », pp. 16 à 20.
4. Voici les deux autres :
- d'une part, la *personne physique* ne peut être l'associée unique que d'une SPRL ; si elle devient associée unique d'une seconde SPRL, pour une raison distincte de la transmission des parts pour cause de mort, elle devient caution solidaire des obligations de cette seconde société, et ce jusqu'à l'entrée d'un nouvel associé ou jusqu'à la publication de sa dissolution (art. 212 C. soc.) ;
 - d'autre part, la loi du 14 juin 2004 modifiant les articles 213 et 223 du Code des sociétés a doublé le minimum du capital social à libérer en SPRLU ; pour les SPRLU existantes au jour de son entrée en vigueur, soit le 2 août 2004, cette libération complémentaire de capital devait intervenir dans un délai d'un an, soit pour le 2 août 2005, à moins que la SPRLU soit dissoute dans l'intervalle ; l'associé unique qui n'a pas effectué cette libération complémentaire à la date butoir est réputé *caution solidaire* de toutes les obligations de la société jusqu'à la publication de la dissolution de celle-ci ou jusqu'à la libération effective du capital à concurrence de 12 400,00 EUR ; et lorsqu'une SPRL devient unipersonnelle *en cours de vie sociétaire* (départ des autres associés), le montant libéré de son capital doit, dans un délai d'un an également, atteindre 12 400,00 EUR au moins, sauf si un nouvel associé apparaît ou si la société est dissoute ; à défaut, l'associé unique encourt la même sanction à savoir qu'il est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la SPRL nées depuis qu'elle est devenue unipersonnelle, et ce jusqu'à l'entrée d'un nouvel associé, la publication de la dissolution de la SPRLU ou la libération effective du capital à concurrence de 12 400 EUR.

Sommaire : Il ressort des articles 213, § 2, alinéas 1^{er} et 2 du Code des sociétés que l'associé unique est tenu à l'égard de tous les créanciers, mais que l'étendue de cette obligation est limitée aux dettes nées au cours d'une période déterminée.

La mission générale du curateur consiste à réaliser les actifs du failli et à distribuer le produit ; la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, même si ce droit d'agir n'appartient pas au failli ; l'obligation à l'égard de tous les créanciers existe même si l'étendue de celle-ci est limitée dans le temps.

Parties : C. de la V.P. en qualité de curateur à la faillite de la SPRL Bureauneuf/Flanders Investment Company SA, en présence de Mercurius Consulting SA et Rescue Unlimited, société de droit étranger.

Cet arrêt est publié dans la partie consacrée par Michel COIPEL à la SPRL unipersonnelle, sous le titre « 140. Rupture de la responsabilité limitée d'une personne morale associée d'une SPRLU », sous le numéro 1360, avec une note intitulée « La personne morale associée unique : difficile mise en œuvre d'une responsabilité envers tous les créanciers et question relative au droit transitoire ».

OBSERVATIONS

Dans le cadre de la faillite de la SPRL, la personne morale associée unique est tenue à l'égard de *tous* les créanciers, et pas seulement de ceux dont la créance est née durant la période d'« unipersonnalité », mais uniquement à *concurrence* des dettes contractées durant cette période. La cour souligne bien cette obligation quant aux *bénéficiaires* d'une part (tous les créanciers de la société faillie, sans distinction), quant au *quantum* d'autre part (uniquement à concurrence des dettes nées au cours de la période d'« unipersonnalité »).

La Cour de cassation confirme donc clairement que le curateur peut agir, sous sa « casquette » de défenseur des créanciers de la société faillie, contre la personne morale caution légale des dettes de la SPRLU durant la période au cours de laquelle elle s'est trouvée associée unique, agissant dans ce contexte en représentation et au bénéfice de *tous* les créanciers de la société faillie, et pas uniquement d'une partie d'entre eux, à savoir ceux dont la créance est née durant la période « litigieuse » à savoir lorsque la personne morale était associée unique de la SPRL. Dans son arrêt du 11 février 2014, la Cour d'appel de Bruxelles avait dénié au curateur ce droit d'agir contre la personne morale associée unique et caution légale, estimant que si la caution légale instaurée par l'article 213, § 2 du Code des sociétés bénéficie à *un ensemble* de créanciers, elle ne bénéficie pas nécessairement à *tous* de sorte que le curateur ne pourrait agir en justice pour la faire « jouer ».

À noter que dans ses observations intitulées « Nouveau cas d'action (collective) du curateur: le droit d'agir à l'égard des associés solidairement tenus aux dettes sociales⁵ », Didier WIL-
LERMAIN rappelle utilement la distinction à opérer entre les alinéas 1 et 2 de l'article 213,

5. Note publiée sous cet arrêt dans *R.D.C.*, 2017, liv. 5, p. 518.

§ 2, du Code des sociétés : l'alinéa 1^{er} vise la **constitution** d'une SPRLU par une personne morale, avec une responsabilité solidaire corrélatrice des dettes de cette SPRLU, et l'alinéa 2 vise l'« unipersonnalité » survenue **en cours de vie sociale**, avec la personne morale devenant caution solidaire des dettes de la SPRLU « accidentelle » jusqu'à ce qu'elle ne soit plus unipersonnelle. Dans le premier cas, la personne morale est tenue *à titre principal* et dans le second, *à titre subsidiaire*, ce qui n'est pas pareil.

200. La responsabilité des fondateurs dans l'hypothèse du capital insuffisant
220. L'importance du plan financier

N° 1375. – Gand (7^e ch.), 26 juin 2017¹

Présentation : Lorsqu'une société est déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution et qu'il apparaît que son capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant deux ans au moins², ses fondateurs peuvent être solidairement tenus de ses engagements dans une proportion fixée par le juge (*intégralité* ou *quotité* du passif non couvert par le fruit de la réalisation des actifs par le curateur)³.

Sommaire : L'appréciation du caractère manifestement insuffisant du capital social (articles 229, 5° et 215 C. soc.) doit être faite au moment de la constitution de la société, en respectant la justification du capital social dans le plan financier. Le caractère manifestement insuffisant du capital social fait l'objet d'un contrôle marginal par le juge.

Si la société a exercé une activité autre que celle prévue dans les statuts et dans le plan, que le capital libéré ne suffisait pas pour acheter les équipements nécessaires et pourvoir aux premiers loyers et que – même si un prêt a pu être obtenu auprès de la banque – il n'y avait pas assez de liquidités pour démarrer l'activité, que le chiffre d'affaires a été calculé de façon inexacte et qu'aucun coût pour la fourniture du gaz et de l'électricité n'a été prévu, on peut conclure de manière justifiée que le capital social est manifestement insuffisant.

Le juge saisi dispose d'une marge d'appréciation en ce qui concerne la mesure dans laquelle il met le passif à charge des fondateurs.

Lors de l'appréciation de la responsabilité de principe des fondateurs, est sans incidence la question de savoir quelles initiatives ont été prises contre les gérants qui étaient en fonction à la date de la faillite puisque la responsabilité du fondateur de la société et la responsabilité du gérant de la société sont deux choses distinctes.

Parties : S. Ch. c. M.R. *qualitate qua* et Sh. K.

(...)

1375.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *D.A.O.R.*, 2017, liv. 124, p. 30.

2. Il s'agit d'une période de 24 mois et non des deux premiers exercices comptables, qui peuvent couvrir une période plus importante (J.-M. VAN HILLE et N. FRANÇOIS, *La société anonyme – aspects juridiques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 35).

3. Voir, en matière de SA, Civ. Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (spéc. p. 942) et en matière de SPRL, Gand, 21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, p. 30.

Appréciation [...]

6. L'article 229, 5° C. soc. dispose ce qui suit : « Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire : (...)

5° des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution si le capital social ou dans le cas visé à l'article 211bis, les fonds propres et les moyens subordonnés, étaient, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins. Le plan financier prescrit par l'article 215 est à cet effet transmis au tribunal par le notaire, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi ».

Le niveau du capital social trouve sa justification dans le plan financier qui est sommairement défini à l'article 215 C. soc. Il contient la justification du niveau du capital social au moment la constitution de la société. Par conséquent, l'appréciation du caractère manifestement insuffisant du capital social doit être faite au moment de la *constitution* de la société, en respectant la justification du capital social dans le plan financier (Gand, 5 octobre 1994, *T.R.V.*, 1995, 197).

Dans cette optique, il ne peut être tenu compte des faits qui se produisent après la constitution et qui ne pouvaient raisonnablement être prévus au moment de la constitution. La condition que le capital doit être *manifestement* insuffisant se traduit en un *contrôle marginal* du juge.

7. La SPRL ZO. a été constituée le 27 septembre 2011 et a été déclarée en faillite le 5 mars 2014 (pièces 1 et 3 du curateur). La société a été déclarée en faillite dans les trois ans suivant sa constitution.

Lors de la fondation, le capital de la SPRL ZO. a été fixée à 18 600,00 EUR. Ce capital devait permettre à la société d'exercer l'activité projetée pendant au moins deux ans. Dans l'acte constitutif, l'objet de la société est défini de manière assez large. Selon la partie appelante, la société aurait exploité un restaurant à partir du 2 janvier 2012 à Tournai et, selon le curateur, la dernière activité précédant la faillite portait sur l'exploitation d'un magasin de nuit à Courtrai.

Se ralliant à l'opinion du premier juge, la cour constate que le plan financier (pièce 2 du curateur) est sommaire et peu étayé. Il comprend un bilan et un compte de résultats pour les années N, N+1 et N+2 et contient les perspectives pour trois années d'exploitation. Le premier juge relève à juste titre ce qui suit : « Le contrôle de ce plan financier nous apprend que :

- il ne comprend pas de définition de l'activité projetée. Vu la définition large de l'objet social de la société dans l'acte constitutif, et le fait que la société allait apparemment exercer différentes activités, se pose immédiatement la question du sérieux des calculs repris dans le plan financier ;
- la définition des actifs nécessaires montre que le plan part du constat que la société allait exploiter un magasin, alors que les parties défenderesses affirment que la société aurait exploité un restaurant à partir de janvier 2012. Or, les besoins et les modes de financement diffèrent indubitablement et substantiellement selon qu'il s'agit de l'exploitation d'un restaurant ou d'un magasin ;
- au cours de la première année, 13 500,00 EUR devaient être investis en des frais d'établissement et des immobilisations corporelles (équipement du magasin, matériels et biens d'équipement, matériel roulant) ;

- au cours de la première année, 2 250,00 EUR devait être déduit pour la garantie locative et d'autres garanties ;
- les stocks devraient être financés au cours de la première année à concurrence de 11 603,00 EUR et au cours de la deuxième année à concurrence de 13 245,00 EUR ;
- un crédit client limité devrait être accordé, mais un montant non insignifiant devrait être détenu au crédit du poste 'Autres débiteurs' (5 112,00 EUR la première année et 6 463,00 EUR la deuxième année) ;
- le plan part de la prémisse que le capital social n'est pas libéré au cours des trois premières années ;
- il y a des dettes à un an au plus à un établissement bancaire qui sont prévues pour un montant de 9 182,00 EUR au cours de la première année et d'un montant 7 800,00 EUR au cours de la deuxième année. Toute autre spécification plus précise de ces fonds de tiers est totalement absente, ainsi que d'ailleurs la preuve que les fondateurs ont réalisé, préalablement à la constitution de la société, des efforts nécessaires et sérieux en vue de rendre plausible l'obtention d'un prêt ;
- le plan ne reprend aucune justification ou description détaillées des chiffres d'affaires escomptés (85 000,00 EUR au cours des deux premières années) ;
- un bénéfice à affecter est prévu pour les deux premières années de chaque fois 7 791,00 EUR, alors les amortissements sont à chaque fois fixés à 1 850,00 EUR, ce qui produirait un cash-flow de 9 641,00 EUR ».

La cour partage ces constatations et se les approprie. On en peut déduire que :

- 1) la société a exercé une autre activité (restaurant) que celle prévue dans le plan financier (magasin) ;
- 2) le capital social, dans la mesure où il est libéré, ne suffit même pas à acquérir les équipements nécessaires et à pourvoir aux premiers mois de loyer ;
- 3) et même dans la mesure où les fonds qui auraient dû être obtenus auprès d'un établissement bancaire l'avaient été, encore insuffisamment de liquidités étaient prévues pour démarrer l'activité (frais d'établissement, achat d'équipements et aménagement, constitution de garanties et achat du stock).

Les autres anomalies que présente le plan financier sont notamment :

- le compte de résultat présenté part de l'hypothèse que le magasin est ouvert 280 jours par an avec un chiffre d'affaires journalier escompté de 334,00 EUR, T.V.A. comprise, ce qui devrait donner un chiffre d'affaires annuel hors T.V.A. de 85 000,00 EUR. C'est une erreur de calcul, car ces données donnent un chiffre d'affaires, hors T.V.A. de $334,00 \text{ EUR} / 1,21 = 276,03 \text{ EUR}$ hors T.V.A. $\times 280 \text{ jours} = 77 289,26 \text{ EUR}$ de chiffre d'affaires hors T.V.A. ;
- aucun frais pour la fourniture du gaz et d'électricité n'est pris en compte.

Cette analyse a permis au premier juge de décider à juste titre que le capital de 18 600,00 EUR est manifestement insuffisant au sens de l'article 229, 5° C. soc. On n'a pas réfléchi de manière insuffisamment fondée et sérieuse au sujet du besoin de financement de la société, compte tenu de l'activité projetée pendant deux ans au moins.

8. Les fondateurs sont solidairement tenus envers les intéressés pour les engagements de la société, *selon une proportion que le juge détermine*. Le premier juge a décidé en l'espèce que les fondateurs sont tenus de dédommager la différence entre le besoin de capital de la société au moment de la fondation (pour la première année) et les moyens effectivement mis à disposition.

Le besoin en capital de la société lors de la fondation est déterminé en l'espèce par les frais de l'actif immobilisé (15 750,00 EUR) + les frais pour la constitution du stock (11 603,00 EUR), corrigé par l'erreur dans le calcul du chiffre d'affaires (7 710,74 EUR), soit un besoin total de 35 063,74 EUR. Les autres actifs pouvaient être financés par le fonctionnement de la société.

Les moyens effectifs mis à disposition concernent uniquement le capital minimum prévu de 18 600,00 EUR. C'est à tort que le curateur veut prendre en considération uniquement la partie *libérée* des 6 200,00 EUR. Il dispose d'une action judiciaire distincte en libération du capital social.

Tous les autres moyens, sauf ceux qui proviennent de l'exploitation, ne sont pas réalistes, ou du moins ne sont pas étayés, de sorte qu'on ne peut pas en tenir compte. La différence entre les deux s'élève, par conséquent, à 35 063,74 EUR – 18 600,00 EUR = 16 463,74 EUR.

La partie intimée q.q demande par appel incident la condamnation de la partie appelante au passif total et définitif de 50 891,93 EUR. Le juge saisi dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la mesure dans laquelle il met le passif à charge des fondateurs (Liège, 5 mai 1994, *R.D.C.*, 1996, 196).

En l'espèce, le premier juge décide à juste titre qu'il n'y a raison de notamment condamner la partie appelante à l'*ensemble* du passif, vu les données concrètes de l'affaire. Les fondateurs ne doivent contribuer que dans la mesure où le capital prévu était manifestement insuffisant. Les chiffres du passif provisoire, aujourd'hui ceux du passif définitif (pièce 9 du curateur), ne sont par conséquent pas pertinents.

L'appel incident est non fondé.

9. L'article 229, 5° C. soc. évoque une responsabilité objective, pour laquelle aucun lien causal ne doit pas être démontré entre la faillite de la société et de son capital manifestement insuffisant. En outre, il y n'est, en l'espèce, pas question de circonstances imprévisibles ou de facteurs conjoncturels (selon Bruxelles, 22 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, 849).

10. Le fait que la partie appelante a cédé *postérieurement* sa participation dans la société ou le fait qu'elle n'était plus le gérant de la société (pièces 3, 4 et 5 de la partie appelante), ne porte pas préjudice à ce à quoi elle est tenue en tant que *fondateur* de la société conformément à l'art. 229, 5° C. soc.

Cette responsabilité ne se rapporte pas à la durée effective de l'actionnariat ou de la qualité de gérant de société, mais *seulement et uniquement* au financement au moment de la constitution de la société, et ce pour deux années.

11. La cour ne répond pas positivement à la demande de la partie appelante d'ordonner au curateur de produire les pièces relatives à la vente publique intervenue, le P.V. de descente sur les lieux de la faillite et le P.V. de vérification des créances.

Le curateur dépose le dernier P.V. de vérification (sa pièce 9) d'où ressort la composition du passif.

Pour ce qui concerne les autres pièces, la partie appelante peut produire elle-même ces pièces étant donné que ces pièces sont disponibles dans le dossier de faillite et qu'elle peut en obtenir copies.

12. Lors de l'appréciation de la responsabilité de principe des fondateurs, est sans incidence la question de savoir quelles initiatives ont été prises contre les gérants qui étaient en fonction à la date de la faillite. La responsabilité du fondateur de la société et la responsabilité du gérant de la société sont deux choses distinctes.

13. En degré d'appel aussi, la partie appelante demande que la cour désigne un expert pour, avant dire droit, déterminer si et dans quelle mesure y a ou non sous-capitalisation par rapport à l'activité de fastfood située à 7500 Tournai, (...), qui était auparavant exercée.

L'appréciation au sujet de l'opportunité d'une expertise est une question de fait dont seul le juge du fond prend connaissance, de sorte qu'il peut lui-même ordonner d'office une expertise. Tout comme le premier juge, la cour décide qu'il n'est en l'espèce pas nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction parce qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour apprécier l'action du curateur.

14. La partie appelante demande par ailleurs à tort à être condamnée solidairement ou *in solidum* avec Sh.K. et que ce dernier doive supporter 90 % de la responsabilité. L'article 229 C. soc. prévoit une responsabilité *solidaire*.

15. Le premier juge a autorisé des délais de paiement, contre lesquels le curateur ne s'est pas opposé à l'époque. Si ces délais n'ont pas été respectés, la cour ne voit pas aucun motif d'accorder en degré d'appel encore de nouvelles facilités de paiement.

(...)

OBSERVATIONS

Plan financier : hier, aujourd'hui et... demain ?

Selon le Code des sociétés⁴, l'insuffisance du capital de départ d'une société n'engage la responsabilité de ses fondateurs que si elle est *manifeste*, ce qui implique la reconnaissance au juge d'un large pouvoir d'appréciation⁵.

Comment va-t-il apprécier si le capital était, lors de sa constitution, suffisant ou insuffisant pour exercer l'activité envisagée ? Quels éléments sont assez pertinents pour être pris en considération et emporter sa décision ?

4. Articles 229, 5°, 405, 5° et 456, 4° du Code des sociétés.

5. Il convient de procéder à cette appréciation en se référant au critère du « fondateur raisonnablement prévoyant et consciencieux » (Mons, 13 septembre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 342). Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207 et J. VAN RYN et P. VAN OMMESELAGHE, « Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1972-1978) », *R.C.J.B.*, 1981, p. 383, n° 62. On relit également avec intérêt les travaux préparatoires pour découvrir la tendance de cette appréciation marginale (*Doc. parl.*, Loi du 4 août 1978, Sénat, S. O. 1977-1978, n° 415, et spéc. n°415/2, p. 142) : « Aussi longtemps que les fondateurs ont agi sans dépasser la marge de divergence d'opinions que pouvaient avoir des personnes raisonnables et consciencieuses quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société, il n'y avait donc aucune raison de les rendre responsables ».

Il est toujours facile d'apprécier la situation *a posteriori* et lorsque « les carottes sont déjà cuites » et de conclure rapidement à l'insuffisance du capital de départ. Mais pour que le caractère suffisant du capital soit apprécié en tenant compte de la situation qui existait *au moment de la constitution* de la société, la loi impose aux fondateurs l'établissement d'un *plan financier* dans lequel ils justifient le montant du capital de la société à constituer⁶. Cette justification précise et complète du montant mis à la disposition de la société permet d'avoir la certitude que l'entrepreneur n'entame pas son activité commerciale à l'aveuglette, mais a réfléchi avant de lancer son entreprise⁷, une adéquation entre le capital proposé et le projet des activités étant fondamentale. En même temps, cette obligation imposée aux fondateurs représente une garantie qui leur est offerte par le législateur, garantie qui les protège « contre tout arbitraire éventuel dans l'appréciation *post factum* de ce qui a pu être considéré comme un capital suffisant dans les circonstances données, c'est-à-dire au moment de la création de la société⁸ ».

Hormis pour la SPRL-S⁹, le plan financier ne doit obéir à aucune forme particulière.

Quant à son contenu minimal, *à ce jour*, le législateur ne donne aucune indication¹⁰ ; il dépend donc de la seule appréciation des fondateurs¹¹ et des caractéristiques propres à chaque entreprise. C'est vers la doctrine et la jurisprudence qu'il faut se tourner pour cerner les contours d'un plan financier. « Le bilan prévisionnel indiquera au passif les ressources provenant du capital social de départ, ainsi que des capitaux empruntés (crédit bancaire, prêts des associés, subsides, *etc.*) et à l'actif les diverses utilisations des ressources (immobilisations, frais de premier établissement, créances, stocks, crédits aux clients, caisse, *etc.*). Un tableau de prévision des résultats d'exploitation complétera utilement le bilan prévisionnel¹² ». L'élaboration du plan financier suppose que soit précisé au préalable le projet d'entreprise dans toutes ses composantes ; il contiendra « une étude de marché, des objectifs de vente, une politique de crédit, une étude du cycle d'exploitation, la détermination du prix de revient, le nombre et la qualification du personnel à engager et un budget de trésorerie¹³ ». Notons que le plan financier n'est qu'un volet du *business plan* (plan d'affaires) ; ce dernier est l'outil qui va déterminer la stratégie de l'entreprise et aborder tous les aspects de l'activité ; dans le business plan, une analyse *qualitative* s'ajoute à l'analyse *quantitative* apportée par le plan financier.

Le Code des sociétés et des associations¹⁴ renforce les obligations relatives au plan financier puisqu'il définit désormais sept éléments qui doivent figurer obligatoirement dans le plan :

1° une description précise de l'activité projetée ;

6. Articles 215 (SPRL), 391 (SCRL) et 440 (SA) du Code des sociétés.

7. *Doc. parl.*, loi du 4 août 1978, Sénat, S. O. 1977-1978, n° 415/2, p. 142.

8. *Doc. parl.*, Sénat, S. O. 1977-1978, n° 415/2, p. 143.

9. L'article 215, alinéa 2, introduit par la loi du 12 janvier 2010 prévoit que le fondateur d'une SPRL-S est tenu, pour la rédaction du plan financier, *dont les critères essentiels sont fixés par le Roi*, de se faire assister par une *institution ou organisation agréée* à cette fin par le Roi, un *comptable agréé*, un *expert-comptable externe* ou un *réviseur d'entreprises* désigné par le fondateur.

10. Le texte légal parle d'un plan financier *dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer* : un peu court pour lui donner du contenu !

11. Qui veilleront à se faire épauler par un expert compétent (*expert-comptable, réviseur d'entreprise*).

12. Cf. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, p. 766.

13. *Rép. not.*, T. XII, Droit commercial, Livre III, Les sociétés anonymes, 1995, n° 83, pp. 127-128. Voir Bruxelles, 7 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, n° 899, p. 170 et les références citées.

14. Article 7:3, § 2, selon la numérotation du projet de loi introduisant le Code des sociétés et portant des dispositions diverses à la date du 14 novembre 2018.

- 2° un aperçu de toutes les sources de financement à la constitution en ce compris, le cas échéant, la mention des garanties fournies à cet égard ;
- 3° un bilan d'ouverture établi conformément au schéma visé à l'article 3:3, ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ;
- 4° un compte projeté de résultats après douze et vingt-quatre mois, établi conformément au schéma visé à l'article 3:3 ;
- 5° un budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ;
- 6° une description des hypothèses retenues lors de l'estimation du chiffre d'affaires et de la rentabilité prévus ;
- 7° le cas échéant, le nom de l'expert externe qui a apporté son assistance lors de l'établissement du plan financier.

On verra si ces précisions légales rendront les fondateurs plus attentifs lors de la définition du capital adéquat dans le cadre des discussions préalables à la constitution de leur société. On verra également si la jurisprudence relative à la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant va évoluer vers une plus grande sévérité au regard du respect, ou non, de ces exigences minimales.

L'appréciation du juge en matière de responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant est délicate. D'une part, il doit apprécier le caractère manifeste de l'insuffisance de capital ; d'autre part, il doit fixer la proportion des engagements de la société qu'il mettra à charge des fondateurs.

À cet égard, en l'espèce, le premier juge avait condamné les fondateurs à dédommager la différence entre le besoin de capital de la société au moment de la fondation (pour la première année) et les moyens effectivement mis à disposition. Il a considéré qu'il n'y a pas de raison de condamner les fondateurs à l'*ensemble* du passif, vu les données concrètes du dossier qui lui était soumis, puisqu'ils ne doivent contribuer que dans la mesure où le capital prévu était manifestement insuffisant. Dès lors, les chiffres du passif au jour de la faillite ne sont pas considérés comme pertinents. La cour confirme cette position, à juste titre selon nous.

- 290. **Qui peut être tenu pour responsable ?**
- 367. **La responsabilité des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**
- 440. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**
- 475. **L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.**

N° 1376. – Anvers (civ.) (6^e ch.), 3 janvier 2017¹

Présentation : Cet arrêt, dont seul un extrait est publié ci-dessous, concerne la mise en cause de la responsabilité de l'administrateur d'une SA qui, déclarée en faillite, présente des arriérés d'I. soc., de précompte professionnel et de T.V.A. (outre les frais accessoires).

Relativement aux deux derniers impôts, on rappelle que la loi-programme du 20 juillet 2006 introduisant l'article 442^{quater}, § 2 dans le C.I.R. 92 (précompte professionnel) et l'article 93^{undecies} C, § 2 dans le Code T.V.A. (T.V.A.) prévoit la responsabilité *solidaire* des dirigeants de la société lorsque cette dernière ne paie pas le précompte professionnel ou la T.V.A., à la condition que ce manquement soit imputable à une *faute*^{2,3} commise dans la gestion de la société au sens de l'article 1382 du Code civil.

L'État doit donc établir en l'espèce que l'administrateur a commis une faute aquilienne en lien causal avec le dommage dont il réclame la réparation ; il ne lui suffit évidemment pas de prouver que la société, première débitrice des dettes fiscales, ne les a pas assumées.

In casu, la Cour d'appel d'Anvers estime la responsabilité de C.D. engagée après avoir rappelé que tout administrateur doit veiller à ce que la société gérée assume ses obligations. Même de bonne foi, le dirigeant est responsable s'il connaissait les difficultés financières récurrentes de la société gérée et l'absence de paiement des dettes fiscales ; on attend, en effet, d'un administrateur prudent et diligent qu'il surveille la situation et réagisse adéquatement, sans tenter de se dédire de ses devoirs en invoquant son ignorance ou le fait qu'il ne soit qu'un administrateur « de paille ».

S'ajoute en l'espèce la responsabilité particulière visée à l'article 633 du Code des sociétés, l'administrateur n'ayant pris aucune initiative pour « tirer la sonnette d'alarme » alors que les conditions y relatives étaient remplies.

Sommaire partiel : Un administrateur engage sa responsabilité lorsqu'il ne respecte pas son devoir de prévoyance, qui implique qu'il veille à ce que la société respecte ses obligations légales, quand bien même il ne serait pas chargé de sa gestion journalière.

- 1376.-** 1. Le sommaire de cette décision a été publié en néerlandais dans *Fiscologue*, 2017 (sommaire CB), liv. 1516, p. 9. 9.
2. Les travaux préparatoires citent comme exemples : la poursuite nuisible inconsidérée ou déraisonnable d'une activité déficitaire, la fraude en vue d'échapper l'impôt, le non-paiement des charges fiscales ou sociales comme mode de financement délibérément choisi par les dirigeants d'entreprises (*Doc. parl.*, Chambre, session, 2005-2006, 51/2517/002, p. 7).
3. Le texte instaure cependant une *présomption réfragable* de faute au sens de l'article 1382 du Code civil dans le chef des personnes chargées de la gestion journalière en cas de *non-paiement répété* par la société du précompte professionnel ou de la T.V.A., à moins que le non-paiement provienne de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire ; en l'espèce cependant, l'administrateur n'est pas chargé de la gestion journalière de sorte que l'État n'a pu se prévaloir de cette présomption.

La qualité d'administrateur implique au minimum que l'on s'informe au sujet de la situation financière de la société et que l'on réagisse lorsque la situation devient grave. Celui qui accepte de devenir administrateur d'une société ne peut prétexter l'ignorance et se retrancher derrière l'argument selon lequel il était uniquement administrateur « sur papier » pour se dégager de ses responsabilités.

Le fait que le mandat d'administrateur soit non rémunéré n'a pas d'impact sur la responsabilité de celui qui l'assume.

L'administrateur qui ne pouvait pas ignorer les difficultés financières persistantes au sein de la société et le fait que des dettes fiscales restaient impayées, mais qui n'est pas intervenu au moment où il a constaté qu'en dépit des difficultés financières et des dettes d'impôts, la société continuait à émettre des factures et à verser des rémunérations, sans que les dettes soient acquittées vis-à-vis des pouvoirs publics, manque à son devoir de surveillance et commet une faute personnelle, sur pied de l'article 1382 du Code civil, qui présente un lien causal avec le dommage de l'État.

Parties : État belge c. C.D.

(...)

4. Discussion.

4.1. Prescription.

La cotisation en matière d'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2007 dans le chef de la SA « L », article de rôle 00882802367, a été établie le 18 août 2008 et l'avertissement-extrait de rôle a été envoyé le 21 août 2008 (pièce 19 du dossier administratif).

Conformément à l'article 413 C.I.R. 92, les impôts doivent être payés dans les deux mois qui suivent l'envoi de l'avertissement-extrait de rôle et, conformément à l'article 443*bis* C.I.R. 92, les impôts se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle ils doivent être payés conformément à l'article 413 C.I.R. 92.

Étant donné que les impôts devaient donc être payés au plus tard le 21 octobre 2008, le délai de prescription quinquennal de l'article 443*bis* C.I.R. 92 n'était pas encore expiré au moment de la citation de C.D., le 29 août 2013. La prescription est depuis suspendue conformément à l'article 443*ter* C.I.R. 92.

La demande n'est donc pas encore prescrite.

4.2. Responsabilité basée sur l'article 1382 C. civ.

Dans l'état actuel de la cause, le litige concerne encore la demande en paiement de 13 548,36 EUR, plus les intérêts judiciaires sur base de l'article 1382 C. civ. pour les frais accessoires au précompte professionnel et la cotisation à l'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2007.

Il appartient à l'administration de démontrer l'existence d'une faute en lien causal avec le dommage.

Le seul fait qu'une dette en matière d'impôt des sociétés de la société n'a pas été payée n'implique pas que le gérant a agi fautivement. L'obligation d'acquitter cet impôt repose en effet sur la société, débitrice de cet impôt.

D'autre part, on peut attendre d'un chef d'entreprise qu'il veille à ce que la société respecte ses obligations légales. Une telle attitude répond à l'obligation de vigilance du dirigeant d'entreprise.

La faute dans le chef du dirigeant d'entreprise ne requiert pas, par conséquent, qu'il ait été de mauvaise foi ou qu'il ait agi avec intention frauduleuse. Il suffit qu'il n'ait pas satisfait à son devoir de vigilance pour que sa responsabilité puisse être mise en cause. C.D., en tant qu'administrateur de la SA « L », n'a pas pu ignorer les difficultés financières permanentes auxquelles la société était confrontée et le fait que des dettes fiscales restaient impayées :

- C'est ainsi qu'il ressort de la pièce 18 de l'État belge que C.D. a déjà été mis en demeure par la lettre recommandée du 16 février 2005 du Receveur des contributions directes d'Anvers. À l'époque, il était, en effet, apparu qu'un certain nombre de montants de précompte professionnel et d'impôt des sociétés, pour un montant total de 46 554,17 EUR, n'avaient pas été payés et l'administration indiquait déjà que le non-versement du précompte professionnel constituait une faute au sens de l'article 1382 C. Civ.
- Le 16 janvier 2007, l'épouse de C.D., Madame M.V., a versé des montants importants au bureau des recettes d'Anvers 13, par lesquels il n'est pas contesté que les dettes fiscales de la SA « L » ont ainsi été payées (pièce 14 État belge).
- Les comptes annuels relatifs à l'exercice comptable 2008 (pièce 12 État belge) montrent que la société possédait au 31 décembre 2008 des capitaux propres négatifs de 100 715,00 EUR.
- Il apparaît en outre que l'actif net de la société au 31 décembre 2007 est déjà réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social (pièce 12 État belge). Le montant de l'actif net de la société (542 704,00 EUR – 516 935,00 EUR = 25 769,00 EUR) était inférieur à la moitié du capital souscrit (62 000,00 EUR).

Même si l'on ne s'occupe pas de la gestion journalière de la société, la qualité d'administrateur implique qu'on s'informe au minimum de la situation financière de la société et qu'on intervienne ou réagisse quand la situation devient préoccupante. Si l'on accepte de devenir administrateur d'une société, on ne peut feindre l'ignorance et se cacher derrière l'argument que l'on était uniquement administrateur sur le papier. C.D. a été nommé administrateur à l'assemblée générale extraordinaire du 25 janvier 2002 (annexe au *M.B.*, 15 février 2002, pièce 4 État belge) et il n'existe pas de contestation sur le fait qu'il est resté administrateur jusqu'à la faillite.

En n'intervenant pas au moment où l'on pouvait constater que la société, malgré ses difficultés financières et d'importants impayés aux contributions, continuait à émettre des factures et à verser des rémunérations, sans que les dettes fiscales n'aient été acquittées aux autorités, C.D. a manqué dans la mission de contrôle qui lui incombe en tant qu'administrateur.

Il est seulement allégué, mais nullement démontré, que des efforts loyaux ont été fournis pour assurer la continuité de l'entreprise. Il ne s'agit pas non plus de problèmes temporaires, vu qu'ils traînent depuis des années. Le fait que l'on ait introduit une réclamation contre l'imposition concernée n'empêche pas que la société était tenue au paiement.

L'administration a démontré à suffisance que C.D. a commis personnellement une faute et qu'il n'a pas agi comme on pouvait l'attendre d'un dirigeant d'entreprise normalement prudent placé dans les mêmes circonstances.

Le fait que son mandat était non rémunéré et que son fils I.D. n'ait pas été invité à acquitter les dettes fiscales ne porte pas préjudice à ce qui précède.

À titre surabondant, l'État belge soulève, à raison, que C.D. n'a pas pris l'initiative de mettre en vigueur la procédure de sonnette d'alarme, bien que les conditions pour ce faire étaient remplies. La cour renvoie à ce propos à ce qui fut exposé en la matière dans l'arrêt interlocutoire du 22 mars 2016. En l'espèce, l'on ne peut que répéter qu'il ressort de la pièce 12 de l'État belge que l'actif net de la société au 31 décembre 2007 et au 31 décembre 2008 a baissé à un niveau dramatique et que les conditions de l'article 633 C. soc. prescrivant de démarrer une procédure de sonnette d'alarme étaient remplies. C.D. ne le nie pas non plus. C.D. ne démontre en aucune manière qu'un rapport a été établi ou que l'assemblée générale a été convoquée.

Vu ce qui précède, on peut considérer que la faute est prouvée dans le chef de C.D.

L'imposition initiale pour l'exercice d'imposition 2007, établie à l'impôt des sociétés en août 2008, s'élevait à 76 770,85 EUR (voir la pièce 19 du dossier administratif). Par décision du fonctionnaire, délégué par le Directeur régional du 10 août 2009 en conséquence de la réclamation, un dégrèvement a été accordé pour un montant 66 951,48 EUR, de sorte qu'un montant en principal de 9 819,37 EUR restait dû. Augmenté des intérêts et frais, le montant dû en matière des impôts des sociétés à la date de la citation s'élevait donc à 13 395,45 EUR. Les frais accessoires au précompte professionnel s'élevaient à 122,70 EUR (précompte professionnel de novembre 2008, article de rôle 590.801.854) et 30,21 EUR (précompte professionnel d'août 2008, article de rôle 584.400.890). Ces montants n'ont jamais été payés, de sorte que le dommage de l'État belge a été calculé correctement sur un montant total de 13 548,36 EUR.

La cour décide, en outre, que la faute de C.D. a au minimum contribué au fait que l'État belge a souffert un dommage en ce sens que l'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2007 et les frais accessoires au précompte professionnel sont restés impayés. En n'intervenant pas dans le délai, la dette à l'égard de l'administration fiscale a atteint les montants qui sont actuellement réclamés par l'État belge. Il existe, par conséquent, clairement un lien causal entre la faute de C.D. et le dommage dans le chef de l'État belge.

(...)

3. Décision

(...)

La cour déclare l'appel fondé.

La cour réforme le jugement attaqué.

La cour déclare la demande de l'État belge fondée pour autant qu'elle se base sur l'article 1382 C. civ.

La cour condamne C.D. en paiement de 13 548,36 EUR, plus les intérêts judiciaires à partir du premier mois suivant celui de la citation.

- 300. **Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants**
- 335. **La décharge susceptible de libérer les dirigeants de leur responsabilité envers la société**
- 340. **La responsabilité pour faute de gestion**
- 367. *et s.* **La responsabilité sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**

N° 1377. – Anvers (5^e ch.), 27 octobre 2016¹

Présentation : Cet arrêt retient l'attention à divers titres, dans le contexte de fautes variées reprochées à un administrateur de SCRL : faire violer par la société gérée une clause de non-concurrence, procéder à un licenciement abusif pour motif grave, ne pas constituer de provisions pour assumer des condamnations judiciaires à venir, ne pas avoir déposé de comptes annuels pour le dernier exercice comptable et mettre en place une « construction mouvoir », à savoir envisager de poursuivre les activités de la société faillie *via* sa propre société de management en laissant les dettes à la société faillie et sans payer aucune indemnité de reprise pour la clientèle.

Relativement à la prescription quinquennale de la responsabilité des dirigeants visées à l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret du Code des sociétés, la cour commence par préciser les diverses fautes pour souligner leur caractère divisible, n'étant pas indissociablement liées, ce qui a un impact sur le point de départ du délai de prescription. Ensuite, la cour rappelle que contrairement à celle visée à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1 du Code civil, la prescription particulière instaurée par le Code des sociétés commence à courir à la survenance du dommage, indépendamment de la connaissance de celui-ci. Notons que l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'elle cite, à savoir l'arrêt n° 47/2007 du 21 mars 2007, a été publié par nos soins dans le *J.D.S.C.* 2007 au n° 778, p. 74 avec une note intitulée « Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs ».

Relativement à la décharge, la cour rappelle qu'elle n'est pas opposable au curateur qui représente les créanciers exerçant une action en responsabilité contre les administrateurs sur pied de l'article 1382 du Code civil, outre qu'une décharge ne pourrait produire ses effets que si elle avait été votée « en parfaite connaissance de cause », ce qui ne fut pas le cas en l'espèce dans le contexte analysé par la cour.

Relativement aux diverses fautes reprochées à l'administrateur, on apprécie l'analyse très pointilleuse de la cour, qui commence par rappeler que les dirigeants de sociétés prudents et raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes quant à la politique à suivre, de sorte que le tribunal ne peut exercer qu'un contrôle marginal de leurs actes et décisions et que seules les fautes manifestes qui tombent intégralement en dehors de la marge d'appréciation des dirigeants peuvent engager leur responsabilité. Se tromper n'est pas fautif si le dirigeant a fait preuve des soins et de la diligence nécessaires. Reprenant chacune des fautes invoquées par le curateur, la cour va rejeter toute responsabilité du dirigeant en l'espèce.

Sommaire : La prescription commence à courir à la survenance du dommage et non à partir de la connaissance du dommage (art. 198, § 1^{er}, quatrième tiret C. soc.).

1377.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, liv. 1, p. 68.

La décharge n'est pas opposable aux tiers qui détiennent le droit d'intenter une action en responsabilité contre les administrateurs. Le curateur qui fonde sa requête sur une violation de la norme de diligence de droit commun agit au nom des créanciers de la société faillie.

La décharge, comme toute renonciation à un droit, ne peut sortir ses effets que si elle a lieu en connaissance de cause.

Il ne se déduit pas automatiquement une faute dans le chef de l'administrateur à la suite de la condamnation de la société.

Parties : B.G. en sa qualité de curateur de la SCRL AQS Car Control c. W.D.

(...)

AQS était active dans l'inspection de véhicules, plus spécifiquement dans les ports d'Anvers et de Zeebrugge.

Après la faillite prononcée le 6 février 2014, l'intimé a été mis en demeure par le curateur, par courrier du 12 mai 2014, pour des fautes commises dans l'exécution de son mandat d'administrateur de AQS. Ces allégations ont été contestées par courrier de son conseil du 26 mai 2014, après quoi le curateur a procédé à la citation de monsieur D.

Les fautes dont l'intimé se serait rendu coupable en tant qu'administrateur de AQS et qui devraient donner lieu à indemnisation sont résumées par le curateur de la manière suivante dans la citation.

Par arrêt de la présente cour d'appel du 21 octobre 2013, AQS a été condamnée au paiement d'une indemnité à GmbH Unicar pour violation d'une clause de non-concurrence qui était prévue dans la convention de mai 2005 qui existait entre elles concernant les activités d'inspection des véhicules de certains clients dans les ports d'Anvers et de Zeebrugge. Dès lors que les opérations matérielles de méconnaissance de la clause de non-concurrence ont, selon le curateur, été accomplies délibérément par monsieur D. en tant qu'organe d'administration de AQS, elles doivent être considérées comme une faute dans l'exercice de son mandat d'administrateur, donnant lieu à une condamnation ultérieure du failli au paiement d'une importante somme d'argent. Selon les rapports de l'administrateur du 6 janvier 2014 et de l'assemblée générale du 3 février 2014, la raison du dépôt de bilan résidait dans cette condamnation, et dans une condamnation à ce moment-là imminente au paiement d'une indemnité à un ex-travailleur, pour laquelle il n'existait pas de fonds. Par jugement du Tribunal du travail d'Anvers du 4 mars 2014, il a ensuite effectivement été décidé que le licenciement pour motif grave du travailleur O. en février 2013 était abusif, et le failli a été condamné à la somme de 74 160 EUR en principal. Aucune de ces condamnations n'était couverte par une provision constituée au sein d'AQS.

Le curateur souligne qu'un *management fee* a pourtant continué à être versé pendant la période ayant précédé la faillite, qu'une voiture de luxe a été prise en location, que le loyer a été payé, etc.

Le curateur estime que l'administrateur était en mesure d'évaluer les risques des litiges pendants de manière suffisamment réaliste, mais qu'il avait prévu, en cas d'issue négative de ces litiges, de poursuivre tout simplement les activités de AQS *via* sa propre société de management, la SPRL Defa Invest, en laissant les dettes dans AQS et sans payer aucune indemnité de reprise à AQS pour la clientèle, *etc.*, ce qui équivaut à mettre en place une « construction mouroir ».

3. En réponse à l'interpellation de l'intimé, le curateur confirme qu'il fonde sa demande sur l'article 408 C. soc. lu en combinaison avec l'article 1382 C. civ., et non sur l'article 409, § 1^{er} C. soc., bien que sa demande en première instance visait à condamner l'intimé à l'ensemble du passif de la faillite de AQS.

Le curateur reconnaît d'ailleurs, à titre surabondant, que le failli tombe en tout état de cause sous l'exception relative à la « petite » société, prévue à l'article 409, § 1^{er}, al. 2 C. soc.

4. Concernant la recevabilité de la demande

4.1. La prescription

L'intimé allègue que l'action du curateur est prescrite par application de l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret C. soc. en ce qui concerne la première faute d'administration qui lui est reprochée, à savoir la méconnaissance délibérée de la clause de non-concurrence prévue dans la convention entre AQS et la société allemande GmbH Unicar. Cette clause était applicable pendant une période de six mois après la cessation de la convention qui est intervenue le 7 novembre 2008, c'est-à-dire jusqu'au 7 mai 2009 au plus tard. Dès lors que cette date se situe plus de 5 ans avant la date de la citation introductive d'instance le 17 juin 2014, l'action du curateur visant à obtenir une indemnité pour cause de non-respect de la clause de non-concurrence est, par conséquent, selon l'intimé, prescrite et donc irrecevable.

Conformément à l'article 198, § 1^{er}, 4^e C. soc., sont prescrites par 5 ans toutes actions contre les administrateurs pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils été celées par dol, à partir de leur découverte.

C'est à tort que le curateur estime que les fautes reprochées à l'intimé doivent être considérées comme formant un tout indissociable, l'une résultant des autres, de sorte que le délai de prescription ne prend cours que lorsque la faute est réalisée par le dernier de ces faits indivisibles.

Les fautes reprochées à l'intimé, à savoir la méconnaissance de la clause de non-concurrence en 2008-2009, le licenciement abusif pour motif grave en 2013, la mise en place d'une « construction mouroir », *etc.*, sont bel et bien divisibles. Il ne s'agit pas d'un ensemble indivisible de faits indissociablement liés.

La référence faite en ordre subsidiaire par le curateur à la date de la citation à la demande d'Unicar du 14 octobre 2008 est dénuée de pertinence en l'espèce. La cour renvoie à cet égard à ce qui est exposé à la p. 9 des conclusions de synthèse de l'intimé qui peuvent être considérées comme reprises ici.

Enfin, l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret, dispose expressément que la prescription commence à courir à la survenance du dommage et non à partir de la connaissance du dommage.

Il a déjà été jugé que cette distinction par rapport au point de départ du délai de prescription repris à l'article 2262bis, § 1^{er}, al. 2 C. civ. ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (Cour constitutionnelle, 21 mars 2007, n° 47/2007).

Ce n'est que dans la mesure où la demande du curateur est fondée sur la faute de l'administrateur qui consisterait en ce que monsieur D. a délibérément fait violer la clause de non-concurrence par la société que la demande est prescrite.

4.2. La décharge

L'intimé fait référence aux décharges qui lui ont été accordées par l'assemblée générale d'AQS les 1^{er} décembre 2009 et 8 janvier 2014, par lesquelles la société a, selon lui, renoncé au droit d'engager une *actio mandati* à son encontre, de sorte que l'action du curateur doit être déclarée irrecevable dans son ensemble.

En l'espèce, seules les conséquences juridiques de la décharge accordée par l'assemblée générale du 8 novembre 2014 doivent être appréciées, dès lors qu'il a déjà été jugé ci-avant que l'action à l'encontre de l'intimé fondée sur la violation de la clause de non-concurrence entre AQS et Unicar est prescrite.

La décharge du 8 janvier 2014 n'est pas opposable aux tiers qui détiennent le droit d'intenter une action en responsabilité contre les administrateurs. Le curateur fonde sa requête sur une violation de la norme de diligence de droit commun et agit au nom des créanciers de la société faillie.

En outre, la décharge, comme toute renonciation à un droit, ne peut sortir ses effets que si elle a lieu en connaissance de cause. En l'espèce, on peut considérer que la décharge n'a pas été accordée – quelques semaines avant le dépôt de bilan et après qu'il ait déjà été établi, début janvier, qu'il n'y avait pas de fonds permettant de couvrir la condamnation vis-à-vis d'Unicar – sur la base d'un rapport adéquat à l'assemblée générale des détenteurs de parts qui était composée de l'intimé (891 parts), de sa société de management (968 parts) et de son épouse (1 part).

L'exception de décharge est non fondée, d'autant plus qu'elle ne peut s'étendre à des opérations effectuées à partir du 1^{er} juillet 2013, l'assemblée générale annuelle du 8 janvier 2014 ayant procédé à l'approbation des comptes annuels afférents à l'exercice comptable 1^{er} juillet 2012-30 juin 2013. C'est donc tout au plus le licenciement abusif pour motif grave d'O. en février 2013, considéré comme fautif par le curateur, qui pourrait faire objet de la décharge. En aucun cas, cette décharge ne fait obstacle à ce que le curateur introduise une action sur base de la responsabilité d'administrateur pour les fautes prétendument commises par l'administrateur après la clôture de cet exercice comptable, telles que l'absence de constitution de provisions et l'organisation d'une « construction mouvoir ».

5. Concernant le caractère fondé de la demande

5.1. D'une manière générale, seules les fautes manifestes qui tombent intégralement en dehors de la marge dans laquelle des administrateurs prudents et raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes quant à la politique à suivre, peuvent mener à une responsabilité éventuelle, ce qui a pour conséquence que le tribunal ne peut exercer qu'un contrôle marginal à l'égard des actes de l'administrateur.

Une décision erronée n'est pas encore une faute, pour autant que les soins et la diligence nécessaires y aient été consacrés.

5.2. La cour ne s'étend pas sur l'argumentation sur le fond des parties en ce qui concerne la responsabilité de l'intimé pour la condamnation de AQS à l'égard d'Unicar, eu égard à la prescription retenue de la demande fondée sur cette prétendue faute d'administrateur.

Ce n'est que surabondamment que la cour constate qu'une prétendue faute de l'intimé dans l'exercice de son mandat d'administrateur ne peut pas être déduite automatiquement de la condamnation de AQS au paiement d'une indemnité à Unicar pour cause de méconnaissance de la clause de non-concurrence, qui n'a été décidée qu'à l'issue d'une longue procédure judiciaire qui fut âprement disputée. La mention dans l'arrêt définitif auquel renvoie l'appelant « qu'il ne peut être fait totalement abstraction du rôle de monsieur D », ne signifie pas qu'une faute a été constatée judiciairement dans son chef. Le passage cité par l'appelant concernait plutôt la contribution de l'intimé à l'administration loyale de la preuve. L'action d'Unicar dirigée personnellement contre monsieur D. avait, en outre, déjà été rejetée dans l'arrêt interlocutoire du 30 janvier 2012.

5.3. Par jugement du tribunal du travail du 4 mars 2014, AQS a été condamnée au paiement d'une indemnité pour cause de licenciement abusif pour motif grave du travailleur F.O. en février 2013. Cette condamnation ne prouve pas, en elle-même, qu'un administrateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas agi de la même manière.

AQS n'a pas été condamnée pour cause d'abus du droit de licencier et le seul fait que le tribunal du travail n'ait pas retenu le motif grave invoqué par l'employeur ne constitue pas une preuve que l'administrateur aurait par définition agi fautivement.

L'affirmation de l'appelant selon laquelle le licenciement abusif pour motif grave de monsieur O. constituait en réalité une mesure d'économie n'est pas prouvée.

5.4. Il est exact qu'aucune provision n'a été constituée pour les condamnations d'AQS envers Unicar et Filip O. Il est également exact que la citation par Unicar datait déjà du 14 octobre 2008 et avait pour objet un montant d'au moins 107 000,00 EUR, et que la condamnation exécutoire par provision pour ce montant avait déjà été prononcée par le premier juge le 11 décembre 2009.

La cour constate toutefois que tant l'action d'Unicar que celle du travailleur O. ont été très largement contestées par la société, de sorte que dans les circonstances concrètes de l'espèce, le fait qu'AQS n'ait constitué de provision pour aucune des actions ne peut pas être qualifié de faute manifeste dans le chef de l'administrateur.

5.5. Il est reproché à l'intimé de ne plus avoir déposé de comptes annuels pour le dernier exercice comptable (du 1^{er} juillet 2012 au 30 juin 2013), alors que la date ultime pour ce dépôt était déjà dépassée au moment de la faillite.

La date ultime pour le dépôt des comptes annuels approuvés le 8 janvier 2014 était le 30 janvier 2014.

Dans les circonstances concrètes de l'espèce, où une assemblée générale spéciale avait déjà été convoquée début janvier 2014 et où la déclaration de cessation de paiement a été décidée le 3 février 2014, cet élément ne peut être retenu comme une faute manifeste dans le chef de l'administrateur.

5.6. Enfin, le curateur reproche à l'intimé la mise en place d'une « construction mouvoir ».

L'intimé conteste vigoureusement cette affirmation et le curateur ne parvient pas à rendre son allégation objectivement plausible sur ce point.

Tout d'abord, le fait que des paiements aient encore été effectués, durant la période ayant précédé la faillite, pour les rémunérations de l'administrateur et du personnel, ainsi que pour le loyer et les équipements utilitaires, s'inscrit dans le cadre du fonctionnement journalier de la société et de la volonté d'assurer sa continuité.

Il n'est pas démontré que, comme l'affirme le curateur, il s'agirait ici d'une affectation irrégulière du « peu de moyens encore disponibles ». Aucune des dépenses évoquées ne présente un caractère excessif.

S'agissant du « report » partiel de la dette de l'intimé en compte courant vis-à-vis d'AQS vers la SPRL Defa Invest au cours des exercices comptables 2011 à 2013, il n'y a aucune raison de privilégier l'interprétation du curateur par rapport à l'explication également plausible qui y a été donnée par l'intimé et son comptable.

Selon ces derniers, la SPRL Defa Invest avait, en des temps difficiles pour AQS, effectué pour cette dernière des paiements qui ont été remboursés par AQS par cession partielle de la créance qu'elle possédait en compte courant sur son administrateur.

Il n'existe aucune preuve de l'allégation du curateur selon laquelle monsieur D. aurait reconnu après la faillite que « cette dette aurait sinon de toute façon dû être payée à la masse faillie... ».

Il n'est pas prouvé que la compensation de la créance d'AQS sur D. aurait été opérée avec une dette, spécifiquement créée à cet effet, vis-à-vis de la SPRL Defa Invest, montage sans lequel D. aurait encore eu, au 30 juin 2012, une dette de plus de 114 000,00 EUR à l'égard de AQS.

Il est au contraire plausible que le transfert d'un grand nombre de factures et de dépenses vers la SPRL Defa Invest ait eu lieu afin de décharger AQS en termes de coûts et de tâcher d'assurer sa subsistance en dépit de la baisse sensible du chiffre d'affaires depuis 2011, dont il est d'ailleurs notamment fait mention dans le jugement du tribunal du travail du 4 mars 2014.

Le curateur allègue que la SPRL Defa Invest se serait accaparée (une partie de) la clientèle d'AQS, sans aucune indemnité de reprise. Dans ce cadre, il est fait mention des clients « Gefco Benelux » et « Gefco Pays-Bas et Belgique ».

Le curateur ne réfute toutefois pas l'allégation de l'intimé selon laquelle il ne s'agissait pas de clients acquis par AQS, mais bien de clients précaires, et que ceux-ci ne représentaient plus aucune valeur substantielle au moment de la faillite d'AQS, ni que c'est à la demande du 19 février 2014 de Gefko Benelux elle-même qu'une solution a été recherchée afin d'assurer

le suivi du contrôle des voitures. Tout cela est, en revanche, rendu plausible par les pièces y afférentes produites par l'intimé (p. ex. la pièce n° 7 de D.) Il n'est, en tout cas, fourni aucune preuve d'un accaparement malveillant de clients de l'entreprise faillie par la société de management de l'intimé.

Le comptable d'AQS confirme également ce point.

5.7. La cour conclut qu'eu égard au pouvoir de contrôle marginal dont elle dispose, il n'est fourni aucune preuve d'une faute ou d'un acte illicite commis dans le cadre de l'exercice de son mandat d'administrateur par D. au sein de AQS, qui donnerait lieu au paiement d'une quelconque indemnité.

La demande du curateur est non fondée.

- 300. **Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants**
- 367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**
- 440. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers en cas de défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**

N° 1378. – Cass. (1^{re} ch.), 4 mai 2018¹

Présentation : Nous avons publié dans l'opus 2017, sous le numéro 1328, l'arrêt de la 9^e chambre civile de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 mars 2017 qui a été soumis à la Cour de cassation et a donné lieu à cet arrêt, avec une note intitulée « Succès puis revers d'un travailleur salarié ».

Rappelons que J.-M.L., ancien employé (directeur d'exploitation d'une société créée par une SA de droit français et chargée de la location de véhicules sur le territoire belge), tentait de récupérer, auprès des trois anciens administrateurs de son employeur, les sommes que ce dernier (déclaré en faillite 3 ans 1/2 après l'introduction de sa procédure) avait été condamné à lui verser selon une première procédure judiciaire menée devant les juridictions du travail.

Il avait obtenu gain de cause devant le Tribunal de commerce de Bruxelles, et deux des administrateurs condamnés avaient fait appel, le troisième étant décédé en cours d'instance.

La décision du premier juge avait été réformée en appel de sorte que l'ancien travailleur se retrouvait « sans rien ».

Il a introduit un pourvoi en cassation contre l'un des trois anciens administrateurs, la société ADA.

Il contestait essentiellement le constat de prescription de son action à l'encontre de l'administrateur ADA opéré par la Cour d'appel de Bruxelles : mauvaise appréciation du point de départ du délai de prescription lorsque plusieurs infractions constituent une infraction continuée ou collective ; défaut d'appréciation de l'unité d'intention révélée par l'ensemble des faits fautifs dénoncés ; mauvaise évaluation du point de départ du délai en cas de défaut de tirer la sonnette d'alarme.

Son pourvoi est rejeté par la cour.

Sommaire : Le manquement des administrateurs à leur obligation de réunir l'assemblée générale dans les deux mois à dater du moment où la perte de capital social a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires est consommé dès l'instant où ce délai est expiré.

Parties : J.-M. L. c. ADA, société de droit français

1378.- 1. Cette décision porte le numéro de RG C.17.0410.F ; elle sera prochainement disponible sur le site de la cour à l'adresse www.cass.be.

III. La décision de la cour :

Sur le moyen :

Quant à la première branche :

Dans ses conclusions, le demandeur soulignait, en réponse au moyen pris de la prescription, qu'« à juste titre, le [jugement du premier juge] constate [...] que [le demandeur] fonde principalement son action sur une série de fautes extracontractuelles, certaines étant d'ailleurs érigées en infractions pénales, comme : l'absence de délivrance des documents sociaux requis par l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 ; le non-paiement de la rémunération [...] ; le défaut de soumission des comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice ; la poursuite d'une activité irrémédiablement déficitaire ; le défaut d'aveu de faillite ; le remboursement de dettes autres que celles [du demandeur] sans respecter l'ordre des privilèges » et que « les administrateurs ne contestent pas non plus avoir omis de respecter les dispositions de l'article 633 du Code des sociétés ». Il relevait encore que, selon le premier juge, « il n'est pas démontré, et pour cause, que les fautes [ainsi] énoncées auraient toutes été commises plus de cinq années avant le 15 juillet 2007 », date de la citation, que « lorsque plusieurs infractions constituent une infraction continuée ou collective, le point de départ du délai de prescription de cinq années est reporté, pour l'ensemble des faits, au jour où le dernier délit est commis » et qu'« en l'occurrence, l'unité d'intention [...] ressort de ce que les administrateurs de la société Belgium Rent se sont complètement désintéressés du sort de ladite société ».

Contrairement à ce que soutient le moyen, en cette branche, il ne ressort ni de ces énonciations, ni d'aucune autre que le demandeur invoquait, pour s'opposer à la prescription, que l'ensemble des faits fautifs dénoncés révélaient une unité d'intention consistant à avoir frauduleusement organisé l'insolvabilité de la société.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la deuxième branche :

L'obligation de motiver les jugements et arrêts est une règle de forme.

Le moyen, qui, en cette branche, fait grief à l'arrêt d'omettre d'examiner s'il existe une unité d'intention pour les faits autres que l'absence de convocation d'une assemblée générale et le défaut de paiement de la rémunération, est étranger à l'article 149 de la Constitution et est, partant, irrecevable.

Quant à la troisième branche :

Lorsqu'une personne morale agit par un organe pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si le manquement qui lui est reproché a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement qu'il suffit, pour engager sa responsabilité, que l'organe ait manqué à l'obligation générale de prudence, manque en droit.

Quant à la quatrième branche :

L'article 198, § 1^{er}, premier tiret, du Code des sociétés dispose que sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les administrateurs pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

Aux termes de l'article 633, alinéa 1^{er}, du même code, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit, sauf dispositions plus rigoureuses dans les statuts, être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires, en vue de délibérer, le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts, de la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour.

Le manquement des administrateurs à leur obligation de réunir l'assemblée générale dans les deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires est consommé dès l'instant où ce délai est expiré.

Le moyen, qui repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne le demandeur aux dépens.

(...)

OBSERVATIONS

On épingle deux volets dans cet arrêt.

D'une part, la Cour rappelle à juste titre que pour engager la responsabilité aquilienne de l'organe d'une société, il ne suffit pas d'établir un manquement à l'obligation générale de prudence ; il faut, au surplus, prouver que le manquement a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. Rappelons, en effet, l'arrêt essentiel du 7 novembre 1997² par lequel la cour assimile les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle et leur fait bénéficier du même type d'immunité que celle des agents d'exécution, consacrée pour la première fois par un arrêt du 7 décembre 1973³.

2. Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPEL.

3. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597 et obs. J.-H. HERBOTS, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART.

D'autre part, la cour précise clairement que dans le cadre de l'action en responsabilité pour défaut de tirer la sonnette d'alarme en cas de perte grave de l'actif net (article 633, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés), le point de départ de la prescription quinquennale instaurée par l'article 198, § 1^{er}, premier tiret, du Code des sociétés est le jour où expire le délai instauré par la loi pour réunir l'assemblée générale, à savoir deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires. Nous avons toujours soutenu cette position, considérant notamment que le législateur n'aurait pas fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à compter desquels une obligation de réunir une assemblée générale s'impose si cette obligation était *continue* : une assemblée générale doit être réunie chaque fois que le seuil est atteint et constaté et donc, dans certaines hypothèses, très régulièrement. Dès avant cette consécration par la Cour de cassation, la doctrine majoritaire considérait que l'obligation de convoquer l'assemblée générale n'existe qu'une seule fois dans chacune des hypothèses envisagées par la loi, à savoir une fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, puis une seconde fois, si nécessaire, quand cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social⁴. La faute se concrétise non pas le jour où la perte est constatée, mais bien le dernier jour utile pour convoquer une assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites.

4. Voir notamment X. FOSSOUL, « Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales », in X, *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, 40^e Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 571 et les références citées. À noter que l'ensemble de la contribution de Xavier FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pp. 565 à 581).

305. **La fin de la mission de gestion et la fin de la responsabilité du dirigeant**
 367. **La responsabilité des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**

N° 1379. – C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 20 juin 2017¹

Présentation : Une SPRL, constituée en 1997 par L. et D. qui assument tous deux la fonction de gérants, engage DE sous les liens d'un contrat de travail en 1998, la relation de travail prenant fin en 2009 par un départ à la pension. Cette SPRL est déclarée en faillite en 2010. Après avoir assigné son ancien employeur et n'avoir obtenu qu'une partie de sa réclamation par le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise, DE assigne les deux anciens gérants en paiement de dommages et intérêts au titre d'absence de régularisations salariales, d'arriérés de pécules de vacances et d'indemnisation de la perte de pension de retraite.

Sommaire : Les dirigeants d'une entreprise bénéficient d'une quasi-immunité à l'égard des tiers que ce soit sur le plan contractuel ou sur le plan quasi délictuel. Le dirigeant ne peut toutefois opposer aux créanciers aucune immunité lorsque sa responsabilité pénale est engagée. La demande de dommages et intérêts fondée sur le non-paiement de la rémunération ne doit pas être confondue avec la demande de réparation en nature fondée sur le même délit. Toutefois, même en réclamant des dommages et intérêts et non la réparation en nature, le travailleur a droit au montant brut de la rémunération impayée (art. 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).

Parties : D./L., DE et PARTENA ASBL

Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.

OBSERVATIONS

Le Tribunal du travail de Nivelles retient la responsabilité pénale des deux gérants pour le non-paiement de la rémunération barémique et des pécules de vacances et les condamne solidairement à indemniser DE.

L'un des deux interjette appel au double motif qu'il n'assumait pas la gestion du personnel au sein de la SPRL et qu'il s'est trouvé en incapacité de travail totale durant les derniers mois d'activité de la société.

1379.- 1. Cette décision a été publiée dans *J.T.T.*, 2017, liv. 1287, p. 366. Elle est également évoquée et commentée sur *Terra laboris* à l'adresse www.terralaboris.be (15 mars 2018).

On rappelle que les partenaires contractuels d'une société qui ne remplit pas ses engagements peuvent tenter d'engager la responsabilité *personnelle* de ses dirigeants à la double condition de prouver qu'ils ont subi un dommage autre que le non-respect du contrat conclu². La très large immunité d'exécution dont bénéficient ainsi les organes de société, tout comme les agents d'exécution, reçoit cependant exception lorsque la faute commise par le dirigeant constitue une infraction pénale : la victime peut alors exercer une action aquilienne non seulement contre son co-contractant (la société), mais également contre l'agent d'exécution de celui-ci (le dirigeant), sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat³ et sans nécessité d'une instance répressive préalable.

C'est dans ce contexte que la demande a été introduite en l'espèce par l'ancien travailleur de la société faillie, avec succès devant le premier juge.

La Cour du Travail réduit, par contre, la responsabilité de D. à compter du 1^{er} avril 2008, et corrélativement sa condamnation à indemniser l'ancien travailleur, car il était en incapacité de travail, même s'il n'a fait acter sa démission de son mandat de gérant que par une AG du 15 avril 2009 avec publication au *Moniteur belge* du 26 août 2009. En effet, pour assoir une responsabilité pénale (en l'espèce, absence de paiement de la rémunération adéquate et du précompte professionnel), il convient d'établir un exercice *effectif* de la fonction de gérant, ce qui n'est plus le cas à compter du jour de l'incapacité totale de travail. Sur le plan civil par contre, on rappelle qu'un dirigeant de société doit assumer ses responsabilités jusqu'au terme de sa mission de gérant, et même au-delà puisqu'il demeure responsable jusqu'à ce que la fin de son mandat ait été publiée au *Moniteur belge* et soit dès lors opposable aux tiers.

Cet arrêt rappelle utilement qu'un travailleur peut valablement réclamer au dirigeant de son employeur le paiement d'arriérés de rémunération ou de dommages et intérêts à condition d'établir que sa responsabilité pénale est engagée.

2. Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, *T.R.V.*, 1998, p. 284, note I. CLAEYS, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5, note M. COIPEL.

3. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, p. 1291; *Bull.*, 1984, p. 1202; *J.T.*, 1985, p. 256; *Pas.*, 1984, I, p. 1202; *R.W.*, 1984-1985, p. 478 et note; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.* 1990-1991, p. 244; *Bull.*, 1991, p. 216; *Pas.*, 1991, I, p. 216; *R.C.J.B.*, 1992, 497, note R.O. DALCQ en ces termes : « La circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction. (...) Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution (d'une) obligation contractuelle (...) » ; en d'autres termes, dès qu'il y a infraction pénale, le dommage qui en est issu ne peut être considéré comme de nature purement contractuelle, et en conséquence, son auteur peut toujours être déclaré responsable sur le plan extracontractuel.

En matière d'organes de sociétés commerciales, voir plus précisément Cass. (2^e ch.), 11 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1377 en ces termes : « Attendu que, lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer ».

Pour une illustration, voir Comm. Mons (3^e ch.), 6 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 586, p. 258; *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 273; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE; Jugement interlocutoire : Comm. Mons (3^e ch.), n° A/01/161, 26 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 238 : la faute qui s'identifie à une infraction pénale est le fait de faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession. Voir également Gand, 6 mai 2004 (*J.D.S.C.*, 2006, n° 727, p. 103, *NjW*, 2005, liv. 102, p. 261 et note H. DE WULF et *R.W.*, 2005, p. 668) qui constate que la gérante d'une SPRL s'est rendue coupable d'escroquerie au sens de l'article 496 du Code pénal et que les préjudiciés sont dès lors en droit de lui réclamer réparation en vertu des articles 1382 et 183 du Code civil.

Cet arrêt est également intéressant sur le plan de la responsabilité éventuelle du secrétariat social. Un des deux gérants avait cité l'ASBL PARTENA en intervention forcée et garantie, estimant que cette dernière avait mal calculé la rémunération due à DE en fonction de la nature des fonctions qu'il exerçait dans la SPRL et appliqué un barème inadéquat durant plusieurs années. Cette responsabilité est rejetée par la cour, à défaut de preuve adéquate d'une faute dans le chef de l'ASBL PARTENA. La cour rappelle d'abord longuement le cadre précis des obligations légales des secrétariats sociaux, puis souligne qu'un employeur peut confier à son secrétariat social des missions complémentaires, et notamment celle de déterminer la catégorie professionnelle de tel ou tel travailleur, ce qui nécessite un mandat dont il doit prouver l'existence et la teneur (conclusion d'une convention complémentaire, ...). La cour constate ensuite qu'aucune faute n'est établie en l'espèce, des informations inexactes et/ou incomplètes ayant été communiquées par la SPRL à son secrétariat social. PARTENA ne doit dès lors assumer aucune responsabilité.

327. **La juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants**
 475. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.**

N° 1380. – Trib. Arr. Anvers, 13 novembre 2015¹

Présentation : Dans l'édition 2017 du *J.D.S.C.*, nous envisagions cette décision très bien motivée qui confirmait la compétence du tribunal de *commerce*, devenu le tribunal de l'entreprise² pour connaître des litiges opposant l'État à des dirigeants de société en matière de récupération de précompte professionnel et de T.V.A., à l'exclusion du tribunal de *première instance* dans sa compétence fiscale³.

Nous souhaitons informer nos lecteurs d'une modification législative, à l'occasion de la loi du 11 août 2017 insérant le Livre XX *Insolvabilité des entreprises* dans le Code de droit économique⁴, le législateur en ayant profité pour modifier les articles 442*quater* du C.I.R. 92 et 93*undecies* du Code T.V.A.⁵ Désormais, ces deux textes précisent clairement que lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, l'action de l'administration fiscale doit être introduite *devant le tribunal de l'insolvabilité visé à l'article I.22 du Code de droit économique*, à savoir le tribunal de commerce.

La compétence matérielle de ce dernier n'est dès lors plus discutable.

Sommaire partiel : Le tribunal de commerce est matériellement compétent pour connaître de l'action en responsabilité diligentée par l'État belge contre un administrateur de société en raison du non-paiement du précompte professionnel par cette dernière (article 442*quater* du C.I.R. 92).

Cette action n'est pas une action en responsabilité visant à l'obtention de dommages et intérêts, et encore moins une action fiscale, mais est une action en responsabilité solidaire qui tend au paiement du précompte professionnel en raison d'une faute (présumée) de l'administrateur dans la gestion de la personne morale.

Il s'agit d'un litige entre un administrateur de société et des tiers, pour lequel le tribunal de commerce, et non le juge fiscal, est compétent (article 574, 1° du Code judiciaire).

Parties : ÉTAT BELGE c. F.D.C.

Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.

- 1380.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.P.S./T.R.V.*, 2016, p. 812 avec une note de S. DE GEYTER ; voir également *J.D.S.C.*, 2017, n° 1329, p. 184 et notre note intitulée « La juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité solidaire des dirigeants de sociétés en matière de précompte professionnel et de T.V.A. ».
2. Nouvelle appellation depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2018 sur ce point, de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises (*M.B.*, 27 avril 2018).
3. Voir notamment en ce sens : Anvers, 27 janvier 2015, *Fiscologue*, n° 1418, p. 7 ; Anvers, 11 décembre 2014, *L.R.L.*, 2015, p. 122, *Fiscologue*, n° 1459, p. 11 ; Civ. Mons, 27 juin 2013, *J.D.S.C.*, 2014, n° 1171, p. 239.
4. Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, p. 83100.
5. Voir le chapitre III de la loi intitulé « Dispositions modificatives et abrogatoires », et plus particulièrement les sections IV (article 54, § 6) et V (article 55, § 6).

340. La responsabilité pour faute de gestion

N° 1381. – Bruxelles (9^e ch.), 21 avril 2017¹

Présentation : Cet arrêt invite à une grande vigilance des sociétés lorsqu'elles doivent assumer les cotisations sociales de leurs dirigeants ou anciens dirigeants : exercez tous les recours qui vous sont ouverts, sous peine d'assumer définitivement ces cotisations sans espoir de pouvoir les récupérer auprès de ces derniers !

En l'espèce, l'administratrice d'une SA ne paie pas ses cotisations sociales d'indépendant durant la période où elle exerçait son rôle de dirigeante de cette société. Comme la société est solidairement responsable du paiement, à l'égard de la Caisse², elle est mise en demeure de payer ces cotisations à diverses reprises par cette dernière, et répercute chaque fois l'information à son ancienne administratrice. Cette dernière indique avoir demandé un plan de paiement échelonné, puis une dispense de cotisations. La SA demande, mais n'obtient pas, la levée de responsabilité solidaire. La SA se voit par la suite une nouvelle fois réclamer des arriérés de cotisations de son ancienne administratrice, les paie puis réclame le remboursement à cette dernière, en vain, ce qui l'oblige à agir en justice, et à obtenir gain de cause devant le premier juge en application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Las, son ancienne administratrice ne l'entend pas de cette oreille et fait appel de sa condamnation à rembourser la SA qu'elle gérât autrefois.

La cour réforme cette condamnation, de sorte que la SA se voit contrainte d'assumer définitivement les cotisations sociales personnelles de son ancienne administratrice.

La cour estime, en effet, que les conditions de subsidiarité et d'absence de cause nécessaires à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause ne sont pas rencontrées en l'espèce ; d'une part, la SA disposait d'un recours au Conseil d'État en annulation de la décision de refus de la dispense de solidarité qu'elle avait sollicitée, mais ne l'a jamais mis en œuvre ; d'autre part, l'appauvrissement de la SA résulte de sa négligence puisqu'elle n'a pas exercé les recours mis à sa disposition.

La faute de gestion au sens de l'article 527 du Code des sociétés n'est pas non plus établie puisque la société peut reprocher à ses administrateurs de mal exécuter le mandat qui leur a été confié, ces derniers étant responsables suivant les conditions du droit commun du mandat, mais en l'espèce, incontestablement, nul mandat n'a été confié à l'administratrice relativement au paiement de ses cotisations sociales.

Enfin, la faute aquilienne de l'article 1382 du Code civil n'est pas davantage établie, un administrateur ne commettant pas de faute en transférant, par sa demande de dispense de cotisations, la charge de ses cotisations sociales personnelles sur la société puisque c'est la loi qui prévoit cette solidarité passive, et non un acte quelconque de l'administrateur. Au surplus, l'administratrice n'était pas fautive de ne pas payer ses cotisations en l'espèce puisque... elle en était dispensée !

1381.- 1. Cette décision a été publiée dans *D.A.O.R.*, 2017, liv. 124, p. 27.

2. En vertu de l'article 15 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants.

Et voilà comment la SA va devoir définitivement assumer ces cotisations sociales...

Sommaire : L'article 527 du Code des sociétés dispose que les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. L'administrateur qui ne paie pas ses cotisations de sécurité sociale et sait, ou doit savoir, qu'il est solidairement responsable de leur paiement, avec la société, et sans même l'informer de sa demande de dispense, n'a pas agi avec une négligence fautive, faute d'avoir reçu un mandat de payer ses cotisations sociales. L'administrateur ne commet pas de faute en transférant, par sa demande de dispense, la charge des cotisations sur la société dont il est l'administrateur ; cette charge résulte, en effet, de la solidarité instaurée par la loi et non d'un acte quelconque commis par l'administrateur. La condition de subsidiarité signifie que l'action *de in rem verso* ne peut être intentée que si la situation à laquelle elle se rapporte n'est pas régie par un autre corps de règles résultant de la loi, d'un contrat ou d'une action *ex delicto*.

Parties : Fr. c. SA T.A.

(...)

III. Les faits et antécédents de la cause

1. Les faits de la cause ont été adéquatement relatés par le premier juge et la cour se réfère à l'exposé qu'il en a fait, et qu'elle fait sien.

« Madame Fr. a été nommée administratrice de la SA S.B.A. Associates (devenue T.A.), lors de l'assemblée générale du 22 décembre 2006 puis révoquée par l'assemblée générale du 19 juin 2008.

Le 15 mars 2011, l'avocat de TA a écrit à Madame Fr., suite au courrier reçu de la Caisse d'assurances sociales l'Entraide CLASTI, selon lequel Madame Fr. n'aurait pas payé ses cotisations sociales d'indépendant durant la période où elle était administratrice de la société.

Mme Fr lui a répondu par mail du 17 mars 2011 en ces termes: 'Maître, Le nécessaire a été fait au niveau du paiement des cotisations, je vous demanderai donc de ne rien faire. J'ai fait une demande de paiement échelonné. Je vous demande donc de bien signifier à votre client qu'il n'a rien à payer à l'Entraide, et que je ne veux rien devoir à votre client. Cette affaire ne concerne que la caisse l'Entraide et moi. Merci de me répondre par retour de courrier que vous avez bien signifié ma demande à votre client' et l'avocat de T.A. lui a confirmé par retour de mail qu'il communiquait immédiatement la position de Madame Fr. à ses clients et les invitait à ne rien faire. Ayant reçu un nouveau courrier de l'Entraide l'informant que de nouveaux arriérés de cotisations sociales étaient dus, l'avocat de T.A. a réécrit à Madame Fr., le 18 avril 2011 qui lui a répondu qu'elle avait fait une demande de dispense et que T.A. devait remplir une demande pour pouvoir bénéficier de la levée de responsabilité solidaire des cotisations d'assurances sociales dues par son ancienne administratrice.

Par décision du 20 avril 2012, la commission des dispenses de cotisations a refusé la levée de responsabilité solidaire pour les cotisations de régularisation trimestrielles de janvier 2007 à février 2008.

Le même jour, cette commission a accordé la dispense à Madame Fr.

Le 11 juillet 2012, l'Entraide a adressé à T.A., le montant restant dû, en application de l'article 15 de l'A.R. n° 38 (...) qui a immédiatement été payé par T.A.

Par courrier du 14 septembre 2012, TA, via son avocat, a mis en demeure Madame Fr., de lui rembourser 9 837,08 EUR.

N'obtenant pas paiement, TA a lancé citation, le 12 novembre 2012.

Par jugement du 14 décembre 2012, le Tribunal de première instance de Bruxelles, a autorisé le changement de langue et a renvoyé la cause au Tribunal de première instance francophone de Bruxelles ».

2. Devant le premier juge, il était demandé, ainsi que rappelé par lui :

« T.A. sollicite la condamnation de Madame Fr. à lui payer 9 837,08 EUR, à majorer des intérêts de retard ou compensatoires, au taux légal, à partir du 12 juillet 2012, des intérêts judiciaires et des dépens.

Madame Fr. forme une demande reconventionnelle pour procédure abusive qui tend à l'octroi d'une indemnité de 1 500,00 EUR, à majorer des intérêts judiciaires, au taux légal, depuis le 16 avril 2014 ».

Par le jugement entrepris, il a été fait droit à la demande originaire et la demande reconventionnelle a été considérée comme non fondée. Madame Fr. a, par ailleurs, été condamnée aux dépens de 1 513,28 EUR.

3. Devant la cour :

– Madame Fr. demande de :

« Déclarer l'appel recevable et fondé.

En conséquence, réformer le jugement dont appel et condamner la SA T.A. aux entiers dépens des deux instances, en ce compris l'indemnité de procédure ».

– T.A. demande de :

« Déclarer l'appel recevable, mais non fondé ;

En conséquence,

Confirmer le jugement *a quo* en tous points ;

Condamner l'appelante au paiement des dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure d'appel ».

IV. Discussion

4. L'appelante invoque les moyens suivants :

1^{er} moyen : à tort le premier juge a admis l'enrichissement sans cause, les conditions de son application n'étant pas réunies ;

2^o moyen : à titre subsidiaire, c'est à tort que l'intimée estime que sa responsabilité serait engagée sur pied de l'article 527 du Code des sociétés ;

3^o moyen : à titre plus subsidiaire, c'est de manière infondée que l'intimée soutient que sa responsabilité serait engagée sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Quant au 1^{er} moyen

5. L'article 15 de l'arrêté Royal n° 38 du 27 juillet 1967 dispose que :

§ 1er. alinéa 3 : Le travailleur indépendant est tenu, solidairement avec l'aidant, au paiement des cotisations et des amendes administratives visées à l'article 17bis, dont ce dernier est redevable ; il en est de même des personnes morales, en ce qui concerne les cotisations et l'amende administrative visée à l'article 17bis dues par leurs associés ou mandataires.

Alinéa 5 : Dans les cas visés aux deux alinéas précédents, les cotisations peuvent être réclamées aux personnes solidairement responsables, même si l'assujetti a obtenu une dispense par décision de la Commission visée à l'article 22.

6. L'arrêté royal n° 38 instaure entre le travailleur indépendant (l'associé ou le mandataire) et la personne morale une solidarité passive légale au sens des articles 1200 et 1202 du Code civil.

7. Ainsi, il a été jugé que : « En matière de paiement de cotisations prévues par le statut social des travailleurs indépendants, la solidarité oblige les personnes morales à la même dette que leurs associés ou mandataires » (Cass. (3^e ch.), RG S.10.0039.F, 28 mars 2011, Arr. Cass. 2011, liv. 3, 894) et que « l'article 15, § 1^{er} de l'A.R. n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants qui dispose que les personnes morales sont tenues, solidairement avec leurs associés ou mandataires, au payement des cotisations dont ceux-ci sont redevables, ne limite pas autrement les effets de la solidarité qu'il instaure » (Cass., RG 8339, 6 juin 1988, Arr. Cass., 1988-1989, 1285).

8. Cette solidarité n'exclut pas un recours de la personne morale contre l'associé ou le mandataire : en effet, la Cour Constitutionnelle a jugé que : « Cette responsabilité solidaire ne constitue pas une mesure disproportionnée, dès lors qu'elle suppose l'exercice effectif d'un mandat et qu'elle est imitée à la durée de ce mandat, sans préjudice de l'exercice de recours éventuels de la personne morale contre le mandataire défaillant » (C.C. n° 41/2014, 6 mars 2014 (ASBL Xerius/SPRL) (question préjudicielle) www.const-court.be (10 mars 2014) – souligné par la cour).

9. En l'espèce, l'intimée fonde son recours contre l'appelante sur base de l'enrichissement sans cause. L'action en restitution du chef d'enrichissement sans cause est subordonnée à la réalisation des conditions cumulatives ci-après :

1. un appauvrissement du patrimoine du demandeur ;
2. un enrichissement du patrimoine du défendeur ;
3. un lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement ;
4. l'absence de cause justifiant le transfert de richesse ;
5. la condition de subsidiarité (VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, 2010, tome 2, n° 782).

Selon l'appelante, les conditions 3,4, 5 seraient absentes.

Quant à la condition de subsidiarité

10. La condition de subsidiarité signifie que l'action *de in rem verso* ne peut être intentée que si la situation à laquelle elle se rapporte n'est pas régie par un autre corps de règles résultant de la loi, d'un contrat ou d'une action *ex delicto* (VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 790).

11. Cette condition résulte du fait que « s'il existe une action spécifique régissant la situation en cause, il n'y a pas d'appauvrissement tant que cette action n'a pas été introduite ni dans l'hypothèse où, ayant été introduite, cette action n'a pas été accueillie » (VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 790).

Cet auteur précise à cet égard : « si une action de droit commun ne peut plus être accueillie par suite de la prescription que le demandeur a laissé courir, l'action *de in rem verso* ne saurait être admise puisque l'appauvrissement trouverait en ce cas sa source dans la négligence de l'appauvri. Si les conditions de l'action de droit commun ne sont pas remplies, l'enrichissement trouve sa source dans la loi et il n'est pas sans cause » (*idem*).

12. En l'espèce, afin d'éviter de devoir payer les cotisations de l'appelante, l'intimée qui s'était vue refuser la dispense, disposait encore d'un recours devant le Conseil d'État, en annulation de la décision de refus de la Commission des dispenses.

Ainsi donc, par analogie avec la doctrine ci-avant, l'intimée disposait d'une « action de droit commun » – à savoir ce recours – qu'elle n'a pas estimé devoir mettre en œuvre.

13. Il ne peut à cet égard être affirmé qu'il s'agissait d'un recours purement formel, en quelque sorte théorique, qui n'avait en réalité aucune chance d'aboutir alors qu'il n'a pas été tenté.

14. Dans ces conditions, l'appauvrissement de l'intimée trouve sa source dans sa « négligence » – ou sa volonté – à n'avoir pas exercé tous les recours mis à sa disposition.

15. Il doit donc être considéré que la condition de subsidiarité n'est pas remplie en l'espèce de telle sorte que l'une des conditions nécessaires pour pouvoir accueillir la demande sur le fondement de l'enrichissement sans cause n'est pas davantage remplie.

Il s'ensuit que la demande originaire est non fondée sur cette base et il devient inopérant d'examiner la question de savoir si les autres conditions sont remplies ou non.

Quant au 2^e moyen

16. L'article 527 du Code des sociétés dispose que les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

17. À cet égard, l'intimée soutient que l'appelante – étant en charge d'un mandat d'administrateur – en ne payant pas ses cotisations de sécurité sociale et sachant (ou devant savoir) qu'elle était solidairement responsable de leur paiement (et sans même l'informer de sa demande de dispense) a agi avec une négligence fautive, ou à tout le moins, dans son propre intérêt. Cette attitude est constitutive d'une faute que n'aurait pas commise un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances alors que l'appelante aurait dû éviter qu'elle ne subisse une dette supplémentaire qui ne tenait qu'à sa propre attitude personnelle.

L'intimée fait aussi valoir que ce serait vainement que l'appelante invoquerait la décharge qu'elle a eue de son mandat d'administrateur dès lors qu'à l'époque de celui-ci (lors de l'assemblée générale du 19 juin 2008), elle seule était au courant du non-paiement de ses cotisations sociales.

18. L'article 527 du Code des sociétés suppose une faute commise dans la gestion qui est confiée à l'administrateur, c'est-à-dire une mauvaise exécution du mandat conféré par la société et sa responsabilité est appréciée comme celle du mandataire.

Au sens de l'article 1984 du Code civil, le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Comme le fait observer à juste titre l'appelante, l'intimée ne lui avait pas donné mandat de payer ses cotisations sociales de telle sorte que le moyen tiré d'une violation de l'article 527 du Code des sociétés est non fondé.

Quant au 3^e moyen

19. L'intimée soutient qu'« en s'abstenant de payer les cotisations de sécurité sociale dont elle était personnellement redevable, et alors qu'elle [l']avait assuré qu'elle s'en chargerait et en sollicitant une demande de dispense de paiement auprès de la commission des dispenses (à [son] insu), transférant de la sorte automatiquement la charge du paiement sur [elle], [elle] a commis une faute en lien causal direct avec le dommage [qu'elle lui a causé] » (page 11 de ses conclusions, n° 63).

20. Ce moyen ne peut être retenu dans la mesure où contrairement à ce que soutient l'intimée la demande de dispense formulée par l'appelante ne s'est pas faite à son insu.

Il résulte de l'échange de correspondances entre le conseil de l'intimée et l'appelante qu'elle l'a avisé par mail du 18 avril 2011 du fait qu'elle avait fait une demande de dispense de cotisations et l'a même informée du fait que l'intimée devait remplir une demande pour pouvoir bénéficier de la levée de responsabilité solidaire, lui communiquant le formulaire *ad hoc*.

Tel est si bien le cas que l'intimée a, d'ailleurs, introduit une demande de dispense tendant à la levée de sa responsabilité solidaire qui a, par ailleurs, été refusée par décision du 20 avril 2012 de la Commission des dispenses de cotisations.

Par ailleurs, l'appelante n'a pas commis une faute en transférant par sa demande de dispense la charge des cotisations sur l'intimée ; cette charge résulte, en effet, de la solidarité instaurée par la loi et non d'un acte quelconque commis par l'appelante.

En outre de manière régulière, l'appelante s'est abstenue de payer ses cotisations ; en étant dispensée.

Il n'y a donc aucune faute dans son chef et sa responsabilité ne peut donc se trouver engagée sur pied des articles 1382 et suivants du Code civil.

21. Il résulte de ce qui précède que l'appel est donc fondé.

(...)

367. et s. **La responsabilité des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**
 440. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**

N° 1382. – Comm. Gand (div. Termonde) (2^e ch.), 28 novembre 2016¹

Présentation : Cette décision retient l'attention tant par la structure juridique mise en place que par la manière dont le tribunal l'a décortiquée, pour aboutir à une condamnation *in solidum* des quatre parties défenderesses.

Présentons brièvement les faits.

Une SPRL est constituée en 2009 pour exploiter un magasin de vêtements à Ninove ; elle se développe et ouvre deux magasins complémentaires, l'un à Ninove également, l'autre à Genk.

Le 8 mai 2015, et dans un contexte de condamnations judiciaires (non-paiement de loyers notamment) et de perte grave de l'actif net depuis de nombreux mois, avec un état virtuel de faillite depuis début janvier 2015, la SPRL procède *curieusement* à une scission partielle par constitution de deux sociétés nouvelles. Et le 30 juin 2015, soit moins de deux mois plus tard, la SPRL fait aveu de faillite.

Le curateur désigné ne peut qu'avoir l'attention attirée par cette scission partielle « sur le fil », et dans un contexte financier tellement problématique.

Il assigne tant les deux sociétés nées de la scission que les deux gérants de la société partiellement scindée, et leur réclame, *in solidum*, la prise en charge du passif de la faillite.

Après une analyse minutieuse des faits et de leur chronologie, le tribunal considère que l'objectif de la scission partielle était manifestement et incontestablement de transférer les éléments encore viables de la première SPRL dans deux nouvelles sociétés, et d'abandonner cette dernière et ses créanciers, sans actif, ce qui rendait la faillite inexorable.

D'une part, le tribunal constate que cette scission partielle peut faire l'objet d'une action paulienne au sens des articles 20 de la loi sur les faillites et 1167 du Code civil, outre qu'elle constitue un fait dommageable au sens de l'article 1382 ; l'indemnisation consiste normalement dans l'inopposabilité de l'acte frauduleux, mais le tribunal privilégie la réparation par équivalent égale au passif de la faillite, tel que réclamé par le curateur, puisqu'il apparaît que les commerces ne sont certes plus ce qu'ils étaient au jour de la scission. C'est dans ce contexte que le tribunal condamne *in solidum* les deux sociétés nées de la scission partielle à assumer le passif de la faillite de la SPRL dont elles sont issues.

D'autre part, les gérants de la SPRL faillie ont commis diverses fautes : ne pas avoir fait aveu de faillite en janvier 2015, à savoir à un moment où la faillite était inéluctable, ne pas avoir tiré la sonnette d'alarme dès qu'ils ont constaté, ou devaient le faire, la perte grave de l'actif net, avoir exécuté la

1382.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.P.S./T.R.V.*, 2017, liv. 3, p. 363 avec une note substantielle relative à l'action paulienne de G. LINDEMANS intitulée humoristiquement « Ook een rechtspersoon mag waardig sterven. De pauliana tegen de splitsing van een insolvente vennootschap ».

scission dans les circonstances résumées ci-avant, restreignant dès lors les possibilités de recours des créanciers. C'est dans ce contexte que le tribunal condamne également *in solidum* les deux gérants de la SPRL à assumer le passif de la faillite de la SPRL. Le tribunal note, d'ailleurs, que le passif de la faillite se compose pour la plus grande part de dettes qui existaient avant la scission.

Cette décision peut paraître sévère, mais nous semble juste et raisonnable, face au comportement inacceptable et préjudiciable aux créanciers adopté par les deux gérants, dont la construction juridique s'effondre comme un château de paille...

Sommaire : En principe, une opération de scission est une opération normale qui ne devrait pas causer de préjudice aux créanciers. L'actif et le passif sont seulement répartis entre plusieurs sociétés. Il en va autrement lorsque la scission est mise en place pour nuire aux créanciers. La scission de différentes sociétés, par laquelle l'une des sociétés scindées n'a aucune chance de survie d'un point de vue économique et par laquelle les actifs réalisables sont transférés ailleurs, peut constituer un acte paulien.

Les associés de la société scindée et ceux des sociétés nouvellement constituées sont les mêmes. Dès lors que les associés sont les mêmes, les éventuels motifs illégitimes qui ont conduit les associés à la scission peuvent aussi être imputés aux sociétés issues de la scission.

L'action paulienne peut être considérée comme une forme particulière d'action en responsabilité extracontractuelle (art. 1382 C. civ.). Le fait que le créancier demandeur peut agir comme si le bien n'avait jamais quitté le patrimoine du débiteur, constitue en réalité une réparation en nature de son dommage. Dans le cas présent, la réparation en nature semble peu adaptée. En accordant une indemnisation par équivalent égale au passif de la faillite, on arrive au même résultat que celui auquel aboutit la non-opposabilité.

Les gérants de la société en faillite ont également commis une faute au sens de l'article 1382 C. civ. en exécutant la scission. Ils ont fautivement restreint les possibilités de recours des créanciers. Le dommage qui en résulte peut être fixé au total du passif de la faillite.

Parties : G. D.B. en sa qualité de curateur de la SPRL O. Fashion / SPRL Nino Fashion, SPRL M. Fashion, W.N. et V.C.

(...)

B. Faits et objet du litige

2. La société faillie a été constituée par acte passé devant le notaire JOOST EEMAN de résidence à Gand le 23 juillet 2009, publié aux annexes du *Moniteur belge* du 24 août 2009, sous le numéro 09120599. La société était initialement établie à 3600 Genk, Dieplaan 6, bus 21. Madame V.C. était l'unique gérante.

3. Par assemblée générale spéciale du 15 mars 2011, le siège a été transféré à 9400 Ninove, Kardeloodstraat 89, bus 25 et Monsieur W.N. a été engagé en tant que gérant, à côté et avec V.C.

4. La société exploitait sous la dénomination commerciale « MEXX & S. OLIVER » deux établissements, un magasin dans le centre commercial Ninia à Ninove, à l'angle de la Centrumlaan et de la Kardeloodstraat 89, et un magasin dans le Shopping Center 1 de Genk.

5. Le bail commercial de Ninove a été repris par la société faillie le 18 mars 2011, à la SPRL VMO, société qui a été déclarée faillie par jugement du 28 décembre 2012.

6. Le 1^{er} septembre 2014, la société faillie a été citée devant le Juge de paix de Ninove en résiliation du bail commercial en conséquence du non-paiement de loyer en cours, du précompte immobilier et des autres charges locatives contractuellement fixées.

7. Le 24 septembre 2014, le Juge de paix de Ninove a rendu un jugement interlocutoire (A.R. 14A1136) dans lequel la société faillie a été condamnée à payer un arriéré de loyers de 195 000,00 EUR (arriéré de loyers jusqu'en juillet 2014). La société faillie a obtenu des facilités de paiement et pouvait rembourser l'arriéré de loyer à concurrence de 14 000,00 EUR par mois, à partir du 15 octobre 2014, en plus du loyer en cours.

8. Le 1^{er} avril 2014, la société faillie a transféré la vente de S. Oliver à un magasin à la Centrumlaan 77-79 (à l'angle avec la Vuurkruiserlaan).

9. Dans le magasin situé dans le complexe Ninia, il ne restait qu'un outlet de Mexx.

10. Le bail commercial à Genk a été repris après le jugement déclaratif de faillite de l'ancien locataire, la SPRL K & S FASHION. Le 7 octobre 2014, une citation en résiliation du bail commercial est délivrée.

11. Le jugement du 6 janvier 2015 du Juge de paix de Genk (A.R. 14A1887) a prononcé la résiliation du bail et la société faillie a été condamnée à payer un montant de 42 051,54 EUR.

12. La partie demanderesse affirme aussi qu'un déménagement a été organisé pour ce bien, plus précisément un déménagement vers un local commercial de Genk, à la Stationsplein 34. Le déménagement s'est poursuivi à la fin octobre 2014. Le 6 novembre 2014, l'huissier de justice a constaté que le local a été totalement vidé, malgré la saisie décidée le 3 octobre 2014.

13. Une proposition de scission a été transmise par l'organe de gestion à l'assemblée générale extraordinaire de la société faillie le 15 décembre 2014 (*M.B.*, 31 décembre 2014). Il s'agit d'une proposition de scission partielle de la société faillie, par la constitution de deux nouvelles sociétés, le tout conformément aux dispositions de l'article 677 C. Soc.

14. La proposition dispose ce qui suit :

« On a choisi d'héberger l'exploitation, *via* une scission partielle, dans des sociétés distinctes.

La branche d'activité relative à l'exploitation Ninove sera maintenue Kardeloodstraat dans la SPRL O. Fashion.

Les branches d'activité 'exploitation Genk Stadsplein' et 'exploitation Ninove Centrumlaan' seront scindées respectivement entre la SPRL M. Fashion et la SPRL Nino Fashion.

Les éléments d'actifs et de passif seront distribués entre les trois sociétés en fonction de leurs activités respectives et des nécessités, sans viser des avantages fiscaux ».

15. Par procès-verbal du 8 mai 2015 du notaire IRIS DE BRAEKELEER de Ninove, il a été procédé à la scission et les deux nouvelles sociétés SPRL M. FASHION et SPRL NINO FASHION ont été constituées.

16. Le procès-verbal a été déposé au greffe le 19 mai 2015, et publié au *Moniteur belge* le 29 mai 2015.

17. Le 29 juin 2015, le gérant W.N. a déposé les livres de la SPRL O FASHION, après quoi la société a été déclarée faillie par jugement du 30 juin 2015.

18. Le curateur affirme que le passif total, selon le troisième PV de vérification des créances, s'élève à 832 948,38 EUR. Il affirme également que le bien à l'angle de la Centrumlaan et de la Kardeloodstraat à Ninove était totalement vidé, sauf un certain nombre de porte-vêtements et de meubles vitrines qui restaient.

C. Appréciation

19. Dans ses conclusions, le curateur invoque différents fondements juridiques pour demander finalement la condamnation des parties défenderesses à l'ensemble du passif. Le curateur se fonde notamment sur l'article 20 Loi Faillite. L'application de l'article 20 Loi Faillite mène en principe à la déclaration de non-opposabilité de certaines opérations par rapport à la masse.

20. En règle, une opération de scission est une opération normale qui ne devrait pas causer de préjudice aux créanciers. L'actif et le passif sont seulement répartis entre plusieurs sociétés. Il en va autrement lorsque la scission est mise en place pour nuire aux créanciers. La scission de différentes sociétés, par laquelle l'une des sociétés scindées n'a aucune chance de survie d'un point de vue économique et par laquelle les actifs réalisables sont transférés ailleurs, peut constituer un acte paulien. La scission ne peut, par conséquent, pas être opposable à la masse des créanciers et peut éventuellement donner lieu à l'indemnisation. En effet, la mise en œuvre d'une scission en vue de léser les créanciers est une opération paulienne (art. 20 Loi Faillite) et un fait dommageable au sens de l'article 1382 C. civ. Les actions pauliennes de l'article 1167 C. civ. et de l'article 20 Loi Faillite restent, en principe, possibles en cas de scission, ce qui est accepté en général dans la jurisprudence et la doctrine (Comm. Termonde (div. Alost), 9 décembre 1997, *R.W.*, 199899, 123 ; TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, 331, n° 492; LOOSVELD, S., « De schuldeisers van de gesplitste vennootschap en de faillissementspauliana », *T.R.V.*, 1998, 329-334).

21. Les associés de la société scindée et ceux des sociétés nouvellement constituées sont les mêmes. Dès lors que les associés sont identiques, les éventuels motifs illégitimes qui ont conduit les associés à la scission peuvent aussi être imputés aux sociétés issues de la scission (T. TILQUIN, *o.c.*, n° 495).

22. L'article 20 Loi Faillite, en vertu duquel tous les actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls vis-à-vis de la masse, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu, même si cette date se situe avant la période suspecte, est une application de l'action paulienne (article 1167 C. civ.). L'application de l'article 1167 C. civ. Implique, en principe, que soit fournie la preuve de l'antériorité de la créance, de la fraude du débiteur et de la complicité du tiers.

23. L'exigence d'antériorité est étroitement liée à l'aspect de fraude. Le créancier dont la créance est née après l'acte contesté ne pouvait pas compter sur l'élément d'actif soustrait et n'a dès lors pas, de ce point de vue, été trompé par le débiteur. Toutefois, du fait que le curateur peut seul intenter l'action sur base de l'article 20 Loi Faillite au profit de la masse des créanciers, et que la masse forme un tout, l'action échoit également à celui dont les droits sont nés après l'acte frauduleux (Cass., 11 janvier 1988, Arr. Cass., 1987-1988, 594). Il n'empêche toutefois que s'il est établi que tous les créanciers ont des créances nées après l'acte contesté, cela a pour conséquence que l'action intentée par le curateur sur base de l'article 20 Loi Faillite ne peut pas être reçue.

24. Il est établi qu'il y a des créanciers avant la scission partielle. Il suffit de se référer au jugement du Juge de paix de Ninove du 29 avril 2015 et à celui du Juge de paix de Genk du 6 janvier 2015.

Il ressort du jugement du Juge de paix de Ninove du 29 avril 2015 que déjà le 24 septembre 2014, par jugement interlocutoire, le Juge de paix condamnait la SPRL O.FASHION au paiement d'une somme provisionnelle de 195 000,00 EUR pour arriérés de loyers pour différents mois jusque et y compris juillet 2014.

Le jugement du Juge de paix de Ninove du 29 avril 2015 fait encore état d'autres condamnations à payer le loyer jusque et y compris le 31 juillet 2014 (110 036,44 EUR) et un arriéré de loyer à partir du 31 juillet 2014 au 25 janvier 2015 (190 568,22 EUR).

Il ressort du jugement du Juge de paix de Genk qu'il y avait des arriérés de loyers depuis le 1^{er} août 2014.

La date de la condamnation n'est pas pertinente, mais bien le fait des arriérés de loyers. La liste des fournisseurs au 25 juin 2015 dans le dossier de la partie demanderesse montre que des factures aux bailleurs, pour plus de 195 000,00 EUR au cours de la période du 13 décembre 2016 – 1^{er} juillet 2014 pour lesquels cinq paiements de 14 000,00 EUR ont été effectués et un de 1 400,00 EUR. Il est, par conséquent, établi qu'il y a des créanciers qui datent d'avant l'opération de scission.

25. Le curateur transmet le 3^e PV de vérification des créances d'où il ressort que le bailleur du bien situé à Ninove (SA NINIA) a été admis au passif pour 578 736,51 EUR et le bailleur du bien situé à Genk a été admis au passif (KV KIBO) pour 42 051,54 EUR. Ni le failli ni un créancier n'a fait opposition contre aucune de ces admissions par courrier recommandé conformément à l'article 69 Loi Faillite de sorte que ces admissions sont définitives.

26. En cas de scission partielle, une partie du patrimoine (aussi bien une partie des éléments de l'actif qu'une partie des éléments du passif) d'une société est transférée vers une ou plusieurs autres sociétés (en l'occurrence, deux) et les actionnaires de la première société reçoivent, en

contrepartie, des actions des autres sociétés. Les actionnaires de la société cédante conservent leurs actions dans la société cédante et reçoivent, en outre, des nouvelles actions dans la société cessionnaire. Si les éléments scindés sont apportés dans une nouvelle société, il est question d'une scission partielle par constitution.

27. Le curateur ne peut être suivi lorsqu'il affirme que les gérants avaient déjà, avant la prétendue scission juridique, logé les deux fonds de commerce encore lucratifs, les exploitations S. OLIVER, dans d'autres locaux commerciaux, et les avaient donc soustraits à la société, créant ainsi deux branches d'activité. Selon le curateur, la scission opérée relève dès lors de l'article 759 C. soc. et non de l'article 677 C. soc. L'exploitation d'un autre établissement (magasin en matière de textile – même avec un autre assortiment de produits) n'équivaut pas à la constitution d'une branche d'activité distincte.

En cas d'apport d'une universalité de biens ou d'apport d'une branche d'activité par la société cédante dans une société (nouvelle ou préexistante), les nouvelles actions de la société cessionnaire qui sont créées en contrepartie de l'apport seront attribuées à la société cédante.

Il ressort de l'acte de scission que les actions des sociétés nouvellement constituées ont été attribuées aux actionnaires de la société existante. Il s'agit d'une scission partielle.

28. Le tribunal estime que la scission a été mise en place dans le but de léser les créanciers, tels qu'ils existaient au moment de la scission.

29. Il ressort du jugement du Juge de paix de Ninove du 29 avril 2015 et du jugement du Juge de paix de Genk du 6 janvier 2015 que la citation en dissolution pour Ninove a été délivrée le 1^{er} septembre 2014 et pour Genk le 7 octobre 2014.

Dans le jugement du 29 avril 2015, le Juge de paix de Ninove, n'a pas seulement constaté le non-paiement des loyers, mais également une violation du contrat de bail en ouvrant une implantation complémentaire sur la Centrumlaan à Ninove. Pour cela, le jugement a accordé une indemnisation de 108 115,00 EUR.

La lecture du jugement du Juge de paix de Genk du 6 janvier 2015 montre que la saisie a été imposée le 1^{er} octobre 2014 mais, malgré cette saisie, le fonds de commerce a été vidé, de sorte que le procès-verbal a été dressé le 3 octobre 2014.

30. Il est clair qu'au moment de la proposition de scission, la société se trouvait déjà dans des difficultés financières et avait des problèmes de liquidités (preuve en est les importants arriérés de loyers).

Alors que les comptes annuels font état de capitaux propres au 31 mars 2014 de 225 730,00 EUR et d'une perte reportée de 84 482,00 EUR, cela a dramatiquement changé selon la proposition de scission et l'état intercalaire au 31 janvier 2014. Les capitaux propres n'atteignent plus que 59 089,16 EUR et les pertes reportées s'élèvent à 251 123,01 EUR.

L'état résumant la situation active et passive au 31 octobre 2014 montre donc qu'au 31 octobre 2014, plus de trois quart du capital social sont perdus. La procédure de sonnette d'alarme devait être appliquée. Dans la proposition de scission qui est accompagnée de l'état résumant la

situation active et passive au 31 octobre 2014, il apparaît qu'O.FASHION se trouverait après la scission encore toujours dans une situation de perte de plus de trois quart du capital. Il est clair que la procédure de sonnette d'alarme devait être appliquée dès la prise de connaissance de ces chiffres.

Face aux chiffres au 31 octobre 2014, se pose d'ailleurs la question de savoir s'il était justifié de les établir dans une perspective de continuité pour O.FASHION. L'état résumant la situation active et passive mentionne des actifs immatériels et des biens d'équipement importants. Vu la citation en résiliation du bail, il existait une menace sérieuse que ces actifs immatériels ou biens d'équipement disparaissent totalement ou partiellement.

Tout ceci montre que ce n'est pas la faillite de la société MEXX fin décembre 2014 qui aurait soudainement eu pour conséquence que la société O.FASHION n'avait plus des chances de survie. Les causes se situent bien avant, comme en témoignent les pertes dramatiques afférentes à la période 31 mars 2014 – 31 octobre 2014.

31. L'attribution d'actifs principalement immatériels et de biens d'équipement est également frappante. De tels actifs ne sont pratiquement pas réalisables, ni *via* saisie par un créancier avant la faillite, ni par le curateur. Les biens d'équipement d'immeubles loués pour lesquels une citation en dissolution du bail était pendante et dont le bail a alors été dissout, sont en fait quasiment sans valeur pour les autres créanciers. Il en va de même des importants actifs immatériels (goodwill), qui sont en fait dénués de valeur en discontinuité.

32. Ce qui frappe également, c'est que les liquidités ne sont attribuées que dans une mesure limitée à la SPRL O.FASHION et que la rubrique autres créances (rubrique 41) de 446 627,27 EUR, composée principalement de créances sur les gérants et leurs sociétés, est attribuée en grande partie à NINO FASHION. Cela peut se comprendre, si l'on part du principe que les gérants savaient très bien que la faillite de la SPRL O.FASHION était inévitable et que les créances diverses (rubrique 41) allaient être réclamées par le curateur.

33. Selon le tribunal, l'ensemble de ces faits et circonstances indique clairement que l'objectif de la scission partielle était manifestement de transférer les éléments encore viables dans deux nouvelles sociétés et d'abandonner la société SPRL O.FASHION à tous ses problèmes, ce qui rendaient la survie quasi impossible selon des normes économiques. La SPRL O.FASHION était confrontée à d'importants arriérés de loyers et les citations en dissolution de bail avaient déjà été émises à la mi-octobre 2014. Le locataire avait, par ailleurs, commis des fautes (création d'un établissement concurrent à Ninove) qui rendaient la menace de dissolution du bail encore plus probable.

34. Lorsque la SPRL O.FASHION s'est vue confrontée à la citation du 1^{er} septembre 2014 (Ninove), qui avait non seulement pour objet l'arriéré de loyers, mais aussi la dissolution pour cause de non-respect du contrat de bail, il était clair, quoiqu'en disent les défendeurs, que la SPRL O.FASHION n'avait aucune chance de survie.

35. Les défendeurs affirment que « Les deux magasins 'outlet' avec des marchandises Mexx étaient encore possibles le 29 décembre 2014 ».

Le tribunal ne croit pas que la scission ait laissé subsister une activité économique viable dans la SPRL O.FASHION, compte tenu également de la citation en dissolution principalement pour le magasin à Ninove. Il est à cet égard certainement pertinent de se référer au considérant

suisant dans le jugement du Juge de paix de Ninove du 29 avril 2015 : « Il ressort de l'examen de l'affaire en cause que le bien loué de la partie demanderesse est utilisé comme 'outlet' pour des vêtements Mexx. Actuellement, on n'y trouve pratiquement plus de vêtements. L'offre ne couvre plus qu'une petite partie du magasin. La partie défenderesse a loué un immeuble très attractif de la partie demanderesse, dans un complexe qui constitue le cœur de la vie commerciale à Ninove. Eu égard aux équipements et aux activités dans les larges couloirs communs, un coût assez élevé y est attaché. La partie défenderesse n'est manifestement pas non plus de bonne foi. Un magasin 'outlet' ne peut jamais rapporter suffisamment pour faire face aux obligations de locataire. La partie défenderesse continue obstinément à occuper le bien sans payer de loyer. Et elle ose malgré tout affirmer qu'elle est de bonne foi... »

36. Le tribunal est, en outre, convaincu que le bilan de la SPRL O.FASHION aurait dû être déposé beaucoup plus tôt. Les défendeurs reconnaissent eux-mêmes dans leurs conclusions qu'ils avaient certes entamé le remboursement de l'important arriéré de loyers à la SA NINIA (plus de 190 000,00 EUR) en 2014, mais qu'ils y avaient mis fin début 2015. Ils indiquent dans leurs conclusions, à la p. 6, que « Les remboursements devaient avoir lieu à partir du 15 octobre 2014 et ont été effectués jusqu'en 2015. Mexx a été déclarée en faillite le 30 décembre 2014 et il ne servait plus à rien, à partir de ce moment-là, d'effectuer des paiements supplémentaires ». De cette façon, les défenseurs reconnaissent en fait que la société O.FASHION était virtuellement en faillite début janvier 2015 et qu'elle aurait en fait dû déposer le bilan. Il est évident que la mise en place d'une opération de scission ne peut constituer un prétexte pour échapper aux dispositions contraignantes de l'article 9 de la Loi Faillites, qui exige de déposer le bilan dans le mois de la cessation de paiement.

37. On a finalement attendu beaucoup trop longtemps et, comme le Juge de paix de Ninove l'a indiqué dans son jugement du 29 avril 2015, la défenderesse a continué obstinément à occuper le bien sans payer de loyer. Tout cela s'explique probablement par le fait que la scission partielle n'a été opérée que par acte notarié du 8 mai 2015. La faillite a par la suite pu être prononcée sur aveu le 30 juin 2015.

38. Le tribunal est convaincu qu'il ne s'agit pas d'une scission normale pouvant être considérée comme neutre, mais qu'elle a manifestement été guidée par l'intention d'encore soustraire à la SPRL O.FASHION, une entreprise désespérément perdue, des actifs de valeur afin de les loger dans deux sociétés nouvellement constituées. L'action basée sur l'article 20 de la Loi Faillites et dirigée contre les deux premières parties défenderesses est fondée. Les actionnaires des sociétés nouvellement constituées sont les mêmes que ceux de O.FASHION, de sorte que l'opération anormale de scission était également connue des sociétés nouvellement constituées. Ces actes devaient être imputés aux sociétés nouvellement constituées (voir n° 24).

39. L'action paulienne tend à l'indemnisation du dommage causé au créancier par l'appauvrissement frauduleux du débiteur. Si l'acte frauduleux concerne la cession, par le débiteur, d'un élément patrimonial à un tiers, l'indemnisation consiste, en principe, dans l'inopposabilité de la cession au créancier agissant, de sorte qu'il peut procéder à l'exécution sur l'élément patrimonial cédé (Cass. (1^{re} ch.) AR C.14.0415.N, 13 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, n° 29, 1144).

40. L'action paulienne peut être considérée comme une forme particulière d'action en responsabilité extracontractuelle (art. 1382 C. civ.). Le fait que le créancier demandeur peut agir comme si le bien n'avait jamais quitté le patrimoine du débiteur, constitue en réalité une réparation en nature de son dommage du fait des agissements frauduleux de son débiteur et du

tiers bénéficiaire. Conformément au droit commun en matière de responsabilité extracontractuelle, le créancier peut, s'il s'avère que la réparation en nature est impossible ou inadéquate, exiger la réparation par équivalent au moyen d'une indemnité en espèces. Pour le dommage, il suffit que les possibilités concrètes de recours du créancier soient rendues plus difficiles (Cass., 9 février 2006, *R.W.*, 2007-2008, 1496 ; E. DIRIX, « De vergoedende functie van de actio pauliana », *R.W.*, 1992-1993, 331, n° 2 ; C. CAUFFMAN, « Pauliaanse vordering » dans *X., Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar verbintenissenrecht, Titel I. Verbintenissen in het algemeen, Chap. 4, 1-38).

41. Dans le cas présent, la réparation en nature semble peu adaptée. De toute évidence, les commerces ne sont plus comme ils étaient au moment de la scission, tant au niveau de l'actif que du passif.

42. C'est dès lors à juste titre que le curateur a opté pour une réparation par équivalent. Sans la scission, les créanciers (le passif concerne principalement des créanciers antérieurs à la scission) auraient pu s'exécuter sur des actifs qui se trouvent aujourd'hui dans les sociétés scindées. Du fait de la scission, telle qu'elle a été opérée, il n'y avait, en réalité, aucune possibilité de recours des créanciers. En accordant une indemnisation par équivalent égale au passif de la faillite, on arrive en fait au même résultat que celui où, sur base de l'article 20 de la Loi Faillite, la scission serait déclarée non opposable, ce qui fait que le curateur pourrait alors réaliser tous les actifs des sociétés repreneuses.

La demande est fondée contre les première et deuxième parties défenderesses.

43. Les troisième et quatrième parties défenderesses ont également commis une faute au sens de l'article 1382 C. civ. en tant que gérantes de la société faillie en exécutant la scission dans les circonstances telles qu'esquissées ci-avant. Elles ont fautivement restreint les possibilités de recours des créanciers. Le dommage qui en résulte peut être fixé au total du passif de la faillite. La composition du passif est d'ailleurs telle qu'il consiste, pour la plus grande part, en des dettes datant d'avant la scission.

44. La demande telle qu'elle est posée est par conséquent fondée.

La loi du 15 juin 1935 a été appliquée pour tous actes de procédure.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL, statuant contradictoirement.

Déclare la demande principale recevable et fondée.

Condamne les parties défenderesses *in solidum*, l'une à défaut de l'autre, au paiement d'une indemnisation évaluée à 832 948,38 EUR, augmentés des intérêts judiciaires à partir du 20 avril 2016.

(...)

367. et s. **La responsabilité des dirigeants sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil**

N° 1383. – Cass. (1^{re} ch.), 22 décembre 2016¹

Présentation : Un incendie accidentel se produit le 11 mars 1997 au rez-de-chaussée d'un immeuble loué à la SCRL Vidéo Club G., dont le gérant est G.P. Plus précisément, B.C.B. et M.V. ont raccordé une bonbonne de gaz au chauffage d'appoint de la boutique exploitée par la SCRL, et des flammes ont surgi de ce chauffage. Generali Belgium, assureur incendie de la copropriété de l'immeuble, a indemnisé son assurée puis a agi, dans le cadre d'une subrogation, contre le gérant et les deux « responsables matériels » du sinistre, tant sur pied de l'article 1384, alinéa 1^{er} que sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.

C'est le second fondement qui nous intéresse ici : peut-on considérer que le gérant de la SCRL a commis une faute aquilienne de nature à engager sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers pour n'avoir pas conclu en temps utile une assurance couvrant la responsabilité de la société en cas d'incendie ?

Sommaire : Si la faute commise par l'organe d'une société à l'égard du cocontractant de cette dernière ou d'un tiers engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe dont la faute constitue un manquement à l'obligation générale de prudence, mais coexiste avec celle-ci.

Parties : Generali Belgium SA c. G.P., B.C.B., M.V.

(...)

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 5 novembre 2009 par la Cour d'appel de Bruxelles.

(...)

II. Les moyens de cassation

La demanderesse présente deux moyens libellés dans les termes suivants :

1383.- 1. Cette décision porte le numéro de RG C.10.0210.F ; elle est disponible sur le site de la Cour à l'adresse www.cass.be.

Premier moyen

Dispositions légales violées

- articles 62 et 158, 2°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ;
- articles 1382 et 1383 du Code civil.

Décisions et motifs critiqués

Après avoir constaté, en substance, qu'un incendie s'est produit accidentellement le 11 mars 1997 au rez-de-chaussée d'un immeuble loué à la société coopérative à responsabilité limitée Vidéo Club G., dont le premier défendeur était le gérant ; que la demanderesse, assureur contre le risque d'incendie de la copropriété de l'immeuble, a indemnisé celle-ci et agissait en tant que subrogée aux droits de la copropriété, notamment contre le premier défendeur, en remboursement des indemnités qu'elle avait payées ; que la société a été déclarée en faillite en cours de procédure, et saisi de conclusions par lesquelles la demanderesse soutenait que, si la responsabilité de la société en cas d'incendie n'était pas couverte par une assurance, il en résulterait que le premier défendeur, en sa qualité de gérant, avait commis une faute aquilienne de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, et en particulier de la demanderesse, pour n'avoir pas conclu en temps utile une assurance couvrant la responsabilité de la société en cas d'incendie, l'arrêt déclare non fondée l'action de la demanderesse contre le premier défendeur.

L'arrêt fonde cette décision sur les motifs suivants :

« C'est à tort que [la demanderesse] estime que [le premier défendeur], en sa qualité de gérant de [la société], a commis une faute [de gestion] qui engage sa responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil en ne souscrivant pas une assurance contre le risque d'incendie de l'immeuble ou en faisant une fausse déclaration de souscription. À supposer que la non-souscription d'une assurance contre le risque d'incendie constitue une faute de gestion, il reste que, sur la base de la théorie de l'organe, le manquement à l'obligation générale de prudence qui aurait été commis par [le premier défendeur] correspondrait à une faute de [la société] excluant toute responsabilité directe de celui-ci ».

Griefs

L'article 62 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, en vigueur à l'époque du sinistre, applicable aux sociétés coopératives en vertu de l'article 158, 2°, dispose, en ses deux premiers alinéas :

« Les administrateurs [de la société anonyme] sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux ».

Le premier alinéa régit la responsabilité contractuelle des administrateurs pour faute de gestion à l'égard de la société. Le second régit la responsabilité à l'égard des tiers en cas d'infraction aux dispositions de la loi sur les sociétés ou des statuts sociaux, mais n'exclut pas la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers pour d'autres fautes.

Une faute de gestion du gérant engage sa responsabilité à l'égard d'un tiers si elle constitue un manquement à l'obligation générale de prudence ou de diligence qui s'impose à chacun. Le fait que la responsabilité de la société elle-même soit engagée du fait de la faute de gestion de son organe n'exclut pas la responsabilité personnelle du gérant.

L'arrêt n'a dès lors pu légalement décider qu'en vertu de la théorie de l'organe, le manquement à l'obligation générale de prudence qui aurait été commis par le premier défendeur ne peut engager sa responsabilité personnelle à l'égard de la copropriété aux droits de laquelle la demanderesse était subrogée.

(...)

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Si la faute commise par l'organe d'une société à l'égard du cocontractant de cette dernière ou d'un tiers engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe dont la faute constitue un manquement à l'obligation générale de prudence mais coexiste avec celle-ci.

L'arrêt, qui considère que, « à supposer que la non-souscription d'une assurance contre le risque d'incendie constitue une faute de gestion, il reste que, sur la base de la théorie de l'organe, le manquement à l'obligation générale de prudence qui aurait été commis par [le premier défendeur] correspondrait à une faute de la société [dont il était le gérant], excluant toute responsabilité directe de celui-ci », ne justifie pas légalement sa décision d'exonérer ce défendeur de toute responsabilité envers la demanderesse.

Le moyen est fondé.

(...)

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il décide que le premier défendeur n'a pas commis de faute engageant sa responsabilité envers la demanderesse et qu'il statue sur les dépens entre ces parties ;

Rejette le pourvoi pour le surplus ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne la demanderesse à la moitié des dépens ; en réserve l'autre moitié pour qu'il soit statué sur celle-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la Cour d'appel de Mons.

(...)

OBSERVATIONS

Peut-on considérer que le gérant de la SCRL a commis une faute aquilienne de nature à engager sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers pour n'avoir pas conclu en temps utile une assurance couvrant la responsabilité de la société en cas d'incendie ?

Fort curieusement, la Cour d'appel de Bruxelles a répondu par la négative le 5 décembre 2009, estimant que la théorie de l'organe exclut purement et simplement la responsabilité *personnelle* de ce dernier, l'éventuel manquement à l'obligation générale de prudence qui aurait été commis pouvant exclusivement être considéré comme une faute *de la société*. Sans doute la Cour avait-elle perdu de vue les enseignements de la Cour de cassation en matière de responsabilité personnelle des dirigeants de sociétés ?

On rappelle que dans un célèbre arrêt du 7 novembre 1997² relatif à la mise en cause par les tiers de la responsabilité des dirigeants de sociétés sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour de cassation a précisé, que « lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat³ ». Depuis lors, la Cour assimile les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle, et leur fait bénéficier du même type d'immunité que celle des agents d'exécution, consacrée pour la première fois par un arrêt du 7 décembre 1973⁴.

Est-ce à dire que les dirigeants échappent désormais à toute responsabilité, les deux conditions imposées par la Cour étant fort difficiles à établir⁵ ? Non !

2. Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, *T.R.V.*, 1998, p. 284, note I. CLAEYS, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 avec une note de V. SIMONART intitulée *La quasi-immunité des organes de droit privé*, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5, note M. COIPEL. Voir également V. SIMONART, « La théorie de l'organe », in *Mélanges Michel COIPEL*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 713 et s., où elle précise que « la responsabilité de l'organe ne devrait pouvoir être mise en cause vis-à-vis des tiers que dans certains cas, lorsqu'il sort de ses fonctions (auquel cas il ne s'identifie plus à la personne morale) ou lorsqu'il abuse de ses fonctions (auquel cas il ne peut invoquer le principe qu'il pervertit) », outre les hypothèses précisément définies par le législateur (violation des statuts ou du Code, ...).
3. Cette idée avait déjà été avancée par certains auteurs de doctrine ; voir notamment R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980-1986) sur la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, p. 604.
4. *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597 et obs. J.-H. HERBOTS, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART.
5. Deux conditions doivent être réunies : une faute autre que la « simple » violation d'une obligation contractuelle (violation de l'obligation générale de prudence s'imposant à tous) et un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat ; or « Dans la perspective de l'organe agent d'exécution, le dommage subi par les créanciers à raison de l'inexécution du contrat par la société est presque toujours identique à celui qui résulte de la faute de gestion qui a contribué à causer cette inexécution » (M. COIPEL, obs. sous Cass., 7 novembre 1997, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 8). Sur cette problématique de la responsabilité personnelle d'un organe qui par sa faute engage la responsabilité contractuelle de la société, outre les observations déjà citées sous l'arrêt du 7 novembre 1997, on renvoie également à : P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, p. 81 ; R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, « Examen de jurisprudence (1980-1986) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 602 à 607 ; I. MOREAU-MARGREVE et A. GOSSELIN, *Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile*, *Act. Dr.*, 1998, pp. 425-529 et spéc. 453 à 455.

D'une part, ce régime favorable ne s'applique qu'aux tiers liés par un *contrat* avec la société gérée. Tant le curateur que le créancier extracontractuel (et notamment tout tiers institutionnel dans le cadre des obligations sociales et fiscales de la société)⁶ peuvent encore valablement agir contre les dirigeants pour engager leur responsabilité aquilienne, l'un parce qu'il est le représentant de la masse des créanciers et qu'il réclame dès lors un préjudice collectif et non celui de tel créancier individuel⁷, et l'autre parce qu'il n'est pas lié par un contrat avec la société, contrat dont la non-exécution ou la mauvaise exécution lui causerait un préjudice⁸.

D'autre part, l'immunité d'exécution reçoit exception lorsque la faute commise par le dirigeant constitue une infraction pénale : la victime peut alors exercer une action aquilienne non seulement contre son cocontractant, mais également contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat⁹ et sans nécessité d'une instance répressive préalable. Une illustration de cette responsabilité pour un manquement constituant également une infraction pénale est offerte *ci-avant sous le numéro 1379* avec l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 20 juin 2017 et la condamnation de deux gérants à indemniser un ancien travailleur, pour le défaut de paiement de régularisations salariales et d'arriérés de pécules de vacances (voir également nos observations).

6. N'oublions pas non plus les créanciers dans le cadre *précontractuel*. Dans un arrêt du 16 février 2001 (Cass. (1^{re} ch.), 16 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, liv. 2, p. 303 ; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107 ; *J.D.S.C.*, 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH ; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301 ; *R.W.*, 2002-2003, liv. 9, p. 340 ; *Res. jur. imm.*, 2001, 123 ; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348 ; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698 et note C. GEYS), la Cour de cassation avait remis en cause l'idée en vertu de laquelle le dirigeant auteur d'une faute aquilienne de type précontractuel devait répondre personnellement du dommage causé par celle-ci. La cour précisait, en effet, que lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire, mais celle de la société ou du mandant sur la base de l'article 1992 du Code civil. Rapidement cependant, un revirement a été opéré par la cour puisque dans un arrêt du 20 juin 2005 (Cass. (3^e ch.), 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 354 ; *J.D.S.C.*, 2006, n° 726, p. 90 et note M.A. DELVAUX intitulée « Une saga passionnante : la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale »), elle a considéré que si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe, mais coexiste avec celle-ci. Cet arrêt de 2005 remet donc clairement en cause l'interprétation très favorable aux dirigeants qui avait été donnée à l'arrêt de 2001.
7. Voir en ce sens Liège (7^e ch.), 19 octobre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 426 et note M. COIPEL intitulée « La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée », *J.D.S.C.*, 2006, n° 731, p. 122.
8. Voir par exemple Anvers, 6^e ch., 19 avril 2005, *NjW* 2005, liv. 121, 954, note DE RAEDT, S., *T.R.V.*, 2005, liv. 5, 338, note D. DESCHIJVER, *J.D.S.C.*, 2007, n° 780, p. 90 et obs. M.A. DELVAUX où l'État obtient le paiement de l'impôt des sociétés et du précompte professionnel de la société auprès des administrateurs et du commissaire de celle-ci au motif que l'absence de paiement du précompte professionnel et sa dissimulation dans la comptabilité constituent des fautes au sens de l'article 1382 du Code civil qui les oblige à réparer le dommage subi par l'État.
9. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, p. 1291 ; *Bull.*, 1984, p. 1202 ; *J.T.*, 1985, p. 256 ; *Pas.*, 1984, I, p. 1202 ; *R.W.*, 1984-1985, p. 478 et note ; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.* 1990-1991, p. 244 ; *Bull.*, 1991, p. 216 ; *Pas.*, 1991, I, p. 216 ; *R.C.J.B.*, 1992, 497, note R.O. DALCQ en ces termes : « La circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction. (...) Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution (d'une) obligation contractuelle (...) » ; en d'autres termes, dès qu'il y a infraction pénale, le dommage qui en est issu ne peut être considéré comme de nature purement contractuelle, et en conséquence, son auteur peut toujours être déclaré responsable sur le plan extracontractuel. En matière d'organes de sociétés commerciales, voir plus précisément Cass. (2^e ch.), 11 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1377 en ces termes : « Attendu que, lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer ». Pour une illustration, voir Comm. Mons (3^e ch.), 6 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 586, p. 258 ; *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 273 ; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE ; Jugement interlocutoire: Comm. Mons (3^e ch.), n° A/01/161, 26 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 238 : la faute qui s'identifie à une infraction pénale est le fait de faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession. Voir également Gand, 6 mai 2004 (*J.D.S.C.*, 2006, n° 727, p. 103, *NjW*, 2005, liv. 102, p. 261 et note H. DE WULF et R.W., 2005, p. 668) qui constate que la gérante d'une SPRL s'est rendue coupable d'escroquerie au sens de l'article 496 du Code pénal et que les préjudiciés sont dès lors en droit de lui réclamer réparation en vertu des articles 1382 et 183 du Code civil.

370. La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL

N° 1384. – Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2017¹

Présentation : Cet arrêt est intéressant parce qu'il éclaire une question qui, à notre connaissance, n'avait encore jamais été posée à la cour.

Sommaire : Lorsque les gérants ou anciens gérants, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, sont impliqués dans une faillite comportant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement de cotisations de sécurité sociale qui est aussi prononcée à la date de la faillite de la société dont les dettes sociales constituent l'objet de la responsabilité visée à l'article 265, § 2, alinéa 1^{er} du Code des sociétés, la première faillite est considérée, pour l'application de l'article 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, s'être produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la dernière faillite.

Parties : ONSS c. F.H.

(...)

I. La procédure devant la cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 21 avril 2016 par la Cour d'appel d'Anvers.

(...)

III. La décision de la cour

Sur le moyen :

Quant à la première branche :

1. Aux termes de l'article 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, l'Office national de sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les gérants, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54^{ter} de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les gérants, anciens gérants

1384.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.D.C.-T.B.H.*, 2017-7, p. 750 et note A. VAN HOE et K. DE SMET intitulée « *Cassatie bevestigd : tijd is relatief* » et dans *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 930 ; elle porte le numéro de rôle C.16.0390.N et est disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse www.cass.be.

et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3^{octies}, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'article 38, § 3^{octies}, 8°, de la loi du 29 juin 1981 se réfère au cas où ces administrateurs ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.

Lorsqu'ils sont impliqués dans une faillite comportant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement de cotisations de sécurité sociale qui est aussi prononcée à la date de la faillite de la société dont les dettes sociales constituent l'objet de la responsabilité visée à l'article 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, la première de ces faillites est considérée, pour l'application de cet article 265, § 2, alinéa 1^{er}, comme s'étant produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la seconde de ces faillites.

2. Il ressort de l'arrêt que :

- le défendeur était gérant des sociétés privées à responsabilité limitée DWL, Move Your Business et All More ;
- la société privée à responsabilité limitée DWL a été déclarée en faillite le 13 octobre 2009 et cette faillite comportait des dettes sociales ;
- les sociétés privées à responsabilité limitée Move Your Business et All More ont été déclarées en faillite le 13 septembre 2012 et ces faillites comportaient des dettes sociales.

3. En ne tenant pas compte de la faillite de la société privée à responsabilité limitée Move Your Business comme étant une faillite antérieure qui s'est produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite de la société privée à responsabilité limitée All More, au motif que les deux faillites ont été déclarées à la même date, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

(...) Renvoie la cause devant la Cour d'appel de Gand.

OBSERVATIONS

La notion de faillite « antérieure » dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales

Cet arrêt offre une interprétation intéressante de la notion de faillite « antérieure² » dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales.

2. À savoir qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, le dirigeant a été impliqué « dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale » (lecture combinée des articles 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés et 38, § 3^{octies}, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés).

L'espèce est particulière et la responsabilité personnelle du gérant d'une SPRL était engagée dans un contexte peu banal, mais non exceptionnel cependant.

F.H. a été le gérant de trois SPRL, l'une déclarée en faillite en 2009 et les deux autres déclarées en faillite *le même jour*, 13 septembre 2012 ; chaque faillite laisse l'ONSS sur le carreau.

Peut-on considérer que l'une des deux faillites prononcées le 13 septembre 2012 constitue une des deux faillites antérieures s'étant produite « au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite³ » ? Les conséquences ne sont pas anodines puisqu'une responsabilité objective a été instaurée par le législateur spécial en 2006⁴ à charge des dirigeants qui, *au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale* : ils sont personnellement et solidairement tenus à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations et intérêts de retard.

Le Tribunal de Commerce d'Anvers, division Hasselt, puis la cour d'appel avaient répondu négativement : quand deux faillites sont prononcées à la même date, on ne peut estimer que l'une a été prononcée avant l'autre ; il n'y a pas de « *séquence* » dans le temps.

La cour s'est fait sanctionner par la Cour de cassation, qui estime qu'elle aurait dû tenir compte de la faillite de la SPRL prononcée le même jour « comme étant une faillite antérieure qui s'est produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite » puisque « les deux faillites ont été déclarées à la même date ».

La cour donne donc un sens particulier au terme « antérieur » puisqu'une faillite *simultanée* peut être considérée comme une faillite *antérieure*.

Il suffit... qu'elle ait été prononcée avant l'autre, ne fut-ce que de quelques minutes.

Les dirigeants vont-ils désormais calculer et développer des stratégies afin que soit prononcée *en dernier lieu* la faillite de la société qui laisse le moins d'ardoise ONSS, sachant qu'ils seront épargnés pour les dettes ONSS des deux premières ?

Suite à cet arrêt de la Cour de cassation, c'est malheureusement bien possible...

Sur le site de la Cour de cassation, le sommaire de cet arrêt renvoie à l'arrêt de la même chambre de la cour du 24 mars 2016 publié dans le *J.D.S.C.*, 2017, n° 1335, p. 231 ; on y renvoie le lecteur intéressé. La question était distincte puisque de manière inattendue, la Cour d'appel de Bruxelles avait exclu l'application de la responsabilité particulière d'un dirigeant pour les dettes de la société faillie à l'égard de l'ONSS au motif... de sa bonne foi ! La Cour de cassation a rappelé que « La bonne foi des dirigeants ou des anciens dirigeants est sans pertinence pour déterminer s'ils peuvent ou non être déclarés personnellement responsables pour les cotisations sociales. Le juge peut, toutefois, tenir compte de la bonne foi lors de la détermination du montant des cotisations auxquelles ces dirigeants ou anciens dirigeants sont tenus. »

3. Second paragraphe des articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés.

4. Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^e édition, p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

On renvoie également le lecteur à l'arrêt n° 79/2014 du 8 mai 2014 de la Cour constitutionnelle, publié dans le *J.D.S.C.*, 2014, n° 1169, p. 226, qui rappelle l'objectif poursuivi par le législateur en ces termes :

« B.4. L'instauration d'un régime spécial de responsabilité pour les dettes de sécurité sociale a été justifiée comme un instrument de meilleure perception des cotisations de sécurité sociale. Lors de la discussion de l'amendement qui a donné lieu à la modification de la disposition en cause par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), il a été souligné que cette disposition était surtout dirigée contre les entrepreneurs malhonnêtes : « Il est inadmissible que certains employeurs malhonnêtes créent des entreprises et disparaissent au moment où les premiers paiements doivent être effectués, pour ensuite créer une nouvelle société, et ainsi de suite. Il importe que les cotisations dues soient payées correctement » (Doc. parl., Ch., 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6). (...) »

B.9.2. Ainsi qu'il est indiqué en B.4, il ressort de la genèse de la disposition en cause que le législateur a entendu avant tout engager la responsabilité des gérants et administrateurs de mauvaise foi qui se rendent coupables de fraude sociale en constituant une entreprise dont ils provoquent ensuite la faillite sans avoir payé les dettes de sécurité sociale et qui répètent plusieurs fois ce procédé. Le juge, qui doit apprécier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont remplies, peut, dans le cas d'une implication réitérée dans des faillites comportant des dettes de sécurité sociale, vérifier s'il est question d'un tel procédé de répétition frauduleuse et peut dès lors tenir compte, lors de la détermination de la hauteur des sommes auxquels le gérant ou l'administrateur est tenu, du fait que celui-ci était ou non de bonne foi. ». Les récidivistes étaient donc dans la ligne de mire du législateur.

On renvoie aussi le lecteur intéressé à l'arrêt n° 139/2009 du 17 septembre 2009 de la Cour constitutionnelle publié dans le *J.D.S.C.*, 2010, n° 958, p. 152.

Voir également l'intéressante note intitulée « *La Cour de cassation confirme : le temps est relatif* » publiée par A. VAN HOEL et K. DE SMET dans *R.D.C./T.B.H.*, 2017/7, pp. 751 et s.

Notons enfin que la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique⁵⁶, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique a supprimé, par ses articles 57, 58 et 59, les articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés relatifs à l'action en comblement de passif, puisqu'ils sont désormais intégrés directement dans ce Code. Ainsi, l'article XX.225 du CDE prévoit, en son premier paragraphe, la responsabilité de tout dirigeant de droit ou de fait en cas de faillite et d'insuffisance d'actif, s'il

5. En abrégé : CDE.

6. Signalons d'une part, que le souhait originel du législateur de placer dans le livre XX du CDE l'ensemble des règles relatives à la responsabilité des dirigeants a échoué puisque seule l'action en comblement de passif a quitté le Code des sociétés pour intégrer le CDE ; d'autre part, que le livre VII consacré aux « Actions en responsabilité » ne s'applique expressément pas aux personnes physiques qui exercent à titre indépendant une activité professionnelle selon l'article XX.224, mais n'est désormais plus limitée aux SA, SPRL et SCRL ; enfin, que seul le régime de « faveur » de l'ONSS se retrouve dans le CDE, le régime particulier relatif au précompte professionnel et à la T.V.A. demeurant dans « leurs codes respectifs » (articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies} C du Code T.V.A.).

a commis une faute grave et caractérisée (avec la présomption légale relative à la fraude fiscale), et en son deuxième paragraphe, la « faveur » faite aux petites entreprises en faillite⁷. C'est l'article XX.226 du CDE qui envisage désormais la responsabilité particulière des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour les arriérés de cotisations sociales et leurs accessoires.

Il convient de signaler, sans toutefois entrer ici dans les détails, que l'intégration de l'action en comblement de passif dans le CDE a entraîné une certaine reformulation par le législateur des règles applicables.

Relevons notamment :

- l'article XX.226, § 3, qui organise la « collaboration » entre le créancier isolé qui voudrait introduire cette action et le curateur, titulaire d'un monopole à cet égard jusqu'à la loi du 4 septembre 2002⁸ ; le créancier lésé ne peut notamment pas introduire l'action avant d'avoir sommé le curateur de le faire, et patienté un mois ; si le curateur intervient dans la procédure introduite par le créancier, il est de plein droit réputé poursuivre l'action en tant que successeur en droit du créancier ;
- l'article XX.226, § 5, qui définit désormais le mode de partage de l'indemnisation, comme suit : en réparation d'une diminution ou d'une absence d'actif, la répartition est proportionnelle entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférences sur cet actif, et donc selon le rang des créanciers ; en réparation d'une aggravation du passif, la répartition est proportionnelle entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférences, et donc au marc le franc ; en tous les cas, la répartition s'effectue déduction faite des frais de la masse.

7. Pas d'action en comblement de passif contre les dirigeants d'une entreprise en faillite qui a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620 000,00 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370 000,00 EUR.

8. Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s.