

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### 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:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2019, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 77-165.

#### 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<sup>e</sup> édition – Livres 24.3, 24bis.3, 24ter.4  
D.S.C., 4<sup>e</sup> 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*

200. **La responsabilité des fondateurs dans l'hypothèse du capital insuffisant**

220. **L'importance du plan financier**

*N° 1407. – Comm. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 19 juillet 2017<sup>1</sup>*

*Présentation :* Ce jugement retient l'attention, car il rappelle certains principes fondamentaux en matière de responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant<sup>2</sup>.

*Sommaire :* En vue de juger de la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant (art. 215 C. soc.), le tribunal doit se placer au moment de la constitution et juger sur la base du plan financier.

La loi n'impose pas d'exigences de forme ou de fond quant au contenu du plan financier. La justification du capital social nécessite une description de l'activité projetée, une estimation du chiffre d'affaires à réaliser, une étude de la rentabilité et, sur la base de celles-ci, un calcul des investissements (coûts) nécessaires, du montant des crédits et des sûretés et garanties éventuelles. La notion de capital de l'art. 215 du C. soc. n'est pas limitée au capital social, mais implique aussi tous les autres moyens à la disposition de la société. Toutes les données connues au moment de la constitution doivent figurer dans le plan financier. Pour juger de l'insuffisance manifeste, on ne doit pas tenir compte d'éléments imprévisibles qui surgissent après la constitution. Le fait que les fondateurs ont fait appel à un expert-comptable et un avocat est sans importance pour déterminer si le capital était suffisant ou pas. Si, selon le plan, la société ne disposait pas de moyens financiers pour survivre entre le début de l'activité et les premières ventes et qu'après un contrôle des coûts, il paraît que des coûts importants n'ont pas été prévus ou ont été sérieusement sous-estimés et que le chiffre d'affaires n'a pas été fixé de façon réaliste, ceci signifie qu'un capital de 18.600 €, dont seulement 6.200 € ont été libérés, était manifestement insuffisant pour les activités projetées pendant deux ans.

*Parties :* Me J.B. qualitate qua faillite SPRL Établissements M./M., N. et T.

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

## OBSERVATIONS

### Responsabilité du fondateur pour capital insuffisant

De manière assez révolutionnaire, le CSA supprime le *capital* pour les SRL et les SC, seules les SA étant encore dotées d'un capital (article 7:1). En SRL et SC, il n'est donc plus question d'un capital minimum, mais la société doit être dotée au départ de *fonds propres* suffisants<sup>3</sup>,

1407.-1 Cette décision porte les numéros de rôle général 16/00477 et 16/00507 et a été évoquée dans *D.A.O.R.*, 2017, liv. 123, p. 100 (sommaire).

2 Dans le CSA, ce sont désormais les articles suivants qui réglementent cette responsabilité : 5:16, 2° (SRL), 6:17, 2° (SC) et 7:18, 2° SA).

3 Art. 5:3 (SRL), 6:4 (SC) et 7:3 (SA) du CSA.

conformément au *plan financier*, dont le contenu est désormais très précisément défini par le législateur<sup>4</sup>.

Sept éléments doivent désormais figurer obligatoirement dans le plan financier, à savoir :

- 1° une description précise de l'activité projetée ;
- 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.

La jurisprudence relative à la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant va-t-elle évoluer vers une plus grande sévérité au regard du respect, ou non, de ces exigences minimales ? Nous le constaterons dans les années à venir. Espérons à tout le moins que ces précisions légales rendent les fondateurs plus attentifs lors de la définition des fonds adéquats à mettre à la disposition de la société dans le cadre de leurs discussions préalables à la constitution de celle-ci.

En cas d'insuffisance des fonds propres lors de la constitution, le CSA maintient une responsabilité des fondateurs, formulée comme par le passé, aux articles 5:16, 2° (SRL), 6:17, 2° (SC) et 7:18, 2° (SA).

#### *Responsable... mais jusqu'à quand ?*

La responsabilité des fondateurs est *limitée dans le temps* à une durée de 5 ans à compter de la constitution de la société, ce qui était déjà le cas selon le droit commun de l'article 2262bis, alinéa 2 du Code civil, mais désormais, le CSA prévoit expressément ce délai de prescription quinquennal et son point de départ à l'article 2 : 143, § 1<sup>er</sup>, premier tiret.

4 Art. 5:4 (SRL), 6:5 (SC) et 7:3 (SA) du CSA.

290. **Qui peut être tenu pour responsable ?**

*N° 1408. – Comm. Gand (div. Bruges) (réf. – tierce opposition), 25 septembre 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* Cette décision nous intéresse ici uniquement sur un aspect, à savoir la question de la responsabilité du dirigeant de fait.

Voir également l'évocation de ce jugement par Madeleine BROUHNS et Jean-François GOFFIN ci-dessus, au n° 1402, dans la partie consacrée aux assemblées générales dans les SA, SPRL et SCRL, et plus particulièrement à l'admission des tiers à la réunion et à la nomination et la révocation des administrateurs avec une note intitulée « La présence d'un avocat à une assemblée générale d'actionnaires ».

*Sommaire (partiel) :* Le fait qu'un avocat négocie avec un tiers, au nom d'un administrateur, à propos de la société, ne fait pas de lui un administrateur de fait. Il en va autrement s'il est démontré que l'avocat prend des décisions en lieu et place de l'organe d'administration.

*Parties :* Belgian Boat Service SA et Euro Boat SA/C. et D. et M., Vakantie Invest SA et 4 Sea & Shore SPRL

(...)

22. Les parties demanderesses affirment que les avocats sont intervenus dans le passé dans le cadre de diverses procédures pour les sociétés, alors qu'ils n'avaient pas de mandat, sauf en ce qui concerne la contestation du mandat des administrateurs provisoires pour ces sociétés. Les parties demanderesses affirment qu'elles n'ont jamais donné aux parties défenderesses le mandat d'agir.

Nous constatons que les parties demanderesses n'ont jamais intenté de procédure de désaveu d'acte de procédure. Le non-intentement d'une procédure en désaveu d'acte de procédure peut avoir des conséquences juridiques sur lesquelles nous ne devons pas nous attarder.

23. Les parties demanderesses soulèvent que Me C. est intervenu en tant qu'administrateur de fait, en entamant des négociations avec SA BELGIAN LAND COMPANY et la SA SKY EUROPE.

Depuis la désignation des administrateurs provisoires des sociétés, seuls les administrateurs provisoires représentent les sociétés en lieu et place des conseils d'administration. Le seul fait que Me C. a pris contact avec la SA BELGIAN LAND COMPANY et la SA SKY EUROPE ne suffit pas pour considérer qu'il est intervenu à cet effet comme administrateur de fait des sociétés. Tout d'abord, les parties demanderesses devraient établir que Me C. n'intervenait pas au cours de ces discussions au nom de ses commanditaires, les administrateurs, mais en nom propre et sans aucune mission de représentation. Il faudrait établir que Me C. a pris des décisions qui ne pouvaient être prises que par les sociétés, actuellement représentées par les administrateurs provisoires. Cette preuve n'est fournie en aucune manière. La thèse que Me C. serait intervenu en tant qu'administrateur de fait nous apparaît comme non fondée.

<sup>1408.-1</sup> Cette décision a été publiée en néerlandais dans *RPS/TRV*, 2018, liv. 8, p. 893 avec une note de D. VAN GERVEN.

24. Enfin, nous devons constater qu'il a été répété, dans les différentes procédures, que les parties défenderesses actuelles agissaient comme conseils pour les parties en conflit d'intérêts. Il est par conséquent étonnant qu'à la veille de l'assemblée générale projetée du 26 septembre 2018, il ait été demandé au juge des référés de mettre fin en urgence à cette situation, en interdisant aux deux avocats l'accès à l'assemblée générale. Les parties demanderesses au principal se réfèrent à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 janvier 2018, dans lequel la Cour estimait que les intérêts d'E. et M. concernant les affaires étaient opposés à ceux des sociétés, de sorte qu'il y avait ou risquait d'y avoir conflit d'intérêts. Elles se réfèrent également au fait que la Cour a considéré qu'E. et M. n'ont collaboré qu'avec réticence avec les administrateurs provisoires et ont posé des actes comme administrateurs sans que les administrateurs n'en soient informés. Cet élément nous semble de moindre intérêt dans cette affaire. Le droit des sociétés prévoit des dispositions impératives en cas de conflit d'intérêts existant ou menaçant. Un conflit d'intérêts n'implique en soi pas l'existence d'une faute. En outre, il s'agit dans cette affaire uniquement de savoir si les avocats des administrateurs peuvent prêter assistance lorsque la révocation des administrateurs est inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

Il résulte de toutes les considérations évoquées ci-dessus que la demande principale n'est pas fondée.

(...)

### OBSERVATIONS

#### Avocat d'une société, quand risquez-vous d'être qualifié de dirigeant de fait ?

On sait que la responsabilité concerne tout administrateur ou tout gérant, quelle que soit la façon dont il a été désigné et quels que soient les pouvoirs réels dont il dispose au sein de la société, mais également que ceux qui exercent *en fait* la fonction d'administrateur ou de gérant, sans avoir été désignés par l'organe compétent de la société, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit. La difficulté est alors de déterminer quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux dirigeants.

En l'espèce, un avocat serait intervenu pour entamer des négociations avec deux sociétés. Est-il devenu administrateur *de fait* des sociétés représentées, et donc susceptible d'assumer une quelconque responsabilité de dirigeant ? Cela pourrait être le cas s'il était établi qu'il a agi de sa propre initiative et sans être clairement mandaté pour représenter ces sociétés, et qu'il a pris des décisions qui ne pouvaient être prises que par les sociétés et leurs organes, *quod non in casu*.

Selon P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, pour être qualifié de mandataire de fait, « il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société (...) que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait »<sup>2</sup>. Outre cette appropriation de pouvoirs permettant de disposer

2 P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1979-1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 793, n° 130.

du sort commercial et financier de l'entreprise sans aucun fondement légal ou contractuel, O. POELMANS ajoute l'idée de l'exercice d'une activité de gestion *en totale indépendance*<sup>3</sup>.

Dans le Livre 2 consacré aux dispositions communes aux personnes morales régies par ses soins, le CSA précise, au chapitre consacré à la responsabilité des administrateurs, que sont responsables non seulement les personnes *officiellement* mandatées pour gérer la personne morale<sup>4</sup>, mais également « toutes les autres personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale ». Le texte de l'article 2:56 du CSA vise désormais *expressément* les dirigeants de fait, déjà englobés dans le régime de responsabilité des dirigeants par la doctrine et la jurisprudence par le passé, mais non par le législateur.

Cette responsabilité concerne les fautes commises dans l'accomplissement de leur mission, à l'égard de la personne morale, et les fautes qui, dans ce même contexte, présentent également un caractère extracontractuel, à l'égard des tiers.

---

3 O. POELMANS, « L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite », note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1 mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 78.

4 « Chaque membre d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière » qui a reçu un mandat d'une personne morale, selon les termes de l'article 2:51 du CSA.

290. **Qui peut être tenu pour responsable ?**

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

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

*N° 1409. – Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* Cet arrêt est publié ci-dessus, au n° 1403 dans la partie consacrée au statut des administrateurs et, de façon plus complète, au n° 1404 dans la partie relative à la gestion et à la représentation ; et nous y renvoyons.

Il retient tout d'abord notre attention ici dans la mesure où la responsabilité est recherchée par l'État et le curateur de faillite à l'encontre d'anciens administrateurs d'une SA faillie sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil et dans le cadre de l'action en comblement de passif<sup>2</sup>.

Notamment, étaient reprochés un manque de surveillance, par l'une des administratrices, de la gestion journalière menée par son époux, ainsi que sa passivité dans l'exécution de son mandat d'administrateur, fondements de responsabilité écartés par la Cour qui estime qu'aucun manquement à l'obligation de surveillance n'est démontré en l'espèce.

L'État soutenait également que l'absence de paiement des impôts par la société constituait une faute de ses dirigeants, les administrateurs ayant l'obligation de veiller à ce que la société respecte ses obligations fiscales ; la Cour a également rejeté cette argumentation.

Cet arrêt retient également notre attention en ce qu'il traite d'une particularité du dossier à savoir qu'un des trois administrateurs poursuivis, à savoir R.M., n'en était pas un, ni en droit, ni en fait au moment des faits litigieux. Il aurait été désigné administrateur, et sa désignation aurait été publiée, mais... contre son gré. La Cour estime que la publication au *Moniteur belge* ne constitue pas la preuve de sa désignation, et encore moins de son acceptation du mandat d'administrateur ; il n'est, au surplus, pas établi qu'il se serait comporté comme un administrateur, de sorte qu'aucune responsabilité de dirigeant ne peut lui être imputée.

*Sommaire :* L'administrateur d'une société est chargé de contrôler la gestion journalière. La constatation qu'un acte fautif relevant de cette gestion journalière n'a pas été relevé par les autres administrateurs ne suffit pas pour conclure à un manquement à l'obligation de surveillance. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une obligation de résultat (art. 530 C. soc.).

La publication du renouvellement de mandat dans le *Moniteur belge* ne constitue pas, dans certaines circonstances, la preuve d'une désignation comme administrateur, encore moins de l'acceptation du mandat d'administrateur, nonobstant l'indication que les administrateurs acceptent le mandat.

1409.-1 Cette décision a été publiée en néerlandais dans *RPS/TRV* 2018, liv. 4, p. 319 avec une note de N. SOMERS.

2 Rappelons que l'art. 530 du Code des sociétés a été abrogé par la 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<sup>er</sup> du Code de droit économique. C'est désormais l'article XX.225. § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, formulé dans les mêmes termes, qui s'applique.

Parties : État belge/A.R. et R.M. et H.C. et R.C. *qualitate qua* faillite SA MERESTO/A.R. et R.M.

Nous renvoyons à la publication de cet arrêt aux numéros 1403 et 1404 ci-avant.

### 1. Les antécédents et les demandes

(...)

8. Le premier juge a décidé qu'il n'était pas prouvé que R.M. a été administrateur de Meresto.

Meresto a été constituée le 23 novembre 1995.

Le litige qui porte sur le fait que R.M. a été désigné en tant qu'administrateur lors de la première assemblée générale qui s'est tenue le même jour et qu'il a finalement accepté ce mandat est sans intérêt vu que les faits qui sont à la base du litige datent de 2004 et des années ultérieures, à un moment où d'une manière ou d'une autre un éventuel premier mandat en tant qu'administrateur avait pris fin.

C'est la raison pour laquelle le litige au sujet de la signature alléguée de R.M. du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 15 avril 2000 n'est pas pertinent pour la solution du litige.

À titre surabondant, il apparaît à première vue et par comparaison que la signature qui se trouve sur ce document comme étant celle de R.M. diffère très sensiblement de sa signature habituelle de sorte qu'il conteste à bon droit que cette signature soit la sienne. Son déni est fondé et la Cour constate qu'aucune des parties ne demande une vérification d'écritures.

Ce qui est en revanche pertinent, c'est le litige quant à la (nouvelle) désignation de R.M. en tant qu'administrateur à l'assemblée générale du 15 mai 2002 et sur le fait qu'il a accepté ce mandat.

Du fait de la (re)désignation des administrateurs de Meresto en 2002, il résulte que leur mandat de novembre 1995 avait bel et bien pris fin quel que soit celui qui a été désigné comme administrateur à ce moment-là.

R.M. n'a pas signé le procès-verbal de cette assemblée générale.

Il n'a pas participé à la publication du renouvellement du mandat dans le *Moniteur belge*.

Dans ces circonstances, cette publication ne constitue pas la preuve de sa désignation, et encore moins de l'acceptation du mandat d'administrateur, nonobstant l'indication que les administrateurs acceptent le mandat.

Il ne ressort d'aucune pièce que R.M. se serait comporté comme un administrateur de Meresto. Il n'a posé aucun acte d'administration.

Sa déclaration lors de l'inventaire qui a suivi la faillite de Meresto est équivoque. R.M. a en effet été confronté au fait que, selon la publication au *Moniteur belge*, il était administrateur. Sa déclaration qu'il n'était administrateur que sur papier correspond à cette publication, mais elle peut aussi être comprise comme la négation d'un tel mandat vu qu'il était administrateur « uniquement » selon le document concerné alors qu'il ne l'était pas dans la réalité. Cette déclaration peut par conséquent être interprétée aussi bien comme une reconnaissance du fait d'avoir été administrateur, mais de n'avoir jamais exercé ce mandat de manière effective

(comme l'allèguent les parties appelantes) que comme la négation de l'acceptation de ce mandat et de se tenir à l'affirmation qu'il ne l'a été que sur papier.

Cette déclaration ne peut par conséquent pas apparaître comme une reconnaissance de l'acceptation d'un mandat d'administrateur de Meresto.

Les curateurs allèguent que R.M. a pu jouir pendant toute la période concernée des avantages de son mandat et ils évoquent à cet effet les avantages fiscaux et sociaux. Ils ne renvoient à aucune pièce pour étayer leur affirmation.

En tant que curateurs de la faillite de Meresto, ils ont indubitablement la possibilité de préciser et d'étayer quels avantages concrets R.M. aurait reçu en raison d'un mandat allégué d'administrateur. Vu le déni formel de R.M., l'absence de toute pièce ou élément concret quant à la jouissance alléguée des avantages d'administrateur tend plutôt à confirmer que R.M. n'a pas été administrateur.

Le premier juge a décidé à juste titre qu'il n'était pas prouvé que R.M. était administrateur de Meresto à l'époque des faits qui sont à la base des demandes, de sorte que les demandes qui lui sont faites en cette qualité sont non fondées.

À titre surabondant, le premier juge s'est aussi référé aux motifs qui ont conduit au rejet (pour une grande partie) des demandes à l'encontre d'A.R.

Les motifs évoqués ci-avant s'appliquent à l'encontre de R.M. de sorte qu'aucune faute de gestion n'est prouvée dans son chef au cas où il devrait malgré tout être considéré comme administrateur de Meresto.

La Cour rappelle par conséquent ses motifs en ce qui concerne les demandes à l'encontre de R.M. Bien qu'il n'ait pas été poursuivi pénalement, il est établi qu'il n'est pour rien quant aux faits en question et la preuve manque qu'il en a eu ou aurait dû en avoir connaissance. Aucun manquement à son obligation de surveillance n'est démontré.

9. Les demandes à l'encontre de R.M. sont déclarées à juste titre non fondées.

10. Les appels sont non fondés. Les parties appelantes sont, en tant que parties succombantes, condamnées aux dépens.

(...)

290. **Qui peut être tenu pour responsable ?**  
 367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers 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° 1410. – Liège (7<sup>e</sup> ch. B.), 19 mars 2019<sup>1</sup>*

*Présentation :* Une SPRL vend successivement les deux immeubles qu'elle possède sous le régime de la T.V.A., mais ne déclare pas cette T.V.A. ni ne l'acquitte, infractions constatées officiellement par le Trésor à l'époque. Elle est ensuite déclarée en faillite et l'État ne parvient pas à récupérer sa créance, de sorte qu'il introduit une action en responsabilité contre son ancien gérant, lui reprochant de n'avoir pas actionné la sonnette d'alarme alors que la société était dans une situation prolongée de perte grave de son actif net, ce qui constitue tant une violation de l'article 332 du Code des sociétés qu'une faute aquilienne sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.

*Sommaire :* Ne constitue pas une cause exonératoire de responsabilité (force majeure) le fait, pour un gérant de SPRL, d'avoir été de manière prolongée en incapacité de travail ; en effet, le dirigeant se trouvant dans l'incapacité d'assumer la gestion d'une société doit en tirer toutes les conséquences en démissionnant de son mandat. Il engage sa responsabilité en s'abstenant de démissionner dans un contexte où son état d'incapacité perdure depuis plusieurs années de sorte qu'il ne s'agit pas d'un événement soudain et imprévisible qui rendrait impossible l'exécution de son mandat.

Ne constitue pas une cause exonératoire de responsabilité le fait, pour un gérant de SPRL, de mandater un comptable pour assumer les tâches de gestion de la société ; en effet, le dirigeant ne peut pas déléguer sa responsabilité légale de dirigeant à un tiers, outre que le mandant répond, vis-à-vis des tiers, des fautes de son mandataire.

Ne constitue pas une cause exonératoire de responsabilité le fait, pour un gérant de SPRL, que cette dernière ait été suivie par la chambre d'enquêtes commerciales du tribunal de commerce ; en effet, cette chambre d'enquête n'a pas pour vocation de se substituer au gérant et d'accomplir les actes de gestion de la société.

Dans l'examen de la responsabilité du dirigeant d'une société qui a fait faillite, est irrelevante le fait que le curateur n'a pas recherché cette responsabilité ; ce choix personnel du curateur, librement assumé, ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité du dirigeant de société par un tiers.

Dans le cadre de la responsabilité présumée du gérant de SPRL fondée sur l'article 332 du Code des sociétés, le Tribunal ne doit pas tenir compte des éventuelles créances que le dirigeant détenait contre la société et qui, si elles avaient été abandonnées à l'époque, auraient permis de remettre les fonds propres en positif.

<sup>1410.-1</sup> Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général 2018/RG/184.

Commet une faute de gestion en relation causale avec le dommage subi par l'État sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil le dirigeant qui s'est abstenu de veiller à ce que les T.V.A. afférentes aux ventes forcées des deux immeubles de la société soient déclarées et versées au Trésor.

Dans le contexte de deux ventes successives d'immeubles éloignées de 18 mois, commet une faute qui rompt le lien causal entre la faute du dirigeant et le dommage qu'il revendique sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil relativement au non-paiement de la T.V.A. afférente à une première vente d'immeuble, l'État qui n'a pas décerné de contrainte à charge de la société alors qu'il possédait une créance vis-à-vis de celle-ci correspondant à la T.V.A. afférente à cette première vente. Cette faute permet également au dirigeant de renverser la présomption de l'article 332 du Code des sociétés, à tout le moins en ce qui concerne le dommage consistant dans le non-paiement de la T.V.A. afférente à cette première vente.

*Parties :* F. C./État belge, SPF Finances

(...)

#### **Antécédents et objet de l'appel**

L'appelant était le gérant de la SPRL C.L. PATRIMO (ci-après PATRIMO ou la société), lorsque celle-ci a vendu sous le régime de la TVA les deux immeubles qu'elle possédait.

Les TVA dues, soit 63.000 € et 142.852,50 €, n'ont pas été déclarées dans le délai légal ni acquittées par la société.

Ces infractions ont été constatées par l'administration dans un procès-verbal du 3 mars 2015, puis dans une décision de régularisation du 7 avril 2015. Le procès-verbal et la décision ont été notifiés à la société.

La faillite de PATRIMO a été prononcée par le tribunal de commerce de Liège, division Namur, le 19 novembre 2015. Elle a été clôturée par jugement du 14 juillet 2016 (clôture sommaire).

L'intimé avait produit une créance de 270.474,27 € à la faillite, non contestée, mais qui n'a pu être honorée.

L'appelant n'a pas donné suite aux interpellations de l'intimé sur les motifs de la non-déclaration des TVA dues. Les contestations de sa fiduciaire du 3 avril 2015 et les siennes du 22 décembre 2016 sont de pure forme, aucun motif n'est invoqué.

Au 31 décembre 2008, ainsi qu'au 31 décembre 2012 et au 31 décembre 2013, l'actif net de la société était négatif.

L'appelant, seul gérant de la société depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, n'a pas respecté la procédure prévue par l'article 332 du Code des sociétés.

Par citation du 14 avril 2017, l'intimé a réclamé la condamnation de l'appelant au paiement de la TVA en principal et des intérêts échus et à échoir, son action étant fondée sur les articles 332 du Code des sociétés et 1382 du Code civil.

La décision entreprise a condamné l'appelant à payer à l'intimé les sommes de 205.852,50 € à titre de TVA et de 21.408,40 € à titre d'intérêts échus à la date du 21 avril 2017, outre les intérêts à échoir sur le principal à dater du 21 avril 2017 jusqu'au complet paiement et les dépens liquidés à la somme de 6.457,04 €.

L'appelant sollicite la réformation du jugement *a quo* et le débouté de l'intimé. Il estime que sa responsabilité solidaire ne peut être engagée ni sur la base de l'article 332 du Code des sociétés ni sur celle de l'article 1382 du Code civil. Il postule la condamnation de l'intimé aux dépens, non liquidés.

L'intimé conclut à la confirmation de la décision attaquée et à la condamnation de l'appelant aux dépens de l'instance liquidés à une indemnité de procédure de 6.000 €.

### Discussion

L'appelant considère que le jugement *a quo* doit être réformé, car il n'a pas été tenu compte des cause exonératoires de responsabilité soulevées par lui.

Il n'est pas contesté que l'appelant a été en état d'incapacité de travail depuis le 31 décembre 2005, soit moins d'un an après la constitution de PATRIMO.

Cet état ne constitue toutefois pas une cause exonératoire de sa responsabilité de gérant.

S'il était incapable d'assumer la gestion de PATRIMO, il devait en tirer toutes les conséquences, en démissionnant de son mandat. En s'abstenant, il engage sa responsabilité.

Le mandat donné par l'appelant à son comptable d'assumer les tâches de gestion de la société ne l'exonère pas de sa propre responsabilité de gérant. Le gérant ne peut pas déléguer sa responsabilité légale en cette qualité à un tiers. En outre, le mandant répond vis-à-vis des tiers des fautes de son mandataire.

Le fait que la société ait été suivie par la chambre d'enquêtes commerciales du tribunal de commerce de Namur ne constitue pas non plus une cause d'exonération de responsabilité de son gérant. La chambre d'enquêtes commerciales n'a pas pour vocation de se substituer au gérant et d'accomplir les actes de gestion de la société. Elle ne l'a d'ailleurs pas fait.

L'intimé recherche la responsabilité de l'appelant sur pied de l'article 332 du Code des sociétés. Il est constant que les fonds propres de PATRIMO sont négatifs depuis le 31 décembre 2008 et que l'appelant n'a pas convoqué l'assemblée générale de la société afin de délibérer sur sa dissolution éventuelle ou sur les mesures à adopter en vue de redresser sa situation financière (il est l'unique gérant de celle-ci depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, suite à la démission du cogérant P.L.).

Il importe peu que l'appelant ait pu disposer d'une créance vis-à-vis de la société qui, moyennant son abandon, aurait permis de remettre ses fonds propres en positif dès lors qu'il n'y a pas renoncé.

Il est rappelé que dans ces circonstances, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation (article 332, alinéa 4, Code des sociétés).

Quel est toutefois le dommage subi par l'intimé ?

Celui-ci soutient que si la société avait été dissoute, les ventes litigieuses ne seraient pas intervenues, il n'y aurait donc pas eu de TVA due et pas de manque à gagner pour l'intimé, ou encore que les ventes seraient intervenues par un mandataire qui, sous sa responsabilité de liquidateur, aurait respecté les dispositions légales, ou encore que si la société avait été recapitalisée, elle n'aurait sans doute pas utilisé la TVA à d'autres fins que celles prévues par la loi.

Son dommage correspond donc, selon lui, aux TVA afférentes aux ventes litigieuses dont il n'a pas pu obtenir le paiement.

L'appelant prétend que « l'accroissement de la perte trouve son origine dans des événements antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée alors qu'il ne peut qu'être considéré que la perte est strictement inhérente à l'arrêt des activités de la C.L. PATRIMO telle qu'initée par ING BELGIQUE SA » (ses conclusions, page 13, dernier paragraphe).

Cela n'est nullement démontré ! La société est en perte depuis l'exercice 2008. Celle-ci n'a cessé de croître au fil du temps. Les immeubles ont été mis en vente à la requête de son banquier parce que la société était incapable de faire face à ses obligations vis-à-vis de celui-ci. Ces immeubles étaient destinés à la vente. Leur vente forcée ne signifiait pas nécessairement la fin des activités de la société. La perte n'a pas été générée par leur vente.

L'intimé est-il pour autant en droit de réclamer à titre de dommage la TVA afférente aux deux ventes ?

La réponse serait-elle différente selon le fondement juridique de la demande ?

En effet, l'intimé recherche également la responsabilité de l'appelant sur pied de l'article 1382 du Code civil puisque celui-ci est tenu vis-à-vis des tiers, en sa qualité de gérant, des fautes commises dans sa gestion qui sont en lien causal avec le préjudice subi par ceux-ci.

L'appelant ne peut invoquer valablement la force majeure puisque son état d'incapacité perdure depuis le 31 décembre 2005. Il ne s'agit donc pas d'un événement soudain et imprévisible qui rend impossible l'exécution de son mandat.

L'appelant commet une faute de gestion en relation causale avec le dommage subi par l'intimé en s'étant abstenu de veiller à ce que les TVA afférentes aux ventes forcées des deux immeubles de PATRIMO intervenues les 18 janvier 2013 et 28 août 2014 soient déclarées et versées au Trésor.

La question de l'étendue du dommage laissée en suspens ressurgit donc ici.

L'appelant invoque le fait que l'intimé aurait dû requérir l'inscription hypothécaire visée aux articles 93<sup>ter</sup> et suivants du Code TVA.

Il est rappelé que selon ces dispositions, le notaire requis de dresser un acte ayant pour objet l'aliénation d'un bien est tenu de demander au propriétaire ou l'usufruitier de celui-ci s'il est assujéti à la TVA. Dans le cas où la réponse est affirmative, le notaire est personnellement responsable du paiement de la TVA et des accessoires pouvant donner lieu à l'inscription hypothécaire s'il n'avise pas l'administration de la TVA de la teneur de l'acte qu'il est requis

de dresser. L'administration de la TVA doit alors notifier au notaire le montant de la TVA et des accessoires qui peuvent donner lieu à inscription de l'hypothèque légale sur le bien qui fait l'objet de l'acte. Cette notification vaut saisie-arrêt en mains du notaire, dans la mesure où la TVA et les accessoires ont fait l'objet d'une contrainte visée et rendue exécutoire, notifiée au préalable au vendeur assujéti. En cas d'insuffisance des sommes saisies arrêtées pour désintéresser tous les créanciers du vendeur, le notaire doit en avertir l'administration de la TVA qui peut faire inscrire une hypothèque légale avec priorité sur l'acquéreur ou le teneur d'hypothèque du bien visé.

Il peut être présumé raisonnablement que le notaire instrumentant a accompli les formalités prévues par les dispositions précitées dès lors que sa responsabilité personnelle serait mise en cause en cas de non-respect de celles-ci. L'intimé ne soutient pas le contraire et l'appelant n'avance aucun élément qui permettrait de renverser cette présomption.

Conformément à l'article 85 du Code de la TVA, la contrainte ne peut être décernée qu'en cas de non-paiement de la TVA et des accessoires.

Par conséquent, puisque le fait générateur de TVA est la vente de l'immeuble et que son non-paiement éventuel ne pourra être constaté par l'intimé que postérieurement à cette vente, une contrainte ne pouvait pas être décernée préalablement à charge de la société.

L'intimé n'aurait pas pu prendre une hypothèque légale sur l'immeuble vendu le 18 janvier 2013 et aucune faute ne peut donc lui être reprochée.

Par contre, l'intimé aurait dû décerner ultérieurement une contrainte à charge de la société dès lors qu'il possédait une créance vis-à-vis de celle-ci correspondant à la TVA afférente à la première vente et aux accessoires.

L'intimé ne produit aucune contrainte qui aurait été notifiée à la société préalablement à la seconde vente.

Dans ces conditions, l'intimé a commis une faute qui rompt le lien causal entre la faute de l'appelant et le dommage qu'il revendique relativement au non-paiement de la TVA afférente à la première vente.

Cette faute permet également à l'appelant de renverser la présomption de l'article 332 du Code des sociétés, à tout le moins en ce qui concerne le dommage consistant dans le non-paiement de la TVA afférente à la première vente.

En ce qui concerne la TVA due à l'occasion de la seconde vente, la problématique est identique. L'administration de la TVA ne pouvait pas décerner une contrainte à charge de la société relativement à cette TVA avant la vente, puisque son non-paiement éventuel ne pouvait être constaté qu'ultérieurement.

L'appelant soutient qu'en toute hypothèse l'intimé n'aurait pu percevoir la TVA du fait qu'ING était créancier hypothécaire en premier rang qui aurait donc obtenu l'intégralité du prix de vente des deux immeubles.

C'est inexact dès lors que la TVA payée par l'acquéreur des immeubles n'est pas une partie du prix qui revient au créancier hypothécaire, mais une somme due à l'intimé que le vendeur

collecte pour son compte, qu'il doit indiquer dans sa déclaration périodique et reverser au Trésor dans la mesure où elle n'est pas compensée, en tout ou partie, par de la TVA payée par l'assujetti pour laquelle il peut revendiquer un droit à déduction.

Enfin, le fait que le curateur à la faillite de PATRIMO n'ait pas recherché la responsabilité de l'appelant est irrelevante. Ce choix personnel du curateur, librement assumé, ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité de l'appelant par l'intimé.

Par conséquent, il y a lieu de confirmer le jugement *a quo* dans ses principes mais de rapporter la condamnation de l'appelant à la somme de 142.852,50 €, en principal, montant de la TVA afférente à la seconde vente, à majorer des intérêts calculés selon l'article 91 du Code TVA.

(...)

300. **Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants**  
 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° 1411. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 4 mai 2018<sup>1</sup>

**Présentation :** On pourrait considérer que le défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net est une faute qui se répète à chaque instant (faute *continue*), et non une faute instantanée se réalisant en un instant précis, à savoir au terme du délai de deux mois défini par la procédure de la sonnette d'alarme. Selon cette interprétation, à chaque instant le dirigeant est fautif de ne pas réunir l'assemblée. Cela a une implication en matière de prescription puisque s'agissant d'une infraction continue, le point de départ du délai est le jour où la situation prend fin, ce qui est susceptible d'étendre très largement la durée de la possible mise en cause de la responsabilité des dirigeants. Un argument de taille vient toutefois contrer cette interprétation : pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à compter desquels une obligation de réunir une assemblée s'impose si cette obligation était *continue*, une assemblée générale devant être réunie à chaque instant lorsque le seuil est atteint ? La Cour de cassation rappelle très clairement dans cet arrêt que la méconnaissance de la procédure de la sonnette d'alarme est une infraction *instantanée*. Pareille faute ne pourra plus être reprochée au dirigeant lorsque 5 années<sup>2</sup> se seront écoulées après le dernier jour utile pour réunir une assemblée générale. La Cour rappelle en outre, comme régulièrement d'ailleurs, l'enseignement de son arrêt du 7 novembre 1997 dont nous reparlerons ci-après, au n° 1419, lorsque nous commenterons l'arrêt du 12 octobre 2018.

**Sommaire :** 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 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./ADA, société de droit français

(...)

1411.-1 Cet arrêt porte le numéro de R.G. C.17.0410.F et est disponible tant sur le site de la Cour à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be) que dans la *R.G.D.C.*, 2019, liv. 1, p. 57.

2 Délai quinquennal prévu à l'article 198, § 1<sup>er</sup>, premier tiret, du Code des sociétés, devenu l'article 2:143, § 1<sup>er</sup>, quatrième tiret du CSA.

### 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, § 1er, 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 1er, 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.

(...)

- 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. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**
- 480. **L'absence ou le retard dans la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale – l'absence ou le retard dans le dépôt des comptes annuels à la BNB**

*N° 1412. – Comm. Liège (div. Namur) (2<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* Le curateur d'une SA faillie met en cause la responsabilité de ses deux anciens administrateurs en formulant trois reproches distincts : avoir poursuivi l'activité de manière déraisonnable<sup>2</sup>, ne pas avoir tiré la sonnette d'alarme malgré une perte grave de l'actif net<sup>3</sup> et ne pas avoir déposé les comptes annuels à la Banque Nationale<sup>4</sup>.

Le tribunal envisage tout d'abord la prescription éventuelle de l'action en responsabilité, sur ces trois fondements distincts, avant d'entrer dans le cœur du litige.

Après une analyse des comptes annuels de la SA V., de ses pertes successives et du relevé systématique des divers PV des assemblées générales établis par le curateur, le Tribunal constate que les administrateurs auraient dû respecter la procédure dite « de la sonnette d'alarme » de l'article 633 du Code des sociétés, et notamment établir un rapport spécial, et qu'en ne le faisant pas, ils ont commis une faute engageant leur responsabilité.

De même, le Tribunal constate que, sans aucune justification, la SA V. n'a pas déposé les comptes annuels de l'année 2013 (aucun reproche ne pouvant être fait pour ceux de l'année 2014 vu le prononcé de la faillite en mars 2015) de sorte que ses administrateurs sont fautifs, outre que la présomption établie par l'article 92 du Code des sociétés s'applique.

Enfin, le Tribunal estime qu'à partir de la fin de l'année 2012, la poursuite des activités de la SA V. alors qu'elle accusait des pertes importantes malgré une augmentation de capital et que son actif net était largement négatif, a « constitué un acharnement coupable intervenu en violation manifeste des intérêts des créanciers de la société », ce qui engage également la responsabilité des administrateurs.

Quant au dommage, le Tribunal ordonne une réouverture des débats afin de le quantifier, sur la base des éléments qui lui seront précisés par les parties, sachant qu'il estime que l'intégralité du passif né après la date de la plus ancienne AG<sup>5</sup> qui aurait dû statuer sur le sort de la société au vu des pertes graves de l'actif net (+ deux mois), et sous déduction des frais qui auraient

1412.-1 Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de R.G. A/16/00989.

2 Faute aquilienne (art. 1382 et 1383 C. civ.).

3 Art. 633 du Code des sociétés devenu article 7:228 du CSA.

4 Art. 92 du Code des sociétés devenu article 3:1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, CSA.

5 Au regard de la prescription quinquennale de l'article 198, § 1, du Code des sociétés devenu l'article 2:143, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> tiret, CSA.

en tout état de cause dû être exposés si la société avait cessé ses activités à cette date, a été causé par les fautes des deux administrateurs engageant leur responsabilité solidaire.

**Sommaire :** Pour le calcul du délai de prescription visé à l'article 198 du Code des sociétés, la date d'entrée en fonction du curateur ne doit pas être prise en compte ; la faillite de la société et la désignation d'un curateur n'ont aucune incidence sur la prise de cours des délais de prescription de sorte que le curateur doit agir avec la diligence requise pour éviter que la prescription ne soit acquise dans les affaires où il estime qu'il est de l'intérêt de la masse d'agir. La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire pendant de nombreuses années constitue un ensemble de faits indivisibles de sorte que la prescription commence à courir soit lorsqu'il n'est plus déraisonnable de poursuivre l'activité (hypothèse marginale en pratique parce que, dans pareil cas, il est peu probable que la responsabilité des dirigeants soit mise en cause), soit le jour où les activités déraisonnablement poursuivies ont cessé. La procédure visée à l'article 633 du Code des sociétés (et notamment l'établissement d'un rapport spécial) doit être respectée (et répétée) par les dirigeants lors de chaque assemblée générale permettant de constater une perte grave de l'actif net, sous peine de commettre une faute.

**Parties :** Me R. *qualitate qua* faillite SA VANKA/G. L. et H. P.

### ***I.- Procédure***

Le tribunal est saisi du litige par une citation signifiée le 20/09/2016.

(...)

### ***II. – Exposé du litige***

#### ***A. – Les faits pertinents de la cause***

1. La SA VANKA a été constituée le 30/12/1993. Elle avait pour activité la vente de jouets et d'articles de plage et était active tant sur la Côte belge que sur la Côte d'Opale.

Les consorts L.-P. étaient les fondateurs, les actionnaires et les administrateurs de la société.

2. La société a eu quatre sièges sociaux différents depuis sa constitution, le dernier d'entre eux étant situé à Naninne.

3. Le 06/01/2015, la SA VANKA a bénéficié d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice. Ce transfert n'a cependant pas pu aboutir.

Les consorts L.-P. ont donc fait aveu de faillite le 06/03/2015. La faillite de la SA VANKA a été prononcée le 12/03/2015.

### B. – Les prétentions des parties

4. Me R. q.q. demande au tribunal de condamner solidairement les consorts L.-P. à lui payer a somme provisionnelle de 350 000 € à majorer des intérêts judiciaires.

Les consorts L.-P. concluent au rejet de l'action dirigée contre eux.

### III. – Discussion

#### A. – Introduction

5. Me R. q.q. considère que les consorts L.-P. ont commis des fautes dans l'exercice de leurs mandats d'administrateur de la SA VANKA (notamment avoir poursuivi déraisonnablement une activité déficitaire, avoir violé le prescrit de l'article 633 du Code des sociétés et ne pas avoir déposé certains comptes annuels) et met aujourd'hui leur responsabilité en cause de ce chef.

#### B. – La prescription

6. Les consorts L.-P. affirment que l'action est prescrite (et que la demande est donc irrecevable) en ce qu'elle se fonde sur des fautes antérieures au 20/09/2011 (soit cinq ans avant la date de la citation). Il convient, avant de trancher cette question, de rappeler les principes applicables en la matière.

7. L'article 198 § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés<sup>6</sup> dispose que :

« Sont prescrites par cinq ans :

(...)

– toutes actions contre les gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, membres du conseil de surveillance, commissaires, liquidateurs, pour fait de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ».

« L'instauration d'un tel délai de prescription, dérogeant au droit commun, procède de la volonté du législateur d'éviter de laisser trop longtemps les administrateurs dans l'incertitude quant à leur responsabilité pour les fautes commises dans l'exercice de leur mandat et de leur permettre de réagir durant une période proche des comportements litigieux. »<sup>7</sup>.

8. La doctrine précise à juste titre à cet égard que :

– « Ce délai s'applique sans avoir égard au fondement juridique de l'action en responsabilité »<sup>8</sup> ;

– « (...) le point de départ de la prescription est également différé lorsque l'action en responsabilité se fonde sur un ensemble de faits indivisibles. Dans ce cas, la prescription ne

<sup>6</sup> Devenu l'art. 2:143, § 1<sup>er</sup>, CSA.

<sup>7</sup> Y. DE CORDT et al., *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 467 ; dans le même sens : K. GEENS et M. WYCKAERT, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht IV – Verenigingen en vennootschappen*, Deel II – De vennootschap – Algemeen deel, Kluwer, 2011, p. 618.

<sup>8</sup> X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales », R.C.J.B., 2016, p. 181 et les références citées ; dans le même sens : Y. DE CORDT et al., *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 467 ; H. BRAECKMANS, R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, 2012, p. 372 ; K. GEENS, M. WYCKAERT, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht IV – Verenigingen en vennootschappen*, Deel II – De vennootschap – Algemeen deel, Kluwer, 2011, p. 619 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, p. 333.

*commence à courir qu'à compter du dernier de ces faits »<sup>9</sup> « ou du jour où la situation cesse d'être fautive ment maintenue »<sup>10</sup> ; « Il appartient au juge d'examiner si les faits fautifs qui lui sont soumis constituent effectivement un ensemble indivisible. A défaut, il convient d'écarter les faits antérieurs à la période de cinq ans pour cause de prescription. »<sup>11</sup> ;*

- « il a été jugé que le délai de prescription de l'action en responsabilité fondé sur l'article 633 du Code des sociétés commence à courir dès l'instant où les dirigeants auraient dû procéder à la convocation de l'assemblée générale ; la circonstance que les dirigeants soient restés en défaut de convoquer l'assemblée générale n'en fait pas un ensemble de faits indivisibles »<sup>12</sup>.

9. Me R. q.q. laisse entendre que la date de son entrée en fonction doit être prise en compte dans le calcul du délai de prescription. Il n'en est rien. La faillite de la société et la désignation d'un curateur n'ont en effet aucune incidence sur la prise de cours des délais de prescription. En pratique, le curateur devra donc agir avec la diligence requise pour éviter que la prescription ne soit acquise dans les affaires où il estime qu'il est de l'intérêt de la masse d'agir.

10. Il résulte de la doctrine citée *supra* qu'en ce qu'elle se fonde sur l'article 633 du Code des sociétés, l'action de Me R. q.q. est prescrite pour toutes les fautes commises avant le 20/09/2011.

En revanche, la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire pendant de nombreuses années peut être considérée comme « un ensemble de faits indivisibles »<sup>13</sup>. La prescription commence dans une telle hypothèse à courir soit lorsqu'il n'est plus déraisonnable de poursuivre l'activité (hypothèse marginale en pratique parce que dans pareil cas, il est peu probable que la responsabilité des dirigeants soit mise en cause) soit le jour où les activités déraisonnablement poursuivies ont cessé. En l'espèce, les activités ont pris fin le jour de la faillite soit le 12/03/2015. C'est donc à partir de cette date que le délai de prescription a commencé à courir. L'action de Me R. q.q., en ce qu'elle se fonde sur la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, n'est dès lors pas prescrite.

Elle n'est pas non plus prescrite en ce qu'elle se fonde sur l'article 92 du Code des sociétés puisque les comptes annuels en cause sont ceux qui sont relatifs à l'exercice 2013.

9 X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, p. 181 et les références citées ; dans le même sens : J-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, p. 336.

10 Y. DE CORDT *et al.*, *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 468.

11 Y. DE CORDT *et al.*, *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 468.

12 X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, p. 181 et les références citées ; dans le même sens : Y. DE CORDT *et al.*, *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 468.

13 Voir en ce sens : Bruxelles, 4 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 960 à 964.

## B. – La violation de l'article 633 du Code des sociétés

### a) Principes applicables

#### 11. L'article 633 du Code des sociétés dispose que :

*« 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 conseil d'administration justifie ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. Si le conseil d'administration propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. (...)*

*Les mêmes règles sont observées si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, mais, en ce cas, la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée.*

*Lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation. »*

12. *« La loi oblige les dirigeants à veiller particulièrement à l'évolution de l'actif net de la société et leur impose de convoquer une assemblée générale lorsque l'actif net de la société est réduit à la moitié ou au quart du capital social. Compte tenu de la gravité de la situation, il appartient aux associés de se prononcer pour décider si la société doit ou non survivre. L'obligation de convoquer l'assemblée générale est une obligation de résultat et c'est en vain que le dirigeant invoquerait son manque de formation particulière, sa bonne foi ou la confiance qu'il plaçait dans le comptable de la société. »<sup>14</sup>.*

Le fait de ne pas établir de rapport spécial, tout comme le fait de ne pas réunir une assemblée générale dans le délai susvisé constitue donc une faute dans le chef des dirigeants<sup>15</sup>, faute qui engagera leur responsabilité solidaire.

*« Le non-respect de la disposition est lourdement sanctionné : si l'assemblée n'est pas convoquée, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de l'absence de convocation (art. 633, al. 5). La présomption ne profite pas à la société elle-même, mais uniquement aux tiers, en ce compris le curateur agissant en lieu et place des créanciers en cas de faillite, et elle ne s'applique qu'au défaut de convocation de l'assemblée générale, et non aux autres exigences légales, de sorte qu'en cas de manquement à celles-ci, le demandeur en responsabilité devra établir le lien de causalité entre le dommage dont il réclame réparation et le manquement. »<sup>16</sup>.*

14 X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales », R.C.J.B., 2016, pp. 163 et 164.

15 J-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, p. 255.

16 Y. DE CORDT et al., *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, pp. 509 et 510.

## b) Application des principes au cas d'espèce

13. Il ressort du registre des PV des AG de la SA VANKA (Pièce 1 de Me R. q.q.) que :

| Année | Respect de la procédure visée par l'article 633 du Code des sociétés                                                                                                                                                                                                             |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2001  | OUI                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2002  | NON : aucun PV d'AG n'a été établi (ni <i>a fortiori</i> de rapport spécial)                                                                                                                                                                                                     |
| 2003  | Le PV de l'AGO fait référence à une AG extraordinaire qui aurait décidé de poursuivre les activités de la société mais le registre ne contient pas de PV de cette AG extraordinaire ni de rapport spécial établi sur la base de l'article 633.                                   |
| 2004  | NON                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2005  | NON                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2006  | OUI                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2007  | NON                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2008  | NON                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2009  | NON                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2010  | OUI                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2011  | OUI                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 2012  | NON : le PV de l'AGO fait certes référence à l'article 633 et l'AGO décide de poursuivre les activités mais aucun rapport spécial du CA n'a été établi                                                                                                                           |
| 2013  | NON : aucun PV d'AG n'a été établi (ni <i>a fortiori</i> de rapport spécial)                                                                                                                                                                                                     |
| 2014  | NON : le PV de l'AGO fait certes référence à l'article 633 et l'AGO décide de poursuivre les activités mais aucun rapport spécial du CA n'a été établi <sup>22</sup> En outre, lors de cette AGO, ce sont les comptes annuels de 2012 qui ont été approuvés et non ceux de 2013. |

14. Dans la mesure où l'action fondée sur l'article 633 du Code des sociétés est prescrite pour tous les manquements antérieurs au 20/09/2011, il convient d'examiner si les conditions d'application de cette disposition étaient – ou non – réunies de 2012 à 2014.

Il ressort des conclusions de Me R. q.q. et des comptes annuels de la SA VANKA que celle-ci a accusé des pertes très importantes de 2005 à 2014 (à titre d'exemples : 2012 : 275.462 € ; 2013 : 637.982 € ; 2014 : 240.999 € (pour une période de neuf mois)).

Par ailleurs, ses capitaux propres sont négatifs depuis 2006 (à l'exception des années 2009 et 2010) et la situation s'est très nettement empirée lors des trois dernières années d'activités (2012 : - 310.960 € ; 2013 : - 948.673 € ; 2014 : - 1.109.082 €).

Les consorts L.-P., en leur qualité d'administrateurs de la SA VANKA, auraient donc dû respecter la procédure visée à l'article 633 du Code des sociétés (et notamment établir un rapport

17 Les consorts L.-P. ont certes produit un rapport spécial qu'ils auraient établi pour l'AG de 2014 (ayant approuvé les comptes de 2012), mais Me R. q.q. a relevé à juste titre que ce rapport n'est pas signé et qu'il est suspect qu'il ne figure pas dans le registre prévu à cet effet, qui a été arrêté par le juge commissaire le 16/03/2015, alors même que tous les autres PV et rapports s'y trouvent et sont signés. Le Tribunal considère dès lors que ce rapport n'a pas de valeur probante.

spécial) tant en 2012, qu'en 2013 et en 2014<sup>18</sup>. En ne le faisant pas, il est manifeste qu'ils ont commis une faute.

Pour l'année 2013, il échet en outre de constater que la présomption prévue par l'article 633 du Code des sociétés (que les consorts L.-P. ne tentent même pas de renverser) doit trouver à s'appliquer puisqu'aucune assemblée générale n'a été réunie.

### C. – Le non-dépôt des comptes annuels

15. L'article 92, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés stipule que « § 1er. Chaque année, les gérants ou les administrateurs dressent un inventaire (...) et établissent les comptes annuels dont la forme et le contenu sont déterminés par le Roi. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte des résultats ainsi que l'annexe et forment un tout. Les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice. Si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans ce délai, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission ».

En l'espèce, la SA VANKA n'a plus déposé de comptes annuels après ceux arrêtés au 31/12/2012. S'il ne peut être fait grief aux consorts L.-P. de ne pas avoir arrêté les comptes annuels pour l'année 2014, la faillite de la société étant survenue le 12/03/2015, il n'en est pas de même pour l'année 2013. Rien ne justifie en effet que les comptes annuels de cette année n'aient pas été établis. En agissant comme ils l'ont fait, les consorts L.-P. ont donc commis une faute. En outre, la présomption prévue par l'article 92 du Code des sociétés (que les consorts L.-P. ne tentent pas de renverser) doit trouver à s'appliquer.

### D. – La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire

16. « La poursuite d'une activité gravement déficitaire au-delà du raisonnable constitue une faute des administrateurs qui, en plus de la méconnaissance des intérêts de la société, méconnaissent en ces circonstances ceux des tiers. Un administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront à coup sûr pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu et que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes ; les conséquences dommageables d'une pareille attitude sont évidemment prévisibles. L'administrateur d'une société se doit de tirer les conclusions qui s'imposent à la lecture des bilans et de ne pas répéter les mêmes erreurs (Mons, 20 mai 1985, Rev. prat. soc. 1985, p. 282).

10. Ce comportement a causé un préjudice certain, commun à l'ensemble des créanciers (contractuels et non contractuels) et distinct du préjudice individuel des créanciers contractuels (cf. J.-Fr. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004, pp. 129-130). Ce préjudice consiste dans l'aggravation du passif résultant de la poursuite de l'activité. »<sup>19</sup>.

17. En l'espèce, la SA VANKA a accusé des pertes importantes entre 2005 et 2014 et son actif net était largement négatif de 2006 à 2014 (à l'exception de 2009 et 2010). Les consorts L.-P. ont cependant gardé confiance dans les chances de redressement de la société puisqu'ils ont procédé à une augmentation de capital de 530.000 € en mars 2010 (Pièce 5 des consorts L.-P.). Ces moyens complémentaires ont permis aux consorts L.-P. de croire que la société

18 C'est en effet à juste titre que certains auteurs affirment que la procédure visée à l'article 633 du Code des sociétés doit être renouvelée. Voir à cet égard : J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, pp. 251 et 252. Les consorts L.-P. en étaient d'ailleurs bien conscients puisque les PV d'AG font référence à l'article 633 du Code des sociétés, même si le prescrit de cette disposition n'est pas strictement respecté.

19 Bruxelles, 4 décembre 2008, R.D.C., 2009, pp. 960 à 964.

avait encore des chances de survie, d'autant qu'ils ont également diversifié leurs activités en participant notamment à des foires. Leur attitude est cependant devenue fautive dès l'assemblée générale ayant approuvé les comptes de 2011 (le 16/11/2012) puisque malgré l'augmentation de capital intervenue en 2010, une perte importante a, à nouveau, été enregistrée (159.526 €) et l'actif net est redevenu négatif.

À partir du 16/11/2012, la poursuite des activités de la SA VANKA a, en d'autres termes, constitué un acharnement coupable intervenu en violation manifeste des intérêts des créanciers de la société.

#### ***E. – L'action en comblement de passif***

18. Les consorts L.-P. consacrent de longs développements à l'action en comblement de passif et aux conditions d'application de l'article 530 du Code des sociétés. Me R. q.q. ne fonde cependant pas son action sur cette disposition. Les développements en question sont dès lors irrelevants en l'espèce.

#### ***F. – Le dommage vanté***

19. En pratique, si les consorts L.-P. avaient respecté le prescrit de l'article 633 du Code des sociétés lorsqu'ils se sont rendus compte, le 16/11/2012, de la situation tout à fait critique de la société, ils auraient dû convoquer une A.G. dans les deux mois afin que celle-ci se prononce sur la poursuite – ou non – des activités. Il aurait dès ce moment fallu soit recapitaliser la société soit cesser son activité (et faire aveu de faillite ou à tout le moins mettre la société en liquidation).

L'intégralité du passif né après le 16/01/2013 (soit la date de l'AG du 16/11/2012 + deux mois), sous déduction des frais qui auraient en tout état de cause dû être exposés si la société avait cessé ses activités à cette date, a été causé par les fautes susvisées des consorts L.-P. En vertu des articles 1382 du Code civil et 92 et 633 du Code des sociétés (combinés avec l'article 528 du même Code), ils doivent dès lors être solidairement condamnés à le prendre en charge.

Dans la mesure où les pièces déposées ne permettent pas de déterminer ce montant, le tribunal rouvrira les débats pour permettre aux parties de conclure sur ce point. Si en raison de la perte de documents comptables ou d'une comptabilité lacunaire et non probante, le montant de la créance de la curatelle ne pouvait être déterminé, il conviendrait d'évaluer cette créance *ex aequo et bono*.

#### ***IV. – DÉCISION***

***Après en avoir délibéré, le tribunal, statuant contradictoirement, et en premier ressort,***

Ordonne d'office la réouverture des débats pour permettre aux parties de conclure aux fins déterminées *supra*,

(...)

Réserve à statuer dans l'intervalle.

## OBSERVATIONS

**Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité fondée sur le défaut de 'tirer la sonnette d'alarme'**

Cette décision a fait l'objet d'un appel avant même que soit tranché le *quantum* de la condamnation.

On note que l'article 7:228 du CSA reformule l'article 633 du Code des sociétés en :

- mettant en exergue le devoir des administrateurs de réunir une assemblée générale (voir les termes « *l'organe d'administration doit (...) convoquer l'assemblée générale* » qui remplacent « *l'assemblée générale doit être réunie* ») ;
- insistant sur l'objectif des mesures à prendre, à savoir assurer la continuité de la société (expression répétée deux fois), alors que le Code des sociétés soulignait davantage le redressement de la situation financière de la société (voir la formulation « (...), *il expose dans un rapport spécial (...) les mesures qu'il propose pour assurer la continuité de la société* » qui remplacent « *Si le conseil d'administration propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société.* » (...)).

Quant à l'épineuse question du point de départ du délai de prescription à appliquer aux situations de méconnaissance des articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés, le Tribunal privilégie la thèse selon laquelle la procédure de la sonnette d'alarme doit être renouvelée à chaque assemblée générale au cours de laquelle est constatée la perte grave de l'actif net. Il souligne d'ailleurs qu'en l'espèce, les administrateurs étaient conscients de leur devoir de renouveler la procédure, puisque les procès-verbaux des AG faisaient expressément référence à l'article 633 du Code des sociétés, même si le prescrit de cette disposition n'était pas strictement respecté. Une thèse plus sévère encore, et donc plus exigeante à l'égard de la responsabilité des dirigeants, serait de considérer que le défaut de convocation est une faute qui se répète à chaque instant (faute *continue*) : c'est en effet à chaque instant que le dirigeant serait fautif de ne pas réunir l'assemblée. Mais alors pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à compter desquels une obligation de réunir une assemblée s'impose si cette obligation était *continue*, une assemblée générale devant être réunie chaque fois que le seuil est atteint et constaté, et donc dans certaines hypothèses régulièrement ? Elles ne sont pas rares, les sociétés qui, malgré des mesures de redressement, n'améliorent pas leur situation financière.

Nous privilégions la thèse inverse, à savoir que le défaut de convocation d'une assemblée générale est une faute *instantanée* se réalisant à un moment précis, à savoir au terme du délai de deux mois suivant l'atteinte d'un des deux seuils définis par la loi (moitié du capital social, quart du capital social). Selon nous, et même s'il est bien sûr essentiel que les dirigeants envisagent cette question lors de chaque examen des comptes annuels avec l'assemblée générale, la formulation du texte légal implique que l'obligation de réunir une assemblée ne s'impose qu'une seule fois dans chacune des deux hypothèses strictement définies par la loi, à savoir une première 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 social<sup>20</sup>. Ajoutons que la faute éventuelle se concrétise non pas le jour où

<sup>20</sup> Voir en ce sens Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 4 décembre 2008 (R.D.C., 2009, liv. 9, p. 260, J.D.S.C., 2010, n° 953, p. 120) : l'article 431 du Code des sociétés fixe le délai dans lequel l'assemblée générale extraordinaire doit être convoquée ainsi que le point de départ de ce délai, mais n'impose pas de réitérer cette procédure si la perte persiste. L'assemblée générale ne doit

la perte est constatée, mais bien le dernier jour utile pour convoquer une assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites<sup>21</sup>.

S'agissant d'une présomption de responsabilité, fort lourde d'ailleurs et bien difficile à renverser, le texte apparaît de stricte interprétation. Et lorsque, dans son arrêt du 4 mai 2018 publié ci-avant sous le n° 1411, la Cour de cassation précise que 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*, elle confirme cette interprétation que l'abstention définie aux articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés s'identifie à une infraction *instantanée*, avec les conséquences qui en découlent en matière de calcul du délai de prescription quinquennal, et plus particulièrement du point de départ de celui-ci.

Par contre, à notre estime, la responsabilité des dirigeants n'ayant pas examiné la question de la poursuite des activités dans une situation de perte grave de l'actif net, la sonnette d'alarme ayant déjà été actionnée une année précédente, peut valablement être engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil, la faute *et le lien causal* devant être clairement établis par la partie demanderesse en responsabilité. Il nous semble que la *faute* est aisément établie, tout dirigeant normalement diligent et prudent qui gère une société qui « n'arrive pas à relever le nez » étant tenu de s'interroger, lors de chaque examen des comptes annuels avec l'assemblée générale, sur les mesures de redressement à prendre pour permettre la continuité de la société. Restera à la partie demanderesse à établir positivement le *lien causal* entre cette faute et son dommage.

La décision évoquée ci-après sous le n° 1413, prononcée le même jour par la même juridiction, est également intéressante sur cette question.

Enfin, on renvoie le lecteur intéressé par la procédure de la sonnette d'alarme à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2018 publié ci-après sous le n° 1421.

être convoquée qu'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 social. Voir *contra* : Gand (23<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 2001 (J.D.S.C., 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX intitulée « La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme : quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001 », DAOR, 2002, liv. 63, p. 300 ; R.D.C., 2002, liv. 9, p. 703) qui considère que les dirigeants doivent réunir une assemblée *spéciale* chaque année lorsqu'ils constatent, au moment de l'examen des comptes annuels, que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social ; Comm. Ypres, 21 octobre 2002, R.W., 2003-2004, liv. 11, p. 432 ; T.R.V., 2004, liv. 8, p. 730 et note, J.D.S.C., 2006, n° 736, p. 145. Voir X. FOSSOUL intitulée « Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales » parue dans X, *Liber amicorum, Commission Droit et Vie des Affaires, 40ème Anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 571 et les références citées. À noter que l'ensemble de la contribution de X. FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pp. 565 à 581).

21 Le Code précise notamment que le dirigeant dispose d'un délai de deux mois à compter du constat pour réunir une assemblée générale ; d'autre part, en SPRL et SCRL, la convocation doit être envoyée par lettre recommandée (sauf, en SPRL, si les destinataires ont, individuellement, expressément et par écrit, accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication) quinze jours avant l'assemblée (art. 268, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et 383 du Code des sociétés) ; en SA, voir le régime particulier de l'article 533 du Code des sociétés.

367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**

*N° 1413. – Comm. Liège (div. Namur) (2<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* Ce jugement retient notre attention, car les faits invoqués pour soutenir la responsabilité du dirigeant sont rarement allégués dans ce contexte. Une SPRL fait aveu de faillite en novembre 2015, la faillite étant rapportée en mai 2016 suite à la tierce opposition formée par son fondateur et associé minoritaire, qui prétend également en être créancier. En octobre 2016, cette SPRL est (de nouveau) déclarée en faillite, cette fois sur citation de l'administrateur provisoire désigné sur la base de l'article 8 de la loi sur les faillites. Le fondateur et associé minoritaire reproche au gérant, associé majoritaire, d'avoir fait aveu de faillite en novembre 2015, estimant que cet aveu aurait été fait dans l'unique but d'éviter de payer la créance qu'il détiendrait contre la SPRL. Le Tribunal rejette sa demande, estimant qu'il n'était pas fautif, dans le chef du gérant, de faire aveu de faillite. Le simple fait que la faillite ait été rapportée n'établit nullement la faute. Le Tribunal constate que « le régime mis en place en matière d'aveu de faillite (obligation de faire aveu dans le mois sous peine de sanctions pénales et civiles) et la responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire encouragent lesdits dirigeants à faire aveu de faillite rapidement, dès qu'ils estiment que les conditions légales sont réunies ». C'est cependant le Tribunal qui décide s'il y a lieu ou non de prononcer la faillite. Ce n'est qu'exceptionnellement, et notamment dans les cas de fraude, que l'aveu de faillite pourra constituer une faute dans le chef du dirigeant. Ce n'est pas le cas en l'espèce, le Tribunal rappelant que la faillite a été prononcée par une juridiction qui s'est prononcée sur avis conforme du Ministère public, de sorte qu'il s'interroge sur le lien causal entre la faute (faire aveu de faillite) et le dommage allégué. Et même si la demande pouvait être considérée comme fondée, *quod non*, le dommage réparable ne s'identifierait qu'à la perte d'une chance de récupérer sa créance, puisque le demandeur n'établit pas qu'à défaut de faillite, sa créance aurait été intégralement acquittée par la SPRL.

*Sommaire :* Le fait de faire aveu de faillite ne constitue une faute dans le chef des dirigeants que dans des cas exceptionnels (par exemple en cas de fraude). Le simple fait que la faillite d'une société ait été rapportée n'implique pas que le dirigeant ait commis une faute en faisant aveu de faillite. Le dirigeant d'entreprise dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le cadre de laquelle il a le choix entre plusieurs comportements raisonnables. Le juge ne peut substituer son appréciation à celle du dirigeant prétendument fautif quant au choix de l'un ou l'autre de ces comportements ; il ne peut sanctionner que l'attitude qui se situe en dehors de cette « marge de manœuvre » et peut donc être considérée comme déraisonnable. Appelé à se prononcer sur le caractère fautif du comportement d'un dirigeant, le juge doit l'apprécier au moment où il est posé, et compte tenu de toutes les circonstances dont son auteur a pu avoir connaissance à ce moment, en

1413.-1 Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de R.G. A/16/00985.

faisant abstraction de ce qui n'a été révélé que par des faits ou des analyses postérieures.

Le régime mis en place en matière d'aveu de faillite (obligation de faire aveu dans le mois sous peine de sanctions pénales et civiles) et la responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire encouragent les dirigeants à faire aveu de faillite rapidement, dès qu'ils estiment que les conditions légales sont réunies ; il incombe ensuite au tribunal de déterminer si tel est effectivement le cas – ou non – et de décider s'il y a lieu de prononcer la faillite.

*Parties :* J.-P. V.F./S. Z.

### ***I.- Procédure***

Le tribunal est saisi du litige par une citation signifiée le 14/11/2017.

(...)

### ***II. – Exposé du litige***

#### ***A. – Les faits pertinents de la cause***

1. La SPRL THINK PLUS a été constituée le 08/10/2009 par J.-P. V.F. et S. Z. (Pièce 1 de S.Z.). Le capital était réparti comme suit :

- J.-P. V.F. : 20 parts ;
- S. Z. : 1980 parts.

S.Z. a été nommé en qualité de gérant non statutaire de la société dans l'acte constitutif.

La société avait pour activité la vente d'imprimantes, de cartouches d'encre et de toners et de matériel et accessoires informatique et téléphonique.

2. Il ressort d'un jugement rendu le 05/06/2014 par le Président du tribunal de commerce de Liège siégeant comme en référé (Pièce 2 de S. Z.) que J.-P. V.F. a déposé, le 30/11/2011, deux marques auprès de l'O.B.P.I. : « ETA » (pour encres, toners et accessoires) et « Think Plus » et qu'un litige est né entre J.-P. V.F. et la SPRL THINK PLUS, dont il était pourtant associé, à propos de ces marques.

J.-P. V.F. demandait dans le cadre de cette procédure de constater l'infraction aux marques dont il était titulaire, de faire interdiction à la SPRL THINK PLUS de les utiliser sous peine d'astreinte et de condamner cette société au paiement de diverses sommes.

Le Président du Tribunal a débouté J.-P. V.F. de sa demande.

3. Ce jugement a été réformé le 30/04/2015 par la cour d'appel de Liège qui a condamné la SPRL THINK PLUS à cesser tout usage des marques déposées par J.-P. V.F., et ce sous peine d'astreinte (Pièce 3 de S. Z.).

Cet arrêt a fait naître une créance d'astreinte de 30.000 € dans le chef de J.-P. V.F. contre la SPRL THINK PLUS.

4. Le 05/11/2015, le tribunal de céans a prononcé la faillite sur aveu de la SPRL THINK PLUS, après avis conforme de Mme le Procureur du Roi (Pièce 4 de S. Z.).

5. J.-P. V.F. a introduit une tierce opposition contre cette décision (Pièce 4bis de S. Z.).

6. Le 30/05/2016, le tribunal de céans a rapporté la faillite de la SPRL THINK PLUS (Pièce 5 de S. Z.). Dans l'intervalle, le curateur de la société a cependant vendu son fonds de commerce à S. Z.

7. La SPRL THINK PLUS, devenue SP INFORMATIQUE (Pièce 7 de S. Z.), a interjeté appel de ce jugement (Pièce 6 de S. Z.).

8. Le 11/10/2016, le tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a prononcé la faillite de la SPRL SP INFORMATIQUE sur citation de l'administrateur provisoire désigné sur la base de l'article 8 de la loi sur les faillites (Pièce 8 de S. Z.).

### **B. – Les prétentions des parties**

9. J.-P. V.F. demande au tribunal de condamner S.Z. au paiement de la somme de 34.200 euros, à majorer des intérêts compensatoires au taux légal à dater du 10/10/2015 et des dépens.

S. Z. conclut au rejet de l'action dirigée contre lui.

### **III. – Discussion**

10. J.-P. V.F. reproche à S.Z. d'avoir fait aveu de faillite de la SPRL SP INFORMATIQUE (anciennement THINK PLUS) et considère que cet aveu a été fait dans le seul but d'éviter de payer la créance dont il prétend disposer contre la société.

Il convient à cet égard de rappeler :

- qu'en vertu de l'article 9 de la loi sur les faillites, « *Tout commerçant est tenu, dans le mois de la cessation de ses paiements, d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent.* » et que l'obligation de faire aveu de faillite est assortie de sanctions pénales (art. 489bis 4° du Code pénal) ;
- que, s'agissant d'une société, l'aveu de faillite ressortit à la compétence de l'organe de gestion<sup>2</sup> ;
- que lorsqu'il doit apprécier la faute commise par le dirigeant d'une société, le tribunal doit avoir à l'esprit deux principes : (i) l'appréciation marginale<sup>3</sup> et (ii) l'appréciation *a priori*<sup>4</sup>.

Il doit, en d'autres termes, tenir compte du fait que le dirigeant d'entreprise dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le cadre de laquelle il a le choix entre plusieurs comportements raisonnables. La doctrine précise à juste titre à cet égard que le fait de diriger une entreprise implique nécessairement de prendre des risques et que, « *Loin de pouvoir substituer*

<sup>2</sup> I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, p. 370.

<sup>3</sup> J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2012, p. 106 ; voir également ; Y. DE CORDT *et al.*, *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 414.

<sup>4</sup> J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2012, p. 107 ; voir également ; Y. DE CORDT *et al.*, *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, p. 414.

*son appréciation à celle du dirigeant qu'on prétend fautif quant au choix de l'un ou l'autre de ces comportements, le juge ne pourra sanctionner que l'attitude qui se situe en dehors de cette 'marge de manœuvre' et peut donc être considérée comme déraisonnable. »<sup>5</sup>.*

*« La seconde règle d'appréciation à observer par le juge appelé à se prononcer sur le caractère fautif du comportement d'un dirigeant repose sur l'idée qu'un acte est raisonnable ou non, fautif ou non, au moment où il est posé, et compte tenu de toutes les circonstances dont son auteur a pu avoir connaissance à ce moment. Or, lorsque le juge se prononce, plusieurs mois, si pas plusieurs années, se sont écoulés depuis les faits soumis à son appréciation. De nombreux événements qui jettent un éclairage nouveau sur le comportement des dirigeants sont intervenus: souvent, la faillite de la société a été déclarée, le curateur a procédé à un examen détaillé de la situation de la société, parfois même un expert a été chargé de rechercher les causes de la faillite et d'analyser les décisions des dirigeants. Il est essentiel que le juge s'efforce de se replacer dans les circonstances dans lesquelles les dirigeants se sont trouvés, en faisant abstraction de ce qui n'a été révélé que par des faits ou des analyses postérieures: il doit apprécier si le comportement du dirigeant est a priori raisonnable. »<sup>6</sup>.*

11. Si, en l'espèce, il est exact que la faillite de la SPRL SP INFORMATIQUE a été rapportée par le tribunal de céans, encore cette décision n'établit-elle pas que S.Z. a commis une faute en faisant aveu de faillite.

En réalité, le régime mis en place en matière d'aveu de faillite (obligation de faire aveu dans le mois sous peine de sanctions pénales et civiles) et la responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire encourage lesdits dirigeants à faire aveu de faillite rapidement, dès qu'ils estiment que les conditions légales sont réunies. Il incombe ensuite au tribunal de déterminer si tel est effectivement le cas – ou non – et de décider s'il y a lieu de prononcer la faillite.

Le fait de faire aveu de faillite ne constituera donc une faute dans le chef des dirigeants que dans des cas exceptionnels (par exemple en cas de fraude).

*In casu*, rien ne démontre qu'en prenant la décision de faire aveu de faillite, S.Z. a agi de manière déraisonnable. La faute reprochée par J.-P. V.F. n'est dès lors pas établie. Elle l'est d'autant moins que dans un premier temps le tribunal, sur avis conforme du Ministère public, a considéré que les conditions de la faillite étaient réunies.

J.-P. V.F. doit en conséquence être débouté de sa demande.

12. Le tribunal ajoute à titre surabondant :

- (i) que J.-P. V.F. ne démontre pas qu'il disposait d'une créance contre la société faillie au moment du prononcé de la faillite<sup>7</sup> (et, plus spécialement, que sa créance n'était pas prescrite en vertu de l'article 1385octies du Code judiciaire) ;
- (ii) que J.-P. V.F. réclame à S.Z. le montant total de la créance dont il prétend être titulaire contre la société. Il part donc du principe qu'il est certain que la société aurait pu, si elle n'avait pas été déclarée en faillite, lui payer l'intégralité de ladite créance. Il ne le

5 J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2012, p. 106.

6 J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2012, pp. 107 et 108.

7 Depuis l'ouverture de la faillite, l'article 1385sexies, al. 2, du Code judiciaire, en vertu duquel « les astreintes encourues avant le jugement déclaratif ne sont pas admises au passif de la faillite », doit trouver à s'appliquer.

démontre toutefois pas. Il affirme d'ailleurs qu'il était disposé à octroyer des termes et délais à la société, ce qui sous-entend qu'il était bien conscient du fait que la société n'était pas en mesure de le désintéresser rapidement et qu'un paiement différé allait s'imposer. Dans une telle hypothèse, J.-P. V.F. pourrait tout au plus se prévaloir de la perte d'une chance ;

- (iii) qu'il est permis de s'interroger sur le lien de causalité entre la faute alléguée – le fait d'avoir fait frauduleusement aveu de faillite – et le dommage vanté. En effet, c'est le tribunal de céans et non S.Z. qui a déclaré la faillite de la SPRL SP INFORMATIQUE.

#### IV. – *Décision*

Après en avoir délibéré, le tribunal, statuant contradictoirement, et en premier ressort,

Reçoit la demande,

La déclare non fondée,

En déboute J.-P. V.F.

(...)

### OBSERVATIONS

#### **La marge de manœuvre des dirigeants : un peu plus claire dans le CSA ? Et quid de la solidarité de la responsabilité ?**

Quant à la marge de manœuvre dont disposent les dirigeants de sociétés dans le cadre de leur gestion, et quant à l'appréciation par le juge des fautes qu'ils commettraient, deux éléments soulignés par ce jugement, précisons que le premier alinéa de l'article 2:56 du CSA, présent dans le Livre 2 applicable à toutes les personnes morales, précise désormais expressément, consacrant ainsi l'enseignement doctrinal et jurisprudentiel, que les dirigeants de droit et de fait « ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente ».

Ajoutons qu'à l'article 2:56, le CSA réserve la *solidarité* de la responsabilité des dirigeants aux hypothèses où l'organe d'administration forme un *collège* (al. 2), à moins que la responsabilité soit engagée pour violation du Code ou des statuts (al. 3) : dans cette dernière hypothèse, collège ou pas, les dirigeants répondent solidairement, tant envers la personne morale qu'envers les tiers, du dommage causé par cette violation.

L'alinéa 4 de cette même disposition prévoit cependant que les dirigeants de fait et de droit peuvent être déchargés de leur responsabilité pour les fautes auxquelles ils n'ont pas pris part à la condition qu'ils aient dénoncé cette faute à tous les autres membres de l'organe d'administration, ou, le cas échéant, à l'organe d'administration collégial et au conseil de surveillance<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> L'article 2:56 ajoute que, si elle est faite à un organe collégial d'administration ou de surveillance, cette dénonciation et les discussions auxquelles elle donne lieu sont mentionnées dans le procès-verbal.

Rappelons que dans le Code des sociétés, cette possibilité d'échapper à la responsabilité solidaire des dirigeants est limitée à l'hypothèse de la violation de la loi ou des statuts<sup>9, 10</sup>, engageant leur responsabilité non seulement à l'égard de la société, mais également à l'égard des tiers. Le Code des sociétés prévoit que dès que la violation du Code ou des statuts est établie, la faute existe. La victime (tiers préjudicié, curateur de faillite, etc.) doit établir le dommage réclamé et surtout le lien de causalité entre la violation/faute et le dommage, preuve souvent délicate à apporter. Le Code des sociétés n'a en effet pas édicté une *présomption de responsabilité* (le seul établissement de la faute étant insuffisant pour engager la responsabilité), mais plutôt une véritable *présomption d'imputabilité* : la violation de la loi ou des statuts est présumée être le fait de *tous* les dirigeants, solidairement<sup>11</sup>. Cette disposition est sévère pour les dirigeants dans la mesure où elle instaure un renversement de la charge de la preuve : c'est à l'administrateur ou au gérant qu'il appartient, pour s'exonérer, d'établir trois éléments cumulatifs<sup>12</sup> :

- absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, etc.) ;
- absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration : maladie, etc.) ;
- dénonciation par lui de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

Le CSA généralise ce moyen d'échapper à la responsabilité solidaire pour les membres d'un organe d'administration collégial.

9 Art. 263, al. 1<sup>er</sup> (SPRL), 408, al. 2 (SCRL) et 528, al. 1<sup>er</sup> (SA) du Code des sociétés.

10 Avec le CSA, quand les dirigeants forment un *collège*, ils sont solidaires pour tout type de faute commise, s'ils ne peuvent apporter la preuve décrite ci-avant, et non uniquement pour les violations du Code ou des statuts, ou telle ou telle hypothèse spécifique dans laquelle la loi prévoirait la solidarité.

11 On renvoie ici à la notion de *faute commune*, à savoir l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes commettent une faute ensemble, en contribuant à produire un fait dommageable, celles-ci étant alors condamnées *solidairement* à réparer la totalité du dommage causé. Le Code des sociétés présume que la violation du Code ou des statuts est une *faute commune* des dirigeants.

12 Art. 263, al. 2 (SPRL), 408, al. 3 (SCRL) et 528, al. 2 (SA), du Code des sociétés.

327. **La juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants**  
 440. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**

*N° 1414. – C.J.U.E. (4<sup>e</sup> ch.), 14 décembre 2017<sup>1</sup>*

*Présentation :* Cet arrêt retient notre attention, car, à sa lecture, on a envie de dire... et chez nous, cela donnerait quoi ?

Un litige oppose quatre anciens travailleurs à la SA les employant ainsi qu'à l'administrateur unique de cette dernière, relativement au recouvrement d'arriérés de salaires et d'autres indemnités que leur employeur a été condamné à leur payer à la suite de la rupture de leur contrat de travail dans un contexte de cessation d'activités de la SA. La SA étant insolvable et la garantie salariale étant plafonnée, ces quatre anciens travailleurs n'ont pas pu récupérer l'intégralité de leur dû, de sorte qu'ils ont introduit une action en responsabilité à l'encontre de l'administrateur pour violation de la loi sur les sociétés, en vue d'obtenir sa condamnation solidaire, avec cette société, des sommes leur restant dues. Ils reprochent à cet administrateur d'avoir omis de convoquer l'assemblée générale de la SA afin qu'elle vote sa dissolution ou sollicite l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, alors que cette société avait subi des pertes graves au cours des années précédant leur licenciement.

Le juge social saisi s'estime incompétent pour connaître de la demande fondée sur la responsabilité de l'administrateur. Selon la jurisprudence espagnole évoquée dans cet arrêt, les titulaires de créances salariales ne sont pas fondés à saisir la juridiction sociale d'une action tendant, à la fois, à faire valoir leurs créances à l'encontre de la société commerciale qui les employait et à déclarer un administrateur de cette dernière codébiteur solidaire de ces créances ; contrairement aux autres créanciers, les anciens travailleurs doivent, dans un premier temps, saisir le juge social pour faire reconnaître leur créance, puis, dans un second temps, saisir la juridiction civile ou commerciale compétente pour connaître d'une action en responsabilité solidaire à l'encontre de l'administrateur de ladite société. Peut-on imposer aux créanciers dont la créance découle d'un contrat de travail de saisir une juridiction différente de celle compétente pour reconnaître leur créance relativement à une telle action en responsabilité ?

N'est-ce pas discriminatoire, par rapport aux autres créanciers, de leur imposer d'engager *deux* procédures judiciaires *distinctes* (juridiction sociale puis juridiction civile ou commerciale) ?

*Sommaire :* La directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, [CE], pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, et en particulier ses articles 2 et 6 à 8, ainsi que la directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, tendant à

**1414.-1** Cet arrêt porte le n° C-243/16 et est disponible sur le site de la Cour à l'adresse <http://curia.europa.eu> avec les conclusions d'Y. BOT ainsi que, pour le sommaire uniquement, au *J.D.E.*, 2018, liv. 246, p. 78 (JO C, 12 février 2018).

coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, [TFUE], en vue de la protection tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, et en particulier ses articles 19 et 36, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne confèrent pas à des travailleurs salariés, créanciers d'une société anonyme au titre de la rupture de leur contrat de travail, le droit d'exercer, devant la même juridiction sociale que celle qui est compétente pour connaître de leur action visant la reconnaissance de leur créance salariale, une action en responsabilité contre l'administrateur de cette société, pour avoir omis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci malgré les pertes graves qu'elle avait subies, aux fins de voir déclarer cet administrateur codébiteur solidaire de ladite créance salariale. (Art. 20, 21 et 51 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

*Parties :* A. M.C., A. M.L., J. B.G. et J. G.B.G./SA Contimark et J. S.G.

(...)

#### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

(...)

26 Dans ces conditions, le Juzgado de lo Social n. 30 de Barcelona (Tribunal du travail n° 30 de Barcelone) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Les directives 2009/101 et 2012/30 ainsi que les articles 236 à 238, 241 et 367, entre autres, de la [loi sur les sociétés], qui en assurent la transposition en droit espagnol, confèrent-elles au créancier d'une société commerciale qui réclame devant les juridictions espagnoles compétentes, à savoir les juridictions sociales, le paiement de sa créance découlant d'un contrat de travail le droit d'exercer simultanément et cumulativement devant la même juridiction l'action directe dirigée contre l'entreprise en vue de la reconnaissance de la dette découlant d'un contrat de travail et l'action contre la personne physique, à savoir l'administrateur de la société, en sa qualité de codébiteur solidaire des dettes de la société en raison de manquement aux obligations de nature commerciale prévues dans ces directives et transposées dans la [loi sur les sociétés] ?
- 2) Les articles 2 et 6 à 8 de la directive 2009/101 ainsi que les articles 19 et 36 de la directive 2012/30 s'opposent-ils à la jurisprudence dégagée par la section des affaires sociales du Tribunal Supremo (Cour suprême) [...], selon laquelle, en matière de créances découlant d'un contrat de travail, les juridictions sociales espagnoles ne peuvent appliquer directement les garanties établies en faveur des créanciers des sociétés commerciales par les directives 2009/101 et 2012/30 ainsi que les articles 236 à 238, 241 et 367, entre autres, de la [loi sur les sociétés], qui en assurent la transposition en droit espagnol, pour les cas où les plus hauts responsables de ces sociétés, qui sont des personnes physiques, méconnaissent les exigences formelles de publicité des actes essentiels de la société prévues dans les directives 2009/101 et 2012/30 et transposées par la [loi sur les sociétés] ?

- 3) Les articles 20 et 21 de la Charte, lus en combinaison avec son article 51, s'opposent-ils à la jurisprudence dégagée par la section des affaires sociales du Tribunal Supremo (Cour suprême) [...], qui oblige le titulaire d'une créance découlant d'un contrat de travail, qui est un travailleur salarié, à engager deux procédures judiciaires, d'abord devant la juridiction sociale pour obtenir la reconnaissance de sa créance découlant d'un contrat de travail à l'encontre de l'entreprise, puis devant les juridictions civiles ou commerciales afin de faire constater la responsabilité solidaire de l'administrateur de la société ou d'autres personnes physiques, alors que ni la directive 2009/101, ni la directive 2012/30, ni les dispositions internes qui transposent ces directives ne prévoient la même exigence pour aucun autre type de créancier, indépendamment de la nature de sa créance ? »

### Sur les questions préjudicielles

27 Par ses questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2009/101, et en particulier ses articles 2 et 6 à 8, ainsi que la directive 2012/30, et en particulier ses articles 19 et 36, lues à la lumière des articles 20 et 21 de la Charte, doivent être interprétées en ce sens qu'elles confèrent à des travailleurs salariés, créanciers d'une société anonyme au titre de la rupture de leur contrat de travail, le droit d'exercer, devant la même juridiction sociale que celle qui est compétente pour connaître de leur action visant la reconnaissance de leur créance salariale, une action en responsabilité contre l'administrateur de cette société, pour avoir omis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci malgré les pertes graves qu'elle avait subies, aux fins de voir déclarer cet administrateur codébiteur solidaire de ladite créance salariale.

28 À titre liminaire, il convient de constater que la juridiction de renvoi est saisie d'une action en responsabilité contre l'administrateur de Contimark, pour avoir manqué à l'obligation de convoquer l'assemblée générale malgré les pertes graves subies, sur le fondement de dispositions de la loi sur les sociétés, dont l'article 367 de celle-ci, qui permettent aux créanciers, selon les indications figurant dans la décision de renvoi, d'invoquer cette responsabilité.

29 À cet égard, il ressort des considérants 1 et 2 de la directive 2009/101 que cette dernière tend à coordonner les dispositions nationales concernant la publicité, la validité des engagements des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée et la nullité de celles-ci. Concernant la directive 2012/30, aux termes de son considérant 3, celle-ci vise à assurer une équivalence minimale dans la protection tant des actionnaires que des créanciers des sociétés anonymes. À cette fin, elle harmonise les dispositions nationales relatives à la constitution, ainsi qu'au maintien, à l'augmentation et à la réduction du capital desdites sociétés (voir, à propos de la directive 2012/30, arrêt du 19 juillet 2016, Kotnik e.a., C-526/14, EUC : 2016:570, point 86).

30 S'agissant des dispositions de ces directives auxquelles la juridiction de renvoi fait référence, les articles 2, 6 et 7 de la directive 2009/101 prévoient les obligations des États membres en ce qui concerne les formalités de publicité relative aux sociétés et son article 8 porte sur les actes accomplis au nom d'une société en formation. Ces dispositions, de même, par ailleurs, que les autres dispositions de cette directive, ne prévoient ni une obligation de convoquer l'assemblée générale d'une société commerciale en cas de pertes graves subies par celle-ci, ni un droit des créanciers d'actionner la responsabilité de l'administrateur dans un tel cas de figure, ni de dispositions procédurales à ce titre. Elles sont donc manifestement dépourvues de lien avec les faits afférents au litige au principal. Il en va de même de l'article 36

de la directive 2012/30, qui ne régit que le droit des créanciers d'obtenir une sûreté en cas de réduction du capital souscrit.

31 Quant à l'article 19 de la directive 2012/30, pas plus que les autres dispositions de cette directive, celui-ci ne traite de la responsabilité des administrateurs et n'impose d'exigences particulières quant à la compétence des juridictions pour en connaître. Certes, cet article prévoit une obligation de convocation de l'assemblée générale de la société en cas de perte grave du capital souscrit. Cependant, ledit article se borne à énoncer cette obligation, sans préciser les autres conditions déclenchant celle-ci, telles que, notamment, l'organe de la société sur lequel elle pèse. Surtout, ledit article n'envisage pas les conséquences éventuelles d'un manquement à ladite obligation.

32 Ainsi, l'article 19 de la directive 2012/30 n'exige pas de droit à réparation à l'encontre de l'administrateur d'une société anonyme ni de règle relative aux modalités matérielles et procédurales de l'engagement de la responsabilité de ce dernier, en cas d'absence de convocation de l'assemblée générale malgré une perte grave du capital souscrit.

33 La question de savoir si, et dans quelles conditions matérielles ainsi que procédurales, les créanciers d'une société anonyme peuvent éventuellement agir en responsabilité contre l'administrateur aux fins d'obtenir réparation de leur préjudice, lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée en cas de perte grave du capital souscrit, est, partant, régie par les droits nationaux.

34 L'article 19 de la directive 2012/30 n'imposant aucune obligation spécifique aux États membres à cet égard, la situation en cause au principal ne saurait être appréciée au regard des dispositions de la Charte (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2014, Julián Hernández e.a., C-198/13, EUC : 2014:2055, point 35 et jurisprudence citée).

35 Eu égard à l'ensemble de ces considérations, il convient de répondre aux questions posées que la directive 2009/101, et en particulier ses articles 2 et 6 à 8, ainsi que la directive 2012/30, et en particulier ses articles 19 et 36, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne confèrent pas à des travailleurs salariés, créanciers d'une société anonyme au titre de la rupture de leur contrat de travail, le droit d'exercer, devant la même juridiction sociale que celle qui est compétente pour connaître de leur action visant la reconnaissance de leur créance salariale, une action en responsabilité contre l'administrateur de cette société, pour avoir omis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci malgré les pertes graves qu'elle avait subies, aux fins de voir déclarer cet administrateur codébiteur solidaire de ladite créance salariale.

(...)

## OBSERVATIONS

**La compétence des juridictions sociales pour connaître d'une demande incidente relative à la responsabilité des dirigeants de sociétés****Encore la responsabilité solidaire du dirigeant pour les dettes de TVA de la société faillie**

Dans l'arrêt annoté, la Cour de Justice précise que la directive 2012/30/UE du 25 octobre 2012<sup>2</sup> ne traite pas de la responsabilité des administrateurs et n'impose pas d'exigences particulières quant à la compétence des juridictions pour en connaître. Cette directive « prévoit une obligation de convocation de l'assemblée générale de la société en cas de perte grave du capital souscrit. Cependant, ledit article se borne à énoncer cette obligation, sans préciser les autres conditions déclenchant celle-ci, telles que, notamment, l'organe de la société sur lequel elle pèse. Surtout, ledit article n'envisage pas les conséquences éventuelles d'un manquement à ladite obligation », « n'exige pas de droit à réparation à l'encontre de l'administrateur d'une société anonyme ni de règle relative aux modalités matérielles et procédurales de l'engagement de la responsabilité de ce dernier, en cas d'absence de convocation de l'assemblée générale malgré une perte grave du capital souscrit ». Seul le droit national peut dès lors réglementer l'éventuel droit des créanciers d'une SA à l'encontre des dirigeants de celle-ci dans ce contexte, ainsi que les conditions matérielles et procédurales d'exercice<sup>3</sup>.

En Belgique, comment se traiterait cette question de la compétence du tribunal pour connaître d'une demande incidente en responsabilité des dirigeants ?

Examinons tant la compétence d'attribution que la compétence territoriale.

## 1/ La compétence matérielle

Depuis ses récentes reformulations par la loi du 26 mars 2014<sup>4</sup> puis par la loi du 15 avril 2018<sup>5</sup>, l'article 574, 1° du Code judiciaire prévoit que le tribunal de l'entreprise connaît « des contestations pour raison d'une association dotée de la personnalité juridique, fondation ou société, à l'exception d'une association de copropriétaires, ainsi que des contestations survenant entre leurs associés ou membres passés, présents et futurs relatives à la société, fondation ou association concernée ».

Le litige entre des créanciers d'une société et les dirigeants de celle-ci constitue dès lors une contestation *pour raison d'une société* au sens de cette disposition. C'est une compétence spéciale du Tribunal de l'entreprise, à savoir qu'elle lui a été attribuée par le législateur en fonction de l'objet du litige et sans égard à la valeur de celui-ci.

2 Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, JO, 2012, L 315, p. 74.

3 Le Code des sociétés l'a fait pour les SA à l'article 633, devenu l'article 7:228 du CSA ; pour les SPRL, voir l'article 332 (devenu l'article 5:153 du CSA) et pour les SCRL, voir l'article 431 (devenu l'article 6:119 du CSA).

4 Loi du 26 mars 2014 modifiant le Code judiciaire et la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en vue d'attribuer dans diverses matières la compétence au juge naturel. Sur l'implication de cette réforme sur les juridictions consulaires, voir notamment D. MOUGENOT, « Les nouvelles compétences du Tribunal de commerce », J.T., 2014, n° 6575, pp. 597 et s.

5 Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises.

Tout type de contestation est visé par cet article, quel que soit son objet et quelle que soit l'identité du demandeur, contrairement au régime en vigueur avant la loi du 7 mai 1999<sup>6</sup> qui ne comprenait pas les litiges entre sociétés et dirigeants<sup>7</sup> ni les litiges entre tiers et dirigeants, qui relevaient de la compétence ordinaire du tribunal de première instance. Au fil de ses modifications successives, l'article 574, 1° du Code judiciaire a été de plus en plus « englobant » afin de couvrir tout litige qui gravite autour d'une société civile ou commerciale, et même, plus récemment et sauf exception, tout groupement doté de la personnalité morale. Le législateur a d'ailleurs fort heureusement abandonné toute formulation comprenant une énumération exhaustive des litiges visés, technique législative qui risque toujours d'impliquer l'omission de l'une ou l'autre hypothèse.

Il n'est au surplus pas douteux que le tribunal de l'entreprise, *juge naturel*<sup>8</sup> des litiges relatifs aux entreprises et spécialement compétent en matière de responsabilité des dirigeants de sociétés, soit le mieux à même de trancher ce type de conflits, contrairement au juge social par exemple, nullement spécialisé dans la gestion des sociétés et l'examen des éventuelles fautes corrélatives.

Si elle est introduite à *titre principal*, il est donc incontestable que la demande d'anciens travailleurs d'une société visant à obtenir la condamnation des dirigeants de cette dernière doit être portée devant le Tribunal de l'Entreprise. Elle pourrait également être portée devant le Tribunal de Première instance sur la base de sa compétence ordinaire définie à l'article 568 du Code judiciaire, avec le risque que le dirigeant, partie défenderesse, soulève *in limine litis* un déclinatoire de compétence et réclame que l'affaire soit transférée à son juge naturel<sup>9</sup>.

Quid cependant si cette demande d'indemnisation au motif d'une mauvaise gestion du dirigeant est formée *de manière incidente*<sup>10</sup>, la demande principale relevant de la compétence spéciale du Tribunal du Travail ?

Comme le juge doit apprécier sa compétence au regard de l'objet de la demande *principale*, le Tribunal du travail compétent pour la demande principale le sera également pour cette demande *incidente* portant sur la responsabilité du dirigeant<sup>11</sup>.

6 Loi du 7 mai 1999 modifiant les articles 574, 1° et 628, 13° du Code judiciaire, *M.B.*, 26 août 1999, pp. 31593 et s. Cette loi a reformulé l'article 574, 1° comme suit : le tribunal de commerce connaît « 1° des contestations pour raison d'une société de commerce entre sociétés et associés, entre associés, entre sociétés et administrateurs ou gérants, entre administrateurs ou gérants, entre administrateurs ou gérants et tiers, entre administrateurs ou gérants et associés, entre commissaires, entre commissaires et sociétés, entre commissaires et administrateurs, gérants ou associés, entre liquidateurs, entre liquidateurs et tiers, entre liquidateurs et sociétés ou entre liquidateurs et associés, entre sociétés, associés, administrateurs ou gérants, commissaires ou liquidateurs et réviseurs d'entreprises, entre fondateurs, entre fondateurs et sociétés, entre fondateurs et tiers ou entre fondateurs, sociétés, associés et administrateurs ou gérants ». Sur cette loi, voir notre article « La loi du 7 mai 1999 et la compétence des juridictions consulaires pour connaître des actions liées au droit des sociétés commerciales visées par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales », *R.D.C.*, 2000, pp. 212 à 226.

7 A moins d'assimiler la société à ses associés, ce qui ne se peut.

8 Rappelons l'intitulé fort explicite de la loi du 26 mars 2014 précitée, communément appelée « loi juge naturel » : « Loi modifiant le Code judiciaire et la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en vue d'attribuer dans diverses matières la compétence au *juge naturel* ». L'objectif explicite du législateur était de regrouper certains contentieux devant le « juge qui est le mieux à même de les trancher par une décision de qualité rendue dans un bref délai » (*Doc. parl.*, Chambre, 53 3076/001, scss. ord. 2013-2014, p. 4).

9 Art. 568, al. 2, C. jud.

10 On rappelle que la demande *incidente* est introduite durant le procès (article 13 du Code judiciaire : « La demande incidente consiste dans toute demande formée au cours du procès et qui a pour objet, soit de modifier la demande originaire ou d'introduire des demandes nouvelles entre les parties [...] ») et se greffe sur une demande *principale*, également dénommée demande introductive d'instance, à savoir celle qui ouvre le procès et saisit le juge (art. 12, al. 2, C. jud.).

11 Voir notamment Cass. 23 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 472 : la Cour considère que le juge compétent pour connaître d'une demande formée à titre principal est compétent pour connaître d'une demande formée à titre subsidiaire, par l'effet de la connexité, même si cette demande subsidiaire relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction (en l'espèce, c'était une demande subsidiaire relative à la gestion du curateur d'une faillite et c'était le tribunal de première instance qui avait été saisi du litige principal).

Les juges sociaux peuvent dès lors être confrontés à une question litigieuse qui apparaît fort éloignée de leurs dossiers habituels et des normes avec lesquelles ils jonglent quotidiennement puisqu'ils vont devoir se plonger dans le CSA notamment...

## 2/ La compétence territoriale

Si elle est introduite à *titre principal*, il est incontestable que la demande d'anciens travailleurs d'une société visant à obtenir la condamnation des dirigeants de cette dernière doit respecter la compétence territoriale *impérative* définie à l'article 628, 13°, tel que cet article est formulé depuis la loi du 7 mai 1999 précitée : est compétent « le juge du siège social ou du principal établissement de la société, lorsqu'il s'agit de contestations visées à l'article 574, 1° (...) ». Il est bien sûr intéressant que seule soit compétente la juridiction dans le ressort de laquelle la société dirigée par l'administrateur ou le gérant dont on souhaite mettre en cause la responsabilité a son siège social. C'est en effet là que réside toute l'information relative à cette société et qui pourrait s'avérer utile.

Quant à cette question de la compétence territoriale, épinglons une décision dont la teneur nous a surpris. Alors que sa compétence *ratione loci* était notamment contestée, les défendeurs dont la responsabilité était recherchée n'étant pas domiciliés dans son arrondissement judiciaire, la 4<sup>e</sup> chambre du Tribunal de commerce de Charleroi<sup>12</sup> a considéré que, dans le cadre de la gestion d'une société commerciale, des obligations doivent être exécutées au siège social de la société, de sorte qu'est territorialement compétente, sur la base de l'article 624, 2°, du Code judiciaire, la juridiction de l'arrondissement judiciaire dans lequel se trouve ledit siège lorsque le respect de ces obligations est mis en cause, et ce indépendamment du domicile des défendeurs. Depuis la loi du 7 mai 1999, cette compétence impérative du tribunal de l'entreprise dans le ressort duquel se trouve le siège social de la société est *explicite*, de sorte que l'on comprend mal le détournement par l'article 624, 2° qu'opère le tribunal carolorégien, pourtant saisi du litige par citation du 4 octobre 2006, et donc bien après l'entrée en vigueur de la loi modifiant l'article 628, 13°<sup>13</sup>.

*Quid*, à nouveau, si cette demande d'indemnisation au motif d'une mauvaise gestion du dirigeant est formée *de manière incidente*, la demande principale relevant de la compétence territoriale de tel tribunal du Travail ? C'est l'article 627, 9°, du Code judiciaire qui s'applique pour déterminer la compétence territoriale de la juridiction sociale, à savoir la compétence impérative du juge du lieu où s'exécute le travail pour toutes les contestations relatives à l'occupation professionnelle des travailleurs. Régulièrement, le siège social de la société visé à l'article 628, 13° correspond au lieu d'exercice du travail visé à l'article 627, 9°, mais on peut imaginer des hypothèses où ces deux endroits diffèrent, de sorte qu'un dirigeant pourrait devoir discuter de sa responsabilité devant une juridiction sociale d'un arrondissement judiciaire bien éloigné de celui dans lequel se trouve le siège social de l'entreprise, avec d'éventuelles difficultés linguistiques à la clé.

12 Comm. Charleroi (4<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> octobre 2007, *J.D.S.C.*, 2008, n° 843, p. 156.

13 Si le litige avait été introduit avant le 5 septembre 1999, date d'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 1999, la question se serait posée différemment puisque l'article 628, 13° ne faisait pas encore de référence à l'article 574, 1° (il ne visait autrefois que les contestations entre associés ou entre administrateurs et associés, sans renvoi exprès à l'article 574, 1°). Rappelons que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 1999, l'article 574, 1° vise textuellement les litiges entre dirigeants et tiers et les litiges entre dirigeants et société (autrefois, cet article ne couvrait pas les litiges entre sociétés et dirigeants ni les litiges entre tiers et dirigeants, qui relevaient de la compétence ordinaire du tribunal de première instance). Rappelons également qu'en vertu de l'article 3 du Code judiciaire, les lois de compétence sont d'application immédiate de sorte que la demande doit être introduite devant le juge compétent en fonction des règles applicables au jour de sa saisine.

- 327. La juridiction compétente pour connaître des actions 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 – la faute de gestion
- 475. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.

N° 1415. – Trib. Entr. Hainaut (div. Mons) (1<sup>re</sup> ch. A), 27 novembre 2018<sup>1</sup>

*Présentation :* Par une analyse pertinente, après s'être reconnu compétent tant *ratione materiae* que *ratione loci*, le Tribunal estime la responsabilité du gérant de la SPRL engagée sur pied de l'article 93 *undecies* C du Code TVA et de l'article 1382 du Code civil, sa faute étant établie, et le condamne très lourdement (on approche les 300.000 €).

Ce jugement rappelle utilement que :

- la responsabilité solidaire du dirigeant pour les dettes de T.V.A. de la société faillie peut être actionnée alors même que la faillite n'est pas encore clôturée, ce que certains oublient souvent ;
- le créancier isolé d'une société faillie peut engager la responsabilité du dirigeant de celle-ci pour réclamer la réparation de son préjudice individuel, indépendamment des droits d'action du curateur.

*Sommaire :* L'action fondée sur l'article 93 *undecies* C du Code T.V.A. ne relève pas du contentieux fiscal, n'étant fondée ni sur le mode de calcul de l'impôt ni sur son exigibilité, mais bien sur son recouvrement. Cette action relative à une forme particulière de responsabilité d'organes de société créée par le Code de la T.V.A. constitue une « contestation pour raison d'une société » au sens de l'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire, puisque c'est à raison de la manière dont l'organe a géré la société qu'il peut être rendu responsable du non-paiement de la TVA. Il importe peu, à cet égard, que l'ancien dirigeant ne soit pas un commerçant ou une entreprise, qualité requise uniquement pour l'application de l'article 573 du Code judiciaire.

C'est le Tribunal du siège social de la société au jour de l'introduction de la procédure qui est compétent, de manière impérative, selon l'article 628, 13<sup>o</sup>, du Code judiciaire pour des litiges visés à l'article 574, 1<sup>o</sup>, et ce quel que soit le siège social au jour où les faits litigieux ont été commis. Il importe peu que la société elle-même ne soit pas à la cause, puisque l'article 628, 13<sup>o</sup>, du Code judiciaire ne contient pas d'indications à ce sujet.

Expressément instaurée par la loi, et non coutumière, la solidarité de l'article 93 *undecies* C du Code TVA n'exige pas que l'ancien dirigeant ait la qualité de commerçant.

La présomption de responsabilité qui pèse sur les organes de la société selon l'article 93 *undecies* du Code TVA est écartée uniquement si le non-paiement provient de difficultés financières qui ont causé la faillite, ce qui doit être vérifié *in concreto*, le simple prononcé d'un jugement de faillite étant insuffisant.

1415.-1 Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général A/17/00601.

Le créancier qui souhaite engager la responsabilité solidaire du dirigeant en application de l'article 93 *undecies* du Code TVA n'est nullement obligé d'attendre la clôture de la faillite de la société gérée, la solidarité permettant au créancier de ne pas attendre l'issue des poursuites contre un des débiteurs solidaires pour se retourner contre l'autre, en vertu de l'article 1204 du Code civil.

La faute d'un dirigeant concernant le défaut de versement de la TVA par la société peut causer un dommage individuel à l'État qui consiste dans le fait que la TVA ne peut être perçue auprès de la société, ce qui permet à l'État de réclamer individuellement son préjudice au dirigeant, indépendamment des initiatives du curateur de faillite.

Constitue une faute engageant sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil le fait, pour un gérant de SPRL, de déduire la TVA sur des factures fictives de fournisseurs, soit qu'ils étaient déjà en faillite au jour de l'émission des factures litigieuses, soit qu'ils n'ont eux-mêmes déposé aucune déclaration auprès de l'administration de la TVA relativement aux opérations constatées par ces factures, et de ne pouvoir justifier la régularité de ces opérations par des pièces comptables.

Parties : État belge/B. A.

(...)

Exposé du litige et objet de la demande

#### I. Exposé des faits

M.A. a été gérant et associé de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE, société de vente de vêtements en gros, dont le siège était initialement établi à Bruxelles, rue Brogniez, 123. Il est entré en fonction le 6 novembre 2007.

Le 4 mars 2014, à l'occasion d'un contrôle TVA, il fut constaté que la SPRL EUROPA MODE TEXTILE avait déduit la TVA relative à des factures de fournitures des sociétés NED FLANDERS et SASREMO, alors que ces sociétés étaient déjà en faillite.

Le 15 avril 2015, M.A. céda ses parts à M. D. et démissionna de son mandat de gérant. M.D. fut nommé gérant. Le siège social fut déplacé au 208, chaussée de Vleurgat à Bruxelles.

Le 18 novembre 2015, l'ÉTAT BELGE émit une contrainte pour un montant de 27.482,51 EUR à la suite du contrôle évoqué ci-dessus.

Le 4 décembre 2015, un inspecteur de l'ÉTAT BELGE se rendit au siège de la société et constata que celui-ci était vide. Il se rendit ensuite chez le comptable, qui lui déclara que la comptabilité avait été reprise par M.A. Il se rendit enfin à l'ancien siège de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE, où il rencontra M.A. Celui-ci reconnut qu'il avait effectivement repris les comptes de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE mais ne les retrouvait plus.

Le 31 décembre 2015 (acte déposé au greffe le 1<sup>er</sup> mars 2016), M.D. céda ses parts à M. B. et démissionna de son mandat de gérant. M.B. fut nommé gérant. Le siège social de la société fut déplacé à La Louvière.

Le 10 mars 2016, un inspecteur de l'ÉTAT BELGE établit un procès-verbal, constatant que la SPRL EUROPA MODE TEXTILE avait déduit la TVA relative à des factures de fournitures des sociétés BORAS, MI 5, R&F ENTREPRISE, ROYAL FASHION, S&R INTERNATIONAL, NOMAN ASIF et YVESCOP, alors qu'aucune de ces sociétés n'avait rentré de déclaration à la TVA reprenant ces opérations. Il constata en outre que la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'était pas en mesure de produire des pièces comptables justifiant ces opérations<sup>2</sup>.

Le 20 juin 2016, l'ÉTAT BELGE émit une contrainte pour un montant de 389.117,87 EUR.

Durant l'été 2016, l'ÉTAT BELGE tenta différentes saisies à charge de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE, qui s'avérèrent inopérantes.

Par courrier recommandé du 22 décembre 2016, l'ÉTAT BELGE avertit M.A. que la SPRL EUROPA MODE TEXTILE était redevable d'un montant de 140.542,77 EUR et l'invita à payer cette somme, sur la base de l'article 93undecies C du Code de la TVA.

Le 18 mai 2017, l'ÉTAT BELGE assigna M.A. devant la division de Mons du tribunal de commerce du Hainaut.

Le 23 avril 2018, le tribunal de commerce du Hainaut déclara la faillite de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE.

## II. Objet de la demande

L'ÉTAT BELGE sollicite la condamnation de M.A. à payer la somme de :

- 144.638,45 EUR augmentée des intérêts, au receveur de Mons 1, sur la base de l'article 93undecies du Code TVA ou, subsidiairement, de l'article 1382 du Code civil,
- 113.574,61 EUR, augmentée des intérêts, au receveur de Mons 1, sur la base de l'article 1382 du Code civil,
- 30.444,36 EUR, augmentée des intérêts, au receveur de Bruxelles, 3, sur la base de l'article 1382 du Code civil,
- le tout augmenté des frais.

Il souhaite également que l'exécution provisoire soit accordée.

## Discussion

### I. Position des parties

#### 1. Position de l'ÉTAT BELGE

Le tribunal de l'entreprise du Hainaut est compétent. D'une part, il s'agit d'une action en responsabilité contre un gérant, donc une action pour raison de société commerciale. D'autre part, le Code judiciaire prévoit que ce type d'action doit être introduite devant le tribunal du siège social de la société, que celle-ci soit à la cause ou non.

<sup>2</sup> Et pour cause, puisqu'on sait que la comptabilité de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE avait été reprise par M.A.

L'article 93*undecies* du Code TVA rend les gérants de société solidairement responsables des dettes de TVA de la société. La faillite de la société n'empêche pas l'ÉTAT BELGE d'agir contre les autres codébiteurs solidaires.

En ce qui concerne l'application de l'article 1382 C. civ., l'ÉTAT BELGE réclame la réparation de son dommage individuel. Son action n'est donc pas subordonnée à une initiative du curateur.

L'article 93*undecies* du Code TVA est parfaitement applicable. L'avertissement légal a été envoyé par recommandé à l'adresse de M.A. La responsabilité de M.A. est présumée en application de cette disposition et celui-ci n'apporte aucun élément de nature à renverser cette présomption. La faillite de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'est manifestement pas due à des difficultés financières qui auraient également expliqué l'absence de paiement de la TVA.

Les manquements reprochés à M.A. ont été commis alors qu'il était gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE. Il n'est pas requis que l'ÉTAT BELGE épuise ses recours contre la SPRL EUROPA MODE TEXTILE avant de pouvoir agir contre ses organes.

Par ailleurs, la faute de M.A. est manifeste : la SPRL EUROPA MODE TEXTILE a déduit la TVA pour des opérations fictives. En outre, M.A. a opéré de très nombreux retraits en liquide, puis a soldé les comptes de la société. Il l'a donc vidée de sa substance avant de la céder. Il a par ailleurs cédé ses titres pour un prix anormalement bas.

Il en est résulté l'impossibilité pour l'ÉTAT BELGE d'obtenir le paiement de sa créance par la SPRL EUROPA MODE TEXTILE. La responsabilité civile de M.A. est dès lors engagée.

## 2. Position de M.A.

M.A. conteste la compétence du tribunal de l'entreprise du Hainaut. Soit il s'agit de l'application d'une loi d'impôts et c'est le tribunal de première instance de Bruxelles qui est compétent. Soit il s'agit d'un litige pour raison de société commerciale et c'est le tribunal de l'entreprise de Bruxelles qui est compétent. Comme la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'est pas à la cause, il n'y a aucun rattachement avec le tribunal du Hainaut.

Le débiteur de la TVA est la SPRL EUROPA MODE TEXTILE. La contrainte a été délivrée après le départ de M.A., qui n'a pas pu la connaître et la contester en temps utile. Le procès-verbal d'infraction dressé par l'inspecteur de l'ÉTAT BELGE est inopposable à M.A.

L'action fondée sur l'article 93 *undecies* du Code TVA n'est pas fondée. M.A. n'a pas reçu l'avertissement recommandé conformément à cet article. Il n'est pas solidairement responsable de la TVA parce qu'il n'est pas commerçant.

L'action fondée sur l'article 1382 C. civ. n'est pas recevable. L'ÉTAT BELGE ne réclame pas la réparation de son dommage individuel. Il ne peut donc agir contre les organes de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE. Il peut tout au plus faire une déclaration de créance à la faillite de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE.

Les fautes reprochées à M.A. ne sont pas démontrées. Les retraits réalisés par M.A. sont parfaitement justifiés par des motifs de gestion. Le fait que M.A. ait soldé un compte bancaire alors qu'il n'était plus gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'est évidemment pas

à l'origine du dommage dont l'ÉTAT BELGE réclame réparation. M.A. n'a jamais été en possession de la comptabilité. C'est à la suite d'une mauvaise compréhension qu'il a pu donner à l'inspecteur de l'ÉTAT BELGE l'impression qu'il détenait la comptabilité. Le prix de cession de la société est tout à fait justifié, compte tenu de l'endettement de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE.

## II. Examen par le tribunal

### Préambule

L'ÉTAT BELGE fonde en partie son action sur l'article 93 *undecies* du Code TVA.

Cet article dispose que :

« § 1<sup>er</sup>. En cas de manquement, par une société (...), assujettie à la T.V.A., à son obligation de paiement de la taxe, des intérêts ou des frais accessoires, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale ».

(...)

§ 2. Le non-paiement répété par la société ou la personne morale de la dette d'impôt susvisée, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement de la dette d'impôt au sens du précédent article, l'on entend :

- soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations trimestrielles à la T.V.A., le défaut de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an;
- soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations mensuelles à la TVA, le défaut de paiement d'au moins trois dettes exigibles au cours d'une période d'un an.

§ 3. Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

(...)

§ 5. L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux. »

## 1. Compétence du tribunal

### 1.1. Compétence matérielle

1.1.1 — M.A. conteste la compétence matérielle du tribunal et demande le renvoi devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Il justifie son déclinatoire par le fait que l'action de l'ÉTAT BELGE se fonde sur l'application d'une loi d'impôt. Seul le tribunal de première instance est compétent à cet égard.

Avec l'ÉTAT BELGE, le tribunal relève que l'action est fondée non sur le mode de calcul ou l'exigibilité de l'impôt mais sur son recouvrement. La présente demande ne relève donc pas du contentieux fiscal à proprement parler<sup>3</sup>.

En application de l'article 93 *undecies* C, le dirigeant est, de plein droit, solidairement responsable du paiement de la TVA due lorsqu'il a commis une faute dans la gestion de la société ou de la personne morale ayant contribué au manquement à l'obligation de paiement par la société ou la personne morale. Même s'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité au sens classique du terme, tendant à l'octroi de dommages-intérêts<sup>4</sup>, la demande de l'ÉTAT BELGE se fonde néanmoins sur une forme de responsabilité solidaire du gérant. L'utilisation des termes « solidairement responsable » et « faute dans la gestion » relèvent manifestement du domaine de la responsabilité.

Or, l'article 574, 1° du Code judiciaire attribue compétence au tribunal de commerce (actuellement de l'entreprise) pour « des contestations pour raison d'une société régie par le Code des sociétés, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société, à l'exception des contestations dans lesquelles l'une des parties est une société constituée en vue de l'exercice de la profession d'avocat, de notaire ou d'huissier de justice » ;

Cette disposition, au champ d'application très large, vise notamment toute forme d'actions en responsabilité introduites par un tiers contre un administrateur ou un gérant de la société. Même si l'article 93 *undecies* C ne crée pas une action classique en responsabilité, cette forme particulière de responsabilité d'organes de société créée par le Code de la TVA constitue bien une « contestation pour raison d'une société » puisque c'est à raison de la manière dont l'organe a géré la société qu'il peut être rendu responsable du non-paiement de la TVA<sup>5</sup>.

1.1.2 – M.A. relève qu'il n'est pas commerçant.

La qualité de commerçant, remplacée en 2014 par celle d'entreprise, n'est requise que pour la compétence du tribunal de commerce pour connaître des litiges entre entreprises, visée à l'article 573 du Code judiciaire. Or, cette disposition n'est pas d'application dans le présent dossier.

L'article 574, 1° crée une compétence spéciale du tribunal de commerce<sup>6</sup> pour les litiges relatifs au fonctionnement des sociétés, pour laquelle il importe peu que toutes les parties n'aient pas la qualité de commerçant ou d'entreprise.

Le tribunal de commerce est donc bien compétent pour connaître de ce type de demande.

## 1.2 Compétence territoriale

1.2.1 – L'article 628, 13° attribue compétence au tribunal du siège social de la société pour les litiges visés à l'article 574, 1°.

3 Trib. arr. Liège, 19 juin 2008, *DAOR*, 2010, p. 184 ; Trib. arr. Termonde, 21 novembre 2012, *R.W.*, 2014-2015, p. 672.

4 Par analogie, Cass., 14 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1928, qui traite de l'article 442 *quater* CIR 92 ; Cass., 17 décembre 2015, R.G. F.14.009.N. Le mécanisme de récupération du précompte professionnel prévu par l'article 442 *quater* C.I.R. 92 est identique à celui de la récupération de la T.V.A. prévu à l'article 93 *undecies* C.

5 M.A. DELVAUX, « 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 », *J.D.S.C.*, 2017, p. 186.

6 Actuellement de l'entreprise.

Il s'agit d'une compétence impérative<sup>7</sup>.

Le juge du lieu du siège social est donc compétent. À la date d'introduction de la procédure, la SPRL EUROPA MODE TEXTILE avait son siège social à La Louvière, dans la division de Mons du tribunal de commerce du Hainaut. Il importe peu que le siège social ait été déplacé antérieurement et ne se situait pas dans l'arrondissement du Hainaut lorsque les faits litigieux ont été commis.

1.2.2 – M.A. soutient que cette compétence du juge du siège social de la société n'est applicable que si la société elle-même est à la cause. L'article 628, 13° ne contient pas d'indication à ce sujet. Dès lors, en exigeant que la société soit à la cause pour que la compétence prévue à cette disposition s'applique, M.A. ajoute à la loi une condition qu'elle ne mentionne pas.

Le tribunal est donc valablement saisi. Le déclinatoire de compétence soulevé par M.A. est rejeté.

## 2. Solidarité de M.A. avec la société

M.A. soutient qu'il ne peut être engagé solidairement avec la société, puisqu'il n'est pas commerçant et que la solidarité ne se présume pas à l'égard de simples particuliers.

La solidarité, dans le cas présent, est instaurée par l'article 93 *undecies* C et découle donc de la loi.

Il importe donc peu que M.A. ne soit pas commerçant. La demande de l'ÉTAT BELGE ne se fonde pas sur la solidarité coutumière entre personnes qui font du commerce ensemble.

## 3. Incidence de la faillite sur les demandes formées par l'ÉTAT BELGE

### 3.1 La demande fondée sur l'article 93 *undecies* C

3.1.1 – Comme indiqué en préambule, la présomption de responsabilité qui pèse sur les organes de la société disparaît lorsque « *le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire* ».

Dans le cas présent, il y a eu une faillite.

Pour que la présomption soit écartée, il faut que le non-paiement de la TVA résulte des difficultés financières qui ont causé la faillite ou la réorganisation judiciaire.

En d'autres termes, M.A. doit prouver que (1) la faillite est due à des difficultés financières (ce qui tombe sous le sens) et que (2) les mêmes difficultés financières expliquent l'absence de paiement de la TVA.

Le tribunal relève à ce sujet que l'absence de paiement de la TVA concerne différents trimestres de 2013 à 2015, alors que la faillite est survenue en 2018. Rien que l'écoulement du

<sup>7</sup> G. de LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, *Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, 2<sup>e</sup> éd., n° 557.

temps rend douteux le lien qui peut être établi entre la cause du non-paiement de la TVA et la cause de la faillite.

En outre, l'examen des comptes de 2014 de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE démontre que les créances à court terme se montaient à 11.931,99 EUR alors que le passif à court terme était de 2.489,51 EUR. La société détenait par ailleurs un stock de 60.591,22 EUR et un disponible de 14.827,70 EUR. Elle ne présentait donc pas d'endettement important, détenait des liquidités et la vente de ses stocks était de nature à créer les liquidités complémentaires nécessaires au paiement des impôts.

En réalité, l'absence de paiement de la TVA s'explique par la déduction de factures relatives à des opérations d'achat fictives et non par des difficultés financières de la société.

La présomption de responsabilité qui pèse sur M.A. n'est donc pas renversée par la survenance de la faillite de la société.

3.1.2 – M.A. soutient également que, à la suite de la faillite, l'ÉTAT BELGE doit produire sa créance au passif de la faillite et attendre la clôture de la faillite pour se retourner contre lui.

La responsabilité créée par la loi relativement à la dette d'impôt est une forme de responsabilité solidaire entre la société et son gérant.

En vertu de l'article 1204 du Code civil, le créancier n'est pas tenu d'attendre l'issue des poursuites contre un des débiteurs solidaires pour pouvoir se retourner contre l'autre. Dans le cas de figure présent, l'ÉTAT BELGE n'est pas tenu d'attendre l'issue de la faillite de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE pour pouvoir se retourner contre son gérant<sup>8</sup>.

3.2 La demande fondée sur l'article 1382 C. civ.

3.2.1 – M.A. laisse entendre que, du fait de la survenance de la faillite, seul le curateur pourrait agir contre lui sur la base de ce fondement.

Comme le relève l'ÉTAT BELGE, lors de l'introduction de la demande, la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'était pas en faillite. La demande de l'ÉTAT BELGE était donc parfaitement recevable à ce moment. Or la recevabilité d'une demande en justice s'apprécie lors de son introduction. Une demande recevable ne peut dès lors devenir irrecevable en cours de procédure. En revanche, elle peut devenir non fondée, si le fondement juridique sur lequel elle s'appuie disparaît en cours de procès.

3.2.2 – Lorsque le curateur agit au nom de la masse, il exerce les droits communs des créanciers. Les droits communs des créanciers sont les droits qui résultent du dommage subi par la masse en raison de la faute de quiconque, qui a pour effet que le passif de la faillite est augmenté ou l'actif diminué ou non effectivement disponible dans la masse, alors qu'il devait être mis à la disposition des créanciers. La faillite du débiteur n'empêche pas qu'un créancier réclame des dommages et intérêts à un tiers par la faute duquel est né le dommage qui ne touche que lui. La faute d'un administrateur ou d'un gérant concernant le défaut de versement de la TVA par la société peut causer un dommage individuel au fisc qui consiste dans le fait que la TVA ne pouvait être perçue auprès de la société<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Cass., 14 septembre 2014 précité.

<sup>9</sup> Cass., 17 décembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2948, également par analogie avec l'article 442 *quater* C.I.R. 92.

C'est le cas en l'espèce, la masse n'a subi aucun préjudice à la suite du non-versement de la TVA. Dès lors, le curateur n'a pas d'intérêt à introduire une action contre le gérant à ce titre et donc, c'est à bon droit que l'État peut agir isolément<sup>10</sup>.

#### 4. Fondement de la demande sur la base de l'article 93 *undecies* C

4.1 – Dans ses conclusions, M.A. soulevait l'absence d'avertissement notifié par l'ÉTAT BELGE par courrier recommandé à son égard.

À l'audience, son avocat a reconnu que l'ÉTAT BELGE produisait les pièces justificatives adéquates à ce sujet et n'a pas maintenu cette défense.

Il s'ensuit que la responsabilité de M.A. est alors présumée, du fait de l'absence de paiement de plusieurs trimestres de la TVA. Ces trimestres concernent la période durant laquelle M.A. était bien gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE.

4.2 – M.A. soutient que les procès-verbaux établissant la dette de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE à l'égard de la TVA ont été établis alors qu'il avait déjà démissionné et ne lui sont pas opposables.

Cette argumentation ne peut être retenue. Les procès-verbaux établis par les inspecteurs des finances font foi jusqu'à preuve du contraire des faits qu'ils relatent<sup>11</sup>. Si M.A. n'a pas été informé de leur existence, il lui appartient de se retourner contre le gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE à l'époque de l'établissement de ces procès-verbaux. Enfin, lors du premier contrôle de TVA survenu le 4 mars 2014, M.A. était encore gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE.

4.3 – Pour le surplus, M.A. n'apporte aucun élément pour renverser la présomption de faute qui pèse sur lui.

Cette présomption est d'autant moins renversée que la dette de TVA de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE est née de ce que M.A., en sa qualité de gérant de la société, a déduit la TVA sur des factures fictives de fournisseurs. Soit ces fournisseurs étaient déjà en faillite au moment de l'émission des factures litigieuses, soit ils n'ont eux-mêmes déposé aucune déclaration auprès de l'administration de la TVA.

La demande justifiée par cette disposition est donc fondée.

#### 5. Fondement de la demande sur la base de l'article 1382 du Code civil

5.1 – Une partie de la demande formée par l'ÉTAT BELGE ne peut s'appuyer sur l'article 93 *undecies* C du Code civil, parce que les formalités imposées par cet article n'ont pas été respectées.

10 M.A. DELVAUX, « Le créancier d'une société en faillite peut-il agir individuellement en responsabilité contre les dirigeants ? », *J.D.S.C.*, 2017, p. 213, toujours à appliquer par analogie, l'auteur parlant du non-paiement du précompte professionnel.

11 Art. 59, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C.T.V.A.

L'ÉTAT BELGE se fonde dès lors sur l'article 1382 du Code civil, soit la responsabilité de droit commun des administrateurs et gérants de société. Il doit prouver la faute (qui n'est plus présumée dans ce cas), le dommage et le lien causal entre les deux.

5.2 – Il ressort des procès-verbaux établis par les inspecteurs de l'ÉTAT BELGE que le non-paiement de la TVA pour les trimestres visés résulte de la déduction fautive de la TVA reprises sur des factures de fournisseurs de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE. En effet, ces fournisseurs étaient soit en faillite à la date d'émission des factures soit n'ont jamais rentré de déclaration de TVA relatives aux opérations constatées par ces factures.

Par ailleurs, la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'a pas pu justifier la régularité de ces opérations par des pièces comptables. En réalité, le nouveau gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'était pas en possession de la comptabilité de la société, parce que celle-ci avait été reprise par M.A.

Dans ses conclusions, M.A. conteste cette affirmation, soutenant qu'il avait mal compris les questions posées par l'inspecteur, du fait de sa mauvaise connaissance du français.

Toutefois, à l'audience, l'avocat de M.A. a reconnu que son client avait repris la comptabilité de la société, à titre de mesure de rétorsion parce que le prix de cession des parts n'était pas payé, et l'a restituée lorsque ce prix a été payé.

M.A. ne pourrait donc reprocher à son successeur de s'être mal défendu lors du contrôle TVA alors que c'est lui-même qui détenait la comptabilité de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE à ce moment. Enfin, comme indiqué ci-dessus, lors du premier contrôle, en mars 2014, c'est M.A. qui était gérant de la société.

L'absence de paiement de la TVA est donc clairement fautive dans le chef de M.A.

5.3 – Par ailleurs, on peut constater que, alors que la cession des titres a eu lieu le 15 avril 2015 :

- M.A. a retiré la moitié du disponible figurant sur le bilan clôturé au 31 décembre 2014 avant la cession des titres de la société,
- les deux comptes bancaires de la société ont été clôturés les 28 et 29 avril 2015 (l'un de ces comptes a d'ailleurs été clôturé par M.A. lui-même, alors qu'il n'était plus gérant de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE ; le compte présentait alors un solde de 8,97 EUR),
- la plaque d'immatriculation de la camionnette détenue par la SPRL EUROPA MODE TEXTILE a été radiée le 10 juin 2015,
- le numéro de TVA de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE a été radié le 1<sup>er</sup> décembre 2015,
- la SPRL EUROPA MODE TEXTILE ne disposait pas de sa comptabilité à la suite de la cession, puisque M.A. l'avait reprise,
- les parts de la SPRL EUROPA MODE TEXTILE ont été cédées pour 1.000 EUR, ce qui paraît un montant dérisoire pour une société qui présentait, quatre mois avant la cession, un chiffre d'affaires de 615.626,98 EUR, un actif net de 97.652,24 EUR, un endettement limité, un stock de 60.591,22 EUR, un disponible de 14.827,70 EUR et du matériel roulant pour 15.544 EUR.

Tous ces éléments concordants démontrent que M.A. a cédé pour une croûte de pain une société totalement vidée de sa substance, qui a cessé toute activité peu de temps après la cession.

Ceci explique que la SPRL EUROPA MODE TEXTILE n'ait jamais été en mesure de donner suite aux contraintes émises par l'ÉTAT BELGE.

Le lien causal entre les fautes de M.A. et le dommage subi par l'ÉTAT BELGE du fait de l'absence de paiement de la TVA est donc établi.

La responsabilité de M.A. est donc également fondée sur la base de l'article 1382 du Code civil.

### **PAR CES MOTIFS,**

### **LE TRIBUNAL DE COMMERCE**

Statuant contradictoirement,

Dit la demande recevable et fondée dans la mesure ci-après,

Condamne M.A. à payer à l'ÉTAT BELGE, représenté par le receveur de Mons 1 :

- cent quarante-quatre mille six cent trente-huit euros quarante-cinq cents (144.638,45 EUR), sur la base de l'article 93 *undecies* C, en principal et intérêts, augmentés des intérêts calculés conformément à l'article 91 du Code TVA,
- cent treize mille cinq cent septante-quatre euros soixante et un cents (113.574,61 EUR), sur la base de l'article 1382 C. civ., augmentés des intérêts compensatoires au taux légal à compter de la citation jusqu'au présent jugement, puis des intérêts moratoires au même taux jusqu'à paiement complet,

Condamne M.A. à payer à l'ÉTAT BELGE, représenté par le receveur de Bruxelles 3 :

- trente mille quatre cent quarante-quatre euros trente-six cents (30.444,36 EUR), sur la base de l'article 1382 C. civ., augmentés des intérêts compensatoires au taux légal à compter de la citation jusqu'au présent jugement, puis des intérêts moratoires au même taux jusqu'à paiement complet,

Condamne M.A. aux dépens (frais de justice), fixés par le tribunal à la somme de huit mille six cent quatre-vingt-neuf euros neuf cents (8.689,09 EUR),

Autorise l'exécution provisoire du jugement même en cas d'appel.

### **OBSERVATIONS**

#### **Encore la responsabilité solidaire du dirigeant pour les dettes TVA de la société**

Nous avons déjà publié dans une précédente édition<sup>12</sup> un jugement du même tribunal du 26 mai 2011 relatif à une question similaire à celle envisagée ici, la nuance étant qu'il s'agissait alors des dettes sociales et non fiscales : faut-il, pour agir dans le cadre de la responsabilité solidaire du dirigeant dans le cadre des dettes sociales (art. 265, § 2, 409, § 2, et 530, § 2, C. soc.), attendre la clôture de la faillite pour laquelle l'O.N.S.S. fait valoir son droit ? La réponse est négative puisque, du fait de la solidarité mise en place par les articles précités, l'O.N.S.S. n'est pas tenu d'attendre la clôture de la faillite et peut agir immédiatement

<sup>12</sup> Comm. Mons (2<sup>e</sup> ch.), 26 mai 2011, *J.D.S.C.*, 2011, n° 1012, p. 192.

contre l'administrateur, codébiteur solidaire ; ce dernier sera ensuite subrogé dans les droits de l'O.N.S.S. à l'égard de la faillite.

La décision commentée cite un arrêt de la Cour de cassation du 14 (lire 19) septembre 2014<sup>13</sup> relatif à l'article 442<sup>quater</sup> du C.I.R. 92, qui précise que « le dirigeant est tenu solidairement, de plein droit, de payer le précompte professionnel dû par la société ou par la personne morale » sans attendre que le curateur ait partagé l'actif disponible de la faillite au prétendu motif de préciser définitivement l'étendue du dommage de l'État, sous peine de violer les articles 1203 et 1204 du Code civil.

Nous renvoyons le lecteur intéressé à diverses notes déjà publiées relativement aux questions soulevées par le jugement annoté :

- « La juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité solidaire des dirigeants de sociétés en matière de précompte professionnel et de TVA », note sous Trib. arr. Anvers, 13 novembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p. 184 ;
- « L'état peut-il réclamer aux dirigeants d'une société à responsabilité limitée la TVA impayée par celle-ci une fois qu'elle a été déclarée en faillite ? », note sous Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 22 novembre 2013, *J.D.S.C.*, 2015, p. 214 ;
- « Le créancier d'une société en faillite peut-il agir individuellement en responsabilité contre les dirigeants ? », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 17 décembre 2015, *J.D.S.C.*, 2017, p. 211.

Ce jugement a été frappé d'appel.

Notons déjà qu'à tout le moins, la question de la *compétence* ne sera plus discutable en degré d'appel devant la Cour d'appel de Mons, puisque :

- d'une part, la Cour d'appel de Mons étant le juge compétent pour connaître de l'appel des jugements prononcés *tant* par le juge fiscal *que* par le juge de l'entreprise, en vertu de l'article 602, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire, c'est elle qui connaîtra nécessairement de l'appel (voir l'article 643 du Code judiciaire et les termes « s'il y a lieu ») ;
- d'autre part, les lois de compétence sont d'application immédiate sans dessaisissement du juge saisi (art. 3 C. jud.) et nous avons signalé, dans la précédente livraison du *J.D.S.C.*<sup>14</sup>, qu'une modification législative récente, à l'occasion de la loi du 11 août 2017 insérant le Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique<sup>15</sup>, a reformulé les articles 442<sup>quater</sup> du C.I.R. 92 et 93<sup>undecies</sup> du Code T.V.A.<sup>16</sup> : 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 1.22 du Code de droit économique*, à savoir le tribunal de commerce.

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

Il sera intéressant de connaître la décision prononcée en appel relativement aux autres aspects. Nous reviendrons probablement sur ce litige dans la prochaine livraison du *J.D.S.C.*

13 Cass., 19 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1928 et *J.D.S.C.*, 2015, n° 1239, p. 243.

14 *J.D.S.C.*, 2018, p. 148, dans la présentation de Trib. arr. Anvers, 13 novembre 2015.

15 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<sup>er</sup> du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, p. 83100.

16 Voir le chapitre III de la loi intitulé « Dispositions modificatives et abrogatoires », et plus particulièrement les sections IV (art. 54, § 6) et V (art. 55, § 6).

- 340. **La responsabilité des dirigeants pour faute de gestion**
- 350. **La responsabilité des dirigeants à l'égard de la société pour violation du Code ou des statuts**
- 366. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts**
- 490. **L'hypothèse d'une opposition d'intérêts entre le dirigeant et la société**

*N° 1416. – Gand (7<sup>e</sup> ch.), 25 septembre 2017<sup>1</sup>*

*Présentation :* Les faits à l'origine du présent arrêt sont particuliers et peu fréquents.

Une société mandate une agence immobilière pour vendre son immeuble d'exploitation, à savoir son principal actif. L'immobilière trouve un couple d'acquéreurs pour l'immeuble, de sorte qu'elle facture sa commission à la société, sauf que... finalement, il n'y aura pas de vente de l'immeuble : en effet, suite aux discussions entre les parties, les associés de la société venderesse vont finalement céder toutes leurs parts dans celle-ci à la société récemment formée par les acquéreurs potentiels.

Avant que ne soit finalisée cette convention de cession de parts, le gérant de la société venderesse (à savoir... la société bientôt vendue !) acquitte la facture de l'immobilière relative à sa commission sur la vente de l'immeuble. Et c'est ce qui lui est reproché par... son ancienne société, qui considère que c'est une faute de gestion d'avoir payé une facture dont on pourrait soutenir qu'elle serait contestable, aucune commission n'étant due à l'immobilière puisque finalement, l'immeuble n'a jamais été vendu aux acquéreurs qu'elle avait trouvés.

Le paiement d'une facture indue est généralement considéré comme une faute de gestion, mais on découvrira avec intérêt la démarche réflexive de la Cour et la motivation de l'arrêt à cet égard.

Notons que la société a également tenté, en vain, de mettre en cause la responsabilité de son ancien gérant au motif qu'il n'aurait pas respecté la procédure applicable en matière de conflit d'intérêts définie aux articles 259 et suivants du Code des sociétés. Ce sont désormais les articles 5:76 à 5:78 qui règlent cette problématique<sup>2</sup>. S'il n'y a qu'un seul administrateur et qu'il se trouve plongé dans un conflit d'intérêts, il doit soumettre la décision ou l'opération à l'assemblée générale et, si cet administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même (art. 5:76, §§ 3 et 4).

La société a également soutenu que son ancien gérant avait méconnu la réglementation applicable au financement (avance de fonds, prêts ou sûretés) de l'acquisition de parts ou de certificats propres par un tiers<sup>3</sup>, argument rejeté par la Cour qui estime que le paiement de la facture de commission de l'agence immobilière ne s'identifie pas à pareille aide financière.

1416.- 1. Cette décision porte le numéro de rôle général 2015/AR/1220 et a été évoquée dans *D.A.O.R.*, 2018 (sommaire), liv. 125 et 126, p. 127.  
 2. Art. 6:64 à 6:66 pour la SC et 7:96 et 7:97 pour les SA. À noter que, dans le Code des sociétés, les dirigeants de coopératives échappaient à cette réglementation spécifique des conflits d'intérêts. C'est donc une nouveauté du CSA en ce qui les concerne.  
 3. Art 329 du Code des sociétés, devenu l'article 5:152 du CSA (art. 6:118 pour les SC et art. 7:227 pour les SA).

**Sommaire :** L'article 262 C. soc. concerne une responsabilité contractuelle générale pour des fautes de gestion du gérant vis-à-vis de la société. Les tiers ne peuvent pas agir sur la base de cet article.

Commet une faute de gestion le gérant qui, dans l'exercice de ses fonctions, ne fait pas preuve de la vigilance qui peut normalement être attendue d'un gérant qui se trouve dans les mêmes circonstances. En appréciant la faute de gestion, le juge doit se montrer réservé et ne peut qu'examiner de façon marginale s'il se trouve en présence d'un comportement manifestement injustifié de la part du gérant.

L'article 263 C. soc. prévoit une responsabilité à l'égard des tiers si ceux-ci subissent un dommage à la suite de violations des statuts ou de la législation sur les sociétés commises par un gérant. Ce faisant, on doit tenir compte des circonstances concrètes.

**Parties :** Vervoer van L./R. Van L., entrepreneur en transport

(...)

## II. Les faits et la procédure antérieure

4. Le 3 janvier 2013, Vervoer Van L. a confié une mission exclusive de vente à Berno Real Estate SPRL (ci-après « Berno ») pour la vente de son immeuble d'exploitation sis à..., pour le prix de 1 350 000 euro. Cette mission valait pour six mois (pièce 2 R. Van L.).

5. En exécution de sa mission, Berno a trouvé R. et N. comme candidats acheteurs pour le bien (voir la pièce 14 R. Van L.).

Ces derniers ont constitué la SPRL M. le 20 août 2013 dont l'objet social comprend notamment la prise des participations dans d'autres entreprises et les gestions d'actions ou parts (pièce 3 R. Van L.).

6. Le 23 septembre 2013, Berno a délivré sa facture n° 2013.156 pour un montant de 22 385 euro (18.500 euros. + 21 % TVA) à Vervoer Van L. au titre de commission (pièce 2 Vervoer Van L.).

7. Le 12 décembre 2013, les vendeurs R. Van L. et P. R. et l'acquéreur M. ont conclu une « convention de cession des parts », par laquelle les 750 parts de Vervoer Van L. ont été vendues au prix total de 925 000 euro (article 2.1).

Les vendeurs ont déclaré que la comptabilité avait été tenue de manière totalement correcte et minutieuse. L'état intermédiaire au 31 octobre 2013, joint comme annexe 1 à la convention, donnait une image exacte et fidèle de la situation financière de Vervoer Van L. (article 3.2.3). L'annexe 1 contenait à la deuxième des trois pages sous le compte 615220 les honoraires de Berno à concurrence d'un montant débiteur de 18 500 euro (pièce 5 R. Van L.).

Chaque partie supportait ses propres frais en ce qui concerne la préparation, la négociation, la réalisation, la signature et l'exécution de cette convention, en ce compris toutes les rémunérations de leurs avocats, conseillers et autres représentants (article 10.4) (pièce 1 Vervoer Van L. et voir aussi pièce 4 R. Van L. pour la version signée).

8. Ce même 12 décembre 2013, l'assemblée générale extraordinaire de Vervoer Van L. a accepté la démission de R. Van L. en tant que gérant. M. a été nommé comme nouveau gérant. La publication aux Annexes du Moniteur belge a eu lieu le 10 février 2014 (pièce 10 Vervoer Van L.).

9. Par courrier du 23 décembre 2013 à R. Van L. et P. R., Vervoer Van L. a fait savoir qu'elle avait couvert la facture de Berno et son paiement le 11 décembre 2013. Elle signalait toutefois que l'immeuble d'exploitation n'était pas vendu, mais que les actions ont été reprises. Vu l'article 10.4 de la « convention de cession des actions », la facture de Berno n'avait donc pas été adressée à la bonne partie. Vervoer Van L. a demandé que cela soit régularisé et de prendre en charge la commission imputée (pièce de 3 Vervoer Van L. et pièce 7 R. Van L.).

10. Le 30 décembre 2013, l'expert-comptable de R. Van L. a répondu que la protestation était incorrecte. La convention avec Berno datait du début de l'année 2013 – longtemps avant qu'il soit question d'une éventuelle reprise des parts – et la facture avait été comptabilisée correctement et en outre elle avait été mentionnée dans la balance de vérification et soldes au 30 octobre 2013 (pièce 4 Vervoer Van L.).

R. Van L. a envoyé une réponse similaire à Vervoer Van L. le 2 janvier 2014 (pièce 5 Vervoer Van L.).

11. Par la lettre recommandée du 23 janvier 2014, le conseil de Vervoer Van L. a répété que R. Van L. a répercuté les frais de Berno, qui étaient des dépenses privées, sur Vervoer Van L. En tant qu'ancien gérant, R. Van L. a agi en contrariété avec l'intérêt de Vervoer Van L., avec son objet statutaire et en méconnaissance de ses compétences (pièce 6 Vervoer Van L. et pièce 8 R. Van L.).

12. Le 25 février 2014, le conseil de R. Van L. a également répété sa position. Les nouveaux actionnaires avaient d'ailleurs explicitement pris connaissance de cette transaction et ils avaient signé et donc accepté le bilan au 31 octobre 2013 (pièce 9 R. Van L.).

13. Dans la suite de la correspondance, les avocats des parties ont également maintenu les positions qu'ils avaient antérieurement adoptées (pièces 7-9 Vervoer Van L. et pièces 10-12 R. Van L.).

14. Le 16 juin 2014, Vervoer Van L. a procédé à la citation de R. Van L. devant le tribunal de commerce de Gand, division Termonde, en paiement de 22 385 euro, plus intérêts et frais.

15. Par jugement du 12 février 2015 du tribunal de commerce de Gand, division Termonde, la demande de Vervoer Van L. a été déclarée recevable, mais non fondée et Vervoer Van L. a été condamnée aux dépens de l'instance.

Le premier juge a considéré ceci :

*« 3. En vertu de l'article 262 Code des sociétés, un administrateur est responsable envers la société des fautes ordinaires de gestion. »*

*Le critère d'évaluation de la faute est l'attitude du gérant compétent, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. Le juge ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation marginal, vu la marge de manœuvre dévolue au gérant. Il doit s'agir d'une faute de gestion manifeste, c'est-à-dire une décision qui va au-delà de la marge à l'intérieur de laquelle des gérants prudents et compétents peuvent être en désaccord.*

4. Le paiement d'une facture indue est, en règle, une faute de gestion.

5. Ce qu'invoque la SPRL Van L., à savoir le fait que le bâtiment d'exploitation n'a pas été vendu, est tout à fait exact.

*La réponse à la question de savoir s'il y a une faute de gestion dépend toutefois, à l'estime du tribunal, de la décision que prendrait notre tribunal s'il était confronté à une action de la SPRL Berna en paiement de sa facture de commission.*

*Le tribunal estime qu'il n'est pas certain que notre tribunal rejeterait cette demande en l'estimant non fondée. La mission confiée par la SPRL Van L. à la SPRL Berno est a été réalisée et le fait de confier cette mission ne constitue pas, en soi, une faute de gestion. La SPRL Berno a apporté les associés actuels de la SPRL Van L. en tant qu'acquéreurs du bien immobilier. Les associés actuels et les associés précédents, Monsieur Van L. et son épouse ont toutefois décidé, par la suite, qu'il était beaucoup plus opportun de consacrer leur convention, non à la vente du bien immobilier mais à la reprise de toutes les parts de la société. Par la reprise des parts, les nouveaux associés sont entrés de manière indirecte en possession du bien immobilier.*

*Le tribunal estime que des administrateurs prudents et compétents peuvent avoir des opinions divergentes quant aux chances de succès du rejet de l'action de la SPRL Berno.*

*La demande est par conséquent non fondée.*

*Le tribunal ne doit dès lors pas s'intéresser au fait que la facture de la SPRL Berno est explicitement mentionnée dans l'état résumant la situation active et passive sur la base duquel les anciens et les nouveaux associés ont déterminé le prix des parts ».*

### III. Les demandes et les positions des parties en appel

16. Pour un exposé des griefs, l'objet de la demande et de l'argumentation des parties, la Cour renvoie aux pièces de procédure en degré d'appel.

17. Dans le dispositif de ses dernières conclusions de synthèse, Vervoer Van L. demande en résumé de :

- déclarer l'appel recevable et fondé,
- annuler le jugement attaqué, et se prononçant à nouveau, de déclarer sa demande originelle recevable et fondée,
- condamner par conséquent R. Van L. à lui payer la somme de 22 385 euro, majoré des intérêts moratoires à partir de 23 décembre 2013 et des intérêts judiciaires, et
- condamner R. Van L. aux frais et dépens de l'instance.

18. R. Van L. réclame dans le dispositif de ses conclusions de synthèse, en résumé, de :

- déclarer l'appel recevable, mais non fondé,
- confirmer le jugement attaqué, et
- condamner Vervoer Van L. aux frais et dépens de l'instance.

#### IV. L'appréciation

(...)

##### IV.2 Le fondement de l'appel

20. Le litige permanent entre Vervoer Van L. et R. Van L. porte sur la question de savoir si R. Van L., en tant qu'ancien gérant de la société, pouvait ou non procéder au paiement de la commission à Berno pour la vente de l'immeuble d'exploitation de Vervoer Van L.

Vervoer Van L. soutient principalement que ce paiement constituait une faute de gestion au sens de l'article 262 du Code des sociétés et/ou une méconnaissance de l'article 263 du même Code.

21. L'article 262 du Code des sociétés est une disposition générale qui prévoit une responsabilité contractuelle à l'encontre de la société pour les fautes de gestion du gérant. Cet article dispose que :

*« Les gérants sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. »*

Cette responsabilité ne peut être invoquée que par la société elle-même, à qui une indemnisation serait éventuellement allouée à titre exclusif. Des tiers ne peuvent pas agir sur la base de cet article.

22. Un gérant commet une faute de gestion lorsque, dans l'exercice de sa mission d'administration, aucune preuve n'est donnée du soin qui peut normalement être attendu d'un administrateur qui se trouve dans les mêmes circonstances (voir K. GEENS e.a., *Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010*, TPR 2012, n° 1, n° 234, p. 296).

La Cour doit faire toutefois preuve d'une certaine réserve dans son appréciation d'une faute de gestion. On ne peut que procéder à un contrôle marginal de sorte que seuls les comportements injustifiés d'un gérant de société peuvent être sanctionnés (voir K. GEENS, o.c., n° 229).

Cela contraste avec la responsabilité prévue à l'article 263, alinéa 1er du Code des sociétés qui prévoit également une responsabilité des gérants vis-à-vis des tiers et se présente comme suit :

*« 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. »*

Cet article prévoit un régime de responsabilité spécifique lorsque des tiers ont subi un dommage suite à une violation des statuts ou du Code des sociétés commise par le gérant. Ce n'est que pour ces dernières infractions que les tiers peuvent s'adresser directement à l'administrateur pour réclamer l'indemnisation de leur dommage sur la base de l'article 263 du Code des sociétés.

23. Lors de l'appréciation d'une éventuelle faute de gestion dans le chef de R. Van L., on ne perd pas de vue le contexte spécifique suivant.

Vervoer Van L. (et pas son(ses) actionnaire(s) ou gérant de société de l'époque) a confié la mission exclusive de vendre son immeuble d'exploitation à Berno. Il existait donc uniquement une relation contractuelle entre Vervoer Van L. et Berno, mais pas entre R. Van L. et Berno.

R. Van L. rend très plausible que l'objectif était de liquider Vervoer Van L. et que la mission de vendre du début de l'année 2013 a été confiée dans ce cadre. La vente portait sur l'élément d'actif principal de la société (voir pièce 6 R. Van L.) (*asset deal*). Il n'était à ce moment-là pas question d'une cession des parts (*share deal*).

Il n'est pas contesté que Berno a bien rempli sa mission et qu'elle a présenté à Vervoer Van L. R. et N., acquéreurs potentiels de l'immeuble d'exploitation. C'est donc à bon droit que Berno revendique la commission contractuellement prévue.

Vu les avantages fiscaux, tant pour M. que pour R. Van L. et P. R., et indépendamment de la volonté de Berno, les parties ont opté, à un moment non précisé, pour une cession de parts (*share deal*) au lieu d'une cession d'actifs (*asset deal*). C'est ainsi que M. est devenu propriétaire de Vervoer Van L. pour le prix de 925 000 euro, comprenant un immeuble d'exploitation d'une valeur de marché de 1 350 000 euro. En outre, M. a expressément reconnu en annexe 1 de la convention de cession des parts que les honoraires de Berno, à concurrence de 18 500 euro, hors TVA, étaient encore dus.

C'est à juste titre que le premier juge a insisté sur le fait que R. et N., actionnaires de M. par la reprise des parts de Vervoer Van L., étaient entrés de manière indirecte en possession de l'immeuble d'exploitation.

L'objectif visé a été atteint par une autre voie (à savoir une cession de parts par R. Van L. et P. R., qui n'est d'ailleurs pas partie à l'instance) au lieu d'une cession d'actifs par Vervoer Van L.).

Cela n'implique toutefois pas que la dette relative à la facture de Vervoer Van L. à Berno est devenue soudainement une dépense privée de R. Van L.

L'affirmation par Vervoer Van L. selon laquelle c'est avec une intention frauduleuse que R. Van L. aurait payé une facture de Berno non encore exigible n'est pas exacte. La facture litigieuse était déjà exigible depuis le 7 octobre 2013.

Vu les circonstances, la Cour ne considère pas le paiement de la facture de Berno par R. Van L. comme un comportement manifestement injustifié. Le premier juge a décidé au minimum à bon droit que les administrateurs prudents et compétents peuvent diverger d'opinion au sujet des chances de succès d'un rejet de l'action de Berno.

24. La Cour remarque par ailleurs que les frais de Berno ne peuvent pas non plus être considérés comme des frais au sens de l'article 10.4 de la convention de cession de parts. La facture Berno payée concernait uniquement la commission en tant que courtier et n'avait rien à voir avec l'accompagnement allégué de R. Van L. par Berno lors de la vente de ses parts (voir pièce 13 R. Van L.).

25. Enfin, le paiement de la facture de Berno ne constitue pas non plus une méconnaissance des règles sur l'aide financière prévues à l'article 329 du Code des sociétés. Vervoer Van L. ne tient vraisemblablement pas compte du fait que de l'infraction alléguée de ces règles mènerait à une nullité absolue de la transaction (voir H. BRAECKMAN et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2012, n° 1178). Vervoer Van L. n'a pas encore demandé cette nullité.

26. Se référant aux considérants du numéro 23, la Cour n'accepte pas non plus que R. Van L. a méconnu l'article 260 du Code des sociétés (le régime de l'intérêt opposé) et qu'il a commis une violation à l'article 263 du Code des sociétés.

(...)

367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers 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° 1417. – Comm. Liège (div. Namur) (2<sup>e</sup> ch.), 4 septembre 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* Voici une situation, non exceptionnelle malheureusement, de faillites successives : entre 1993 et 2015, deux époux ont exploité la même boulangerie-pâtisserie, soit directement, soit par l'entremise de sociétés, et leur entreprise a été déclarée en faillite à trois reprises. Leur mauvaise gestion a déjà été stigmatisée par les cours et tribunaux, condamnations sévères à l'appui, mais... voilà qu'à nouveau, l'épouse gérante, qui a repris seule l'activité, fait faillite. Sa responsabilité est recherchée par le curateur sur la base de la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire et du défaut d'avoir tiré la sonnette d'alarme (procédure prescrite par l'article 332 du Code des sociétés, devenu 5 : 153 du CSA).

Relativement à la procédure de la sonnette d'alarme, le Tribunal déplore que la gérante se soit contentée de répéter, lors des assemblées générales successives, que la situation financière de la société devait être redressée, sans jamais exposer dans son rapport les mesures qu'elle proposait pour ce faire. Elle n'a pas analysé la cause des pertes importantes enregistrées ni envisagé des mesures sérieuses visant à réduire le déficit. En d'autres termes, constatant que la situation de sa société était gravement déficitaire, la gérante n'a tout simplement rien mis en place pour changer le cours des choses, au détriment des créanciers sociaux (et surtout des créanciers *institutionnels*, le banquier gagiste sur fonds de commerce étant désintéressé) une nouvelle fois « perdants ».

Relativement à la poursuite fautive d'une activité déficitaire, le Tribunal note que l'actif net de la société est négatif depuis près de dix années au jour de la faillite, que la SPRL a réalisé des pertes importantes presque chaque année, et que la SPRL était dès lors condamnée de longue date lorsque sa faillite a été prononcée. En poursuivant néanmoins l'activité, la gérante a agi avec une désinvolture coupable qui engage, sans conteste, sa responsabilité. Sa faute est d'autant plus grave que la Cour d'appel de Liège avait déjà souligné, lors d'une faillite précédente et en des termes très clairs, que son comportement était tout à fait anormal et que son attitude s'apparentait, dans ces circonstances, à un dol.

Le Tribunal condamne la gérante à verser 44.000 € au curateur, somme non contestée.

*Sommaire :* Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés importantes (et tel est manifestement le cas lorsque son actif net est inférieur à la moitié de son capital social), il est fondamental que ses dirigeants suivent la situation de très près et adaptent, le cas échéant, les mesures qu'ils avaient proposées dans leur rapport spécial. Si la situation ne s'est pas améliorée après quelques mois, la question de la poursuite des activités doit en outre être à nouveau posée. La

1417.- 1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de R.G. A/16/01062.

procédure prévue par l'article 332 du Code des sociétés doit être renouvelée à tout le moins chaque année si la situation perdure. Le rapport spécial prescrit par l'article 332 du Code des sociétés ne s'identifie pas au simple constat qu'il serait impératif de « poursuivre le redressement de la situation financière » puisque ce disant, le dirigeant n'expose nullement les mesures qu'il compte adopter en vue dudit redressement.

*Parties :* Me R. *qualitate qua* faillite SPRL JT NEWS/A.F.

## ***I.- Procédure***

Le tribunal est saisi du litige par une citation signifiée le 11/10/2016.

(...)

## ***II. – Exposé du litige***

### ***A. – Les faits pertinents de la cause***

1. Les parents de T.T., le mari d'A.F., ont exploité une boulangerie-pâtisserie jusqu'en 1993 dans l'immeuble dans lequel la SPRL JT NEWS, aujourd'hui en faillite, a elle-même exercé ses activités. Cet immeuble appartient aux parents de T.T.

2. À partir de 1993, la boulangerie-pâtisserie a été reprise par T.T. et son épouse, A.F., qui l'exploitaient par l'entremise de la SPRL Boulangerie Pâtisserie T.T. Cette société a été déclarée en faillite le 02/07/1997.

3. T.T. a racheté le fonds de commerce à la curatelle et exploité, de janvier 1998 à juillet 2006, la boulangerie-pâtisserie en personne physique.

Suite à la faillite personnelle de T.T., la SPRL JT NEWS, dirigée par A.F. et dont celle-ci est la seule associée (depuis 2005), a repris l'exploitation de la boulangerie. Cette société a été déclarée en faillite le 29 octobre 2015.

Entre 1993 et 2015, les époux T.-F. ont donc exploité la même boulangerie-pâtisserie, soit directement soit par l'entremise de sociétés, et leur entreprise a été déclarée en faillite à trois reprises.

4. Il convient de relever que le curateur de la SPRL Boulangerie Pâtisserie T.T., qui était déjà Me R., a introduit une action en responsabilité contre ses dirigeants, T.T. et A.F. Ces derniers ont été condamnés tant en première instance qu'en appel.

La Cour d'appel de Liège a notamment relevé dans son arrêt particulièrement cinglant du 19/10/2004 :

- que T.T. et A.F. ont fait preuve d'un « *optimisme béat* » ;
- que, en ce qui concerne le rapport spécial établi en vertu de l'article 332 C. Soc., « *il n'y a pas eu de propositions de redressement consistantes et sérieuses, que non seulement, à*

*aucun moment, la cause des pertes importantes enregistrées n'a été analysée de manière sérieuse mais qu'ont simplement été énumérées pour les besoins de la cause des propositions vagues et imprécises dont il n'apparaît pas au demeurant qu'elles aient été mises en œuvre ; qu'il n'y a donc pas eu de rapport spécial au sens de l'article 103 alinéa 2 des L.C.S.C. ce qui engage la responsabilité des appelants » ;*

- que « cette question de l'absence d'élaboration de mesures sérieuses de redressement est intimement liée à celle de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée » ;
- que « force est bien de constater, ainsi qu'il a déjà été dit, qu'à aucun moment, les appelants n'ont procédé ou fait procéder à une analyse sérieuse des causes du déficit des activités de la société qu'ils avaient constituée ; que de même aucune mesure visant à réduire les pertes de la société ne sera sérieusement envisagée ; que les mesures annoncées lors des assemblées générales des 27 juin 1994, 17 mai 1995 et 29 juin 1996 qui n'ont jamais été sérieusement mises en œuvre ne sont rien d'autre qu'un leurre destiné à donner l'apparence du respect de l'article 103 alinéa 2 des L.C.S.C. » ;
- que « les appelants ne peuvent se réfugier derrière la confiance qui leur a été conservée par leur banquier gagiste sur fonds de commerce, dans la mesure où ils ont veillé à ce que les obligations de la société à son égard soient respectées et où la poursuite des activités de celle-ci a été "financée", comme c'est fréquemment le cas lorsqu'on se trouve en présence de dirigeants incompetents et peu scrupuleux, par les créanciers institutionnels » ;
- que « l'appréciation émise par les premiers juges qui relèvent, au terme de constatations précises que la cour fait siennes, (...) que "poursuivre son activité dans de telles conditions relevait dans la meilleure des hypothèses de l'incompétence ou de l'inconscience" doit être entièrement approuvée » ;
- que « des mesures drastiques devaient être prises dès le début de l'année 1995 puisqu'à ce moment l'actif net était inférieur à la totalité du capital social ; qu'elles ne l'ont pas été ; que les appelants devront donc répondre de l'aggravation du passif net de la société à partir du jour où les activités auraient dû être arrêtées à défaut d'avoir mis en œuvre des mesures permettant d'obtenir son redressement ».

### **B. – Les prétentions des parties**

5. Me R. q.q. demande au tribunal de condamner A.F. au paiement de la somme de 44.000 €<sup>2</sup> à majorer des intérêts judiciaires.

A.F. conclut au rejet de l'action dirigée contre elle.

### **III. – Discussion**

#### **A. – L'article 332 du Code des sociétés**

##### **1°) Principes applicables**

6. L'article 332 du Code des sociétés dispose que :

*« Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée*

2. Dans ses conclusions, Me R. q.q. considérait qu'il s'agissait d'un montant provisionnel. À l'audience, il a cependant précisé que ce montant était définitif.

*ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires, en vue de délibérer et de statuer, 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.*

*L'organe de gestion justifie ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des associés au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. Si l'organe de gestion propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Ce rapport est annoncé dans l'ordre du jour. Une copie de ce rapport est transmise conformément à l'article 269.*

*(...)*

*Lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation.*

*L'absence du rapport prévu par cet article entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale (...).*

7. « La loi oblige les dirigeants à veiller particulièrement à l'évolution de l'actif net de la société et leur impose de convoquer une assemblée générale lorsque l'actif net de la société est réduit à la moitié ou au quart du capital social. Compte tenu de la gravité de la situation, il appartient aux associés de se prononcer pour décider si la société doit ou non survivre. L'obligation de convoquer l'assemblée générale est une obligation de résultat et c'est en vain que le dirigeant invoquerait son manque de formation particulière, sa bonne foi ou la confiance qu'il plaçait dans le comptable de la société »<sup>3</sup>.

Le fait de ne pas établir de rapport spécial, tout comme le fait de ne pas réunir une assemblée générale dans le délai susvisé, constitue donc une faute dans le chef des dirigeants<sup>4</sup>, faute qui engagera leur responsabilité.

« Le non-respect de la disposition est lourdement sanctionné : si l'assemblée n'est pas convoquée, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de l'absence de convocation (art. 633, al. 5). La présomption ne profite pas à la société elle-même, mais uniquement aux tiers, en ce compris le curateur agissant en lieu et place des créanciers en cas de faillite et elle ne s'applique qu'au défaut de convocation de l'assemblée générale, et non aux autres exigences légales, de sorte qu'en cas de manquement à celles-ci, le demandeur en responsabilité devra établir le lien de causalité entre le dommage dont il réclame réparation et le manquement. »<sup>5</sup>.

8. « Les praticiens du droit des affaires s'interrogent souvent sur la nécessité, ou non, de renouveler la procédure de l'article 633 C. Soc., chaque fois qu'une situation comptable laisse apparaître la perte de la moitié du capital. La loi ne règle pas cette question et, dans la rigueur du texte de l'article 633 C. Soc., il faudrait considérer que la procédure doit être renouvelée à chaque situation comptable laissant apparaître une telle perte.

3. X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 163 et 164.

4. J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, p. 255.

5. Y. DE CORDT et al., *La société anonyme*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, pp. 509 et 510.

*La doctrine et la jurisprudence semblent toutefois considérer que les administrateurs ne sont tenus de convoquer l'assemblée générale qu'une seule fois dans chacune des deux éventualités prévues par l'article 633 (perte de la moitié du capital et perte des trois quarts du capital). (...) En revanche, selon cette même doctrine, tant que la société maintient un niveau de perte de la moitié du capital social, le conseil d'administration ne devrait pas renouveler la procédure de l'article 633 C. Soc.*

*Cette pétition de principe nous semble toutefois sujette à discussion, dans la mesure où elle ne correspond pas aux objectifs poursuivis par l'article 633 C. Soc. Il faut en effet rappeler que la question soumise à l'assemblée générale dans le cadre de la procédure de l'article 633 C. Soc. est relative à la poursuite de l'activité, sur la base des mesures de redressement proposées par le conseil d'administration dans un rapport spécial.*

*Nous verrons que la jurisprudence récente, à juste titre, rappelle le rôle central du rapport spécial dans la procédure de la sonnette d'alarme. Le rapport spécial expose les mesures proposées par le conseil d'administration et justifie la recommandation de poursuite de l'activité. Qu'il soit explicite ou non à ce sujet, tout plan de redressement est nécessairement dressé dans un cadre temporel qui doit mesurer son efficacité. Si le plan prévoit une augmentation des fonds propres, il conviendra de prévoir un agenda de réalisation de cette opération. Une politique de baisse des charges doit également être fixée dans des prévisions annuelles. En résumé, un plan de redressement doit nécessairement s'inscrire dans la ligne du temps et, au regard de la situation comptable grave constatée dans l'application de l'article 633 C. soc, les échéances reprises par le rapport spécial doivent être à court ou moyen terme. Les résultats recherchés doivent être rapides et concrets.*

*Des lors, si les mesures de redressement reprises dans le rapport spécial révèlent, quelques mois après le vote de l'assemblée générale, leur inefficacité ou qu'elles ne sont plus d'actualité au regard de la situation économique nouvelle de la société, il serait contraire aux objectifs poursuivis par l'article 633 C. Soc. de ne pas renouveler la procédure en question, même si la société n'est pas passée d'une perte de la moitié du capital à une perte des trois quarts du capital. L'examen de la problématique du renouvellement au regard d'un simple franchissement de seuil comptable ne prend pas en compte l'objectif plus général – et plus louable en somme – du redressement de l'activité de la société. Si, au regard des objectifs d'assainissement repris dans le rapport spécial et du cadre chronologique de l'exécution de ce plan, la situation de la société s'est aggravée, il conviendra de convoquer à nouveau l'assemblée générale des actionnaires et de lui soumettre un nouveau rapport spécial (...) »<sup>6</sup>.*

Le tribunal partage ces considérations. En effet, lorsqu'une entreprise connaît des difficultés importantes (et tel est manifestement le cas lorsque son actif net est inférieur à la moitié de son capital social), il est fondamental que ses dirigeants suivent la situation de très près et adaptent, le cas échéant, les mesures qu'ils avaient proposées dans leur rapport spécial. Si la situation ne s'est pas améliorée après quelques mois, la question de la poursuite des activités doit en outre être à nouveau posée. La procédure prévue par l'article 332 du Code des sociétés (633 pour les sociétés anonymes) doit dès lors sans conteste être renouvelée à tout le moins chaque année si la situation perdure.

6. J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, pp. 251 et 252.

2°) Application des principes au cas d'espèce

9. Il ressort des pièces produites par Me R. q.q. (Pièces 4 à 8) et de ses conclusions (qui ne sont pas contestées sur ce point par A.F.) que :

- les capitaux propres de la société sont largement négatifs depuis 2005 (- 19.761 € en 2005 et - 56.993 € en 2013) ;
- l'entreprise a réalisé des pertes tous les ans depuis 2005 (sauf en 2006, 2007 et 2011) ;
- la perte reportée s'élevait à - 38.761 € en 2005 et à - 75.993 € en 2013 ;
- la société n'a plus déposé de comptes après 2013.

Il convenait dès lors de respecter chaque année le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés.

10. Il ressort de l'analyse des PV des organes sociaux que :

| Année                                                                  | Procédure visée à l'article 332 du Code des sociétés                                                                 |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2006<br>Comptes 2001,<br>2002, 2003, 2004,<br>2005<br>(Pièces 9 et 10) | NON                                                                                                                  |
| 2007<br>Comptes 2006<br>(Pièce 11)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2008<br>Comptes 2007<br>(Pièce 12)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2009<br>Comptes 2008<br>(Pièce 13)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2010<br>Comptes 2009<br>(Pièce 14)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2011<br>Comptes 2010<br>(Pièce 15)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2012<br>Comptes 2011<br>(Pièce 16)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2013<br>Comptes 2012<br>(Pièce 17)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |
| 2015<br>Comptes 2013<br>(Pièce 18)                                     | Une AG s'est tenue et un rapport spécial a été établi. Aucune mesure de redressement n'est proposée dans le rapport. |

Lorsque A.F. a établi un rapport sur la base de l'article 332 du Code des sociétés, elle s'est bornée à préciser :

- « *Il est donc impératif de poursuivre le redressement de la situation financière. (...) La société a repris ses activités. Ce qui lui permet de connaître pour 2006, un résultat positif. La société devrait connaître pour chaque exercice suivant un résultat qui doit lui permettre de redresser sa situation financière.* » (Pièce 11) ;
- « *Il est donc impératif de poursuivre le redressement de la situation financière* » (Pièces 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 18).

11. A.F. n'a, en d'autres termes, jamais exposé « *dans son rapport les mesures qu'[elle] compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société.* ». Comme la Cour d'appel l'a déjà opportunément décidé dans son arrêt du 19/10/2004, il faut en déduire que ses « rapports spéciaux » n'en sont pas et qu'A.F. a violé le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés, ce qui constitue une faute<sup>7</sup>.

La faute d'A.F. est d'autant plus patente que la Cour d'appel de Liège avait déjà stigmatisé son comportement inacceptable dans son arrêt précité. Elle ne pouvait donc légitimement ignorer que son comportement était gravement fautif. C'est sans doute la raison pour laquelle elle ne consacre pas une ligne de ses conclusions à cette question.

#### **B. -La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire**

12. « *La poursuite d'une activité gravement déficitaire au-delà du raisonnable constitue une faute des administrateurs qui, en plus de la méconnaissance des intérêts de la société, méconnaissent en ces circonstances ceux des tiers. Un administrateur de société prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront à coup sûr pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu et que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes ; les conséquences dommageables d'une pareille attitude sont évidemment prévisibles. L'administrateur d'une société se doit de tirer les conclusions qui s'imposent à la lecture des bilans et de ne pas répéter les mêmes erreurs* (Mons, 20 mai 1985, Rev. prat. soc. 1985, p. 282).

10. *Ce comportement a causé un préjudice certain, commun à l'ensemble des créanciers (contractuels et non contractuels) et distinct du préjudice individuel des créanciers contractuels (cf. J.-Fr. Goffin, Responsabilités des dirigeants de sociétés, Larcier, 2004, pp. 129-130). Ce préjudice consiste dans l'aggravation du passif résultant de la poursuite de l'activité.* »<sup>8</sup>

13. En l'espèce, l'actif net de la société est négatif depuis 2006. En outre, elle a réalisé des pertes importantes en 2008, 2009, 2010, 2012 et 2013. Bien que les comptes ne soient pas disponibles pour 2014 et 2015, il est vraisemblable que tel ait également été le cas en 2014 et 2015, A.F. n'étant plus en mesure de travailler de manière optimale en raison d'un problème de santé.

Il est manifeste, à la lecture de ces chiffres, que la société est condamnée depuis de nombreuses années, les maigres bénéfices réalisés en 2006, 2007 et 2011 ne permettant pas de redresser la barre.

7. Voir notamment sur cette question : J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2012, pp. 255 et 256.

8. Bruxelles, 4 décembre 2008, R.D.C., 2009, pp. 960 à 964.

En poursuivant l'activité après 2009 (année durant laquelle les comptes de l'année 2008 ont été approuvés, comptes qui ont mis en évidence : des capitaux propres négatifs, une perte de l'exercice de 17.730 € et une perte reportée de 50.536 €), A.F. a agi avec une désinvolture coupable, qui engage sans conteste sa responsabilité.

La faute d'A.F. est d'autant plus grave que la Cour d'appel de Liège a, en des termes très clairs, déjà décidé dans l'arrêt précité que son comportement était tout à fait anormal. Son attitude s'apparente, dans ces circonstances, à un dol.

14. Le tribunal ajoute à titre surabondant :

- que si les principaux fournisseurs ont été payés, c'est manifestement au détriment des créanciers institutionnels qui ont, comme par le passé, fait les frais de la gestion catastrophique d'A.F. ;
- que les problèmes de santé d'A.F. ne justifient nullement son comportement. Ils sont en effet survenus en 2012 alors que l'activité aurait dû être arrêtée (ou la société substantiellement recapitalisée) depuis 2009. Au contraire, le fait qu'A.F. n'ait pas pris de mesures drastiques et rapides alors qu'elle n'était plus en mesure de travailler normalement ne fait que confirmer l'aveuglement fautif dont elle a fait preuve ;
- que le comportement du juge enquêteur, qui ne lui aurait jamais conseillé de faire aveu de faillite, est sans incidence en l'espèce. En effet : (i) ce que le juge enquêteur a – ou non – dit durant les enquêtes commerciales n'est pas établi et (ii) il n'appartient pas à un juge de donner des conseils à un justiciable, le Code judiciaire l'interdisant formellement (article 297 du Code judiciaire) ;
- que les considérations selon lesquelles A.F. n'aurait jamais bénéficié d'une réelle seconde chance dans le cadre des faillites successives auxquelles elle a concouru est un argument qui frôle l'indécence de la part d'une personne qui a manifestement géré ses entreprises en se désintéressant totalement du sort de ses créanciers et qui, malgré l'avertissement très clair de la cour d'appel de Liège en 2004, a persisté dans son comportement fautif en réitérant exactement les mêmes fautes que par le passé.

### **C. – Le dommage vanté**

15. Me R. q.q. évalue le dommage causé par les fautes d'A.F. à la somme de 44.000 € et relève à juste titre que celle-ci ne conteste ni le *quantum* du dommage ni la manière de le calculer. Interrogé sur ce point à l'audience, le conseil d'A.F. a confirmé qu'il ne contestait pas le dommage vanté.

Le tribunal considère, dans ces circonstances, que le dommage est établi à suffisance de droit et qu'il convient de condamner A.F. au paiement de la somme de 44.000 € à majorer des intérêts judiciaires au taux légal de droit commun.

### **D. – L'exécution provisoire**

16. La présente décision est exécutoire par provision nonobstant appel et sans garantie, conformément à l'article 1397 du Code judiciaire.

En vertu de l'article 1406 du Code judiciaire, « le juge qui statue sur le fond de la demande peut décider qu'il n'y a pas lieu à cantonnement pour tout ou partie des condamnations qu'il prononce, si le retard apporté au règlement expose le créancier à un préjudice grave ».

En l'occurrence, le droit au cantonnement, destiné à prémunir le débiteur contre le risque d'insolvabilité du créancier en cas de réformation du jugement, n'est pas retiré, Me Rase q.q. ne démontrant pas que le retard apporté au règlement de la créance l'expose à un préjudice grave.

#### **IV. – Décision**

*Après en avoir délibéré, le tribunal, statuant contradictoirement, et en premier ressort,*

Reçoit la demande,

La déclare fondée,

Condamne A.F. à payer à Me R. q.q. :

- la somme de 44.000 euros, en principal,
- les intérêts judiciaires sur cette somme au taux légal de droit commun depuis la date de la citation, jusqu'au jour du paiement complet,

Réserve à statuer en ce qui concerne les dépens,

Dit que la présente décision est exécutoire par provision nonobstant appel et sans garantie,

Dit que le droit au cantonnement est maintenu.

### **OBSERVATIONS**

#### **Le régime de la sonnette d'alarme en SRL dans le nouveau CSA**

Cette décision a été intégralement confirmée en appel par un arrêt prononcé le 27 novembre 2019 par la 7<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Liège sous le numéro de rôle 2018/R.G./1296.

Contrairement à l'article 7:228 relatif à la SA (ancien article 633 du Code des sociétés), soulignons que l'article 5:153 du CSA reformule l'article 332 du Code des sociétés et modifie le régime dit « de la sonnette d'alarme » à divers égards :

1/ Ce ne sont plus les seuils de la moitié et du quart du capital social qui sont retenus (« si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social » ; « Les mêmes règles sont observées si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social ») puisque désormais, c'est :

- d'une part, « lorsque l'actif net risque de devenir ou est devenu négatif » que l'organe d'administration doit convoquer une AG dans les deux mois ;
- d'autre part, « lorsque l'organe d'administration constate qu'il n'est plus certain que la société, selon les développements auxquels on peut raisonnablement s'attendre, sera en mesure de s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant au moins les douze mois suivants ».

Cette seconde hypothèse doit être mise en lien avec le nouvel article 2:52 du CSA relatif à l'administration et à la représentation de toutes les personnes morales régies par le CSA, formulé comme suit : « Lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe d'administration est tenu de délibérer sur les

mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois ». Voilà dès lors une nouvelle obligation clairement définie à charge des dirigeants de sociétés et associations, susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard de la personne morale et à l'égard des tiers si elle n'est pas respectée.

2/ Lorsque l'organe d'administration a rempli une première fois ses obligations mieux définies ci-avant, il n'est plus tenu de convoquer l'assemblée générale pour les mêmes motifs pendant les douze mois suivant la convocation initiale.

3/ Au surplus, la reformulation de la règle de la sonnette d'alarme par l'article 5:153 :

- met en exergue le devoir des dirigeants de réunir une assemblée générale (voir les termes « l'organe d'administration doit [...] convoquer l'assemblée générale » qui remplacent « l'assemblée générale doit être réunie ») ;
- insiste sur l'objectif des mesures à prendre, à savoir assurer la continuité de la société (expression répétée deux fois), alors que le Code des sociétés soulignait davantage le redressement de la situation financière de la société (voir la formulation « il expose dans un rapport spécial [...] les mesures qu'il propose pour assurer la continuité de la société » qui remplace « Si le conseil d'administration propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. »).

Quant à la lancinante question du point de départ du délai de prescription des actions en responsabilité fondées sur la méconnaissance de la procédure de la sonnette d'alarme, déjà éclairée par l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2018 publié ci-avant, sous le n° 1411<sup>9</sup>, elle s'analyse désormais comme suit : l'obligation de convoquer une AG s'impose dès que les dirigeants constatent, ou devraient constater, que l'actif net est ou risque de devenir négatif et/ou que la société ne pourra s'acquitter de ses dettes pendant au moins un an ; si cette formalité est respectée, elle offre un « bon pour » durant une année, de sorte que pareille convocation doit être renouvelée l'année suivante si la situation ne s'est pas améliorée, mais pas avant. Dans cette nouvelle formulation, il semble incontestable que la procédure doive être renouvelée chaque année si la situation ne s'améliore pas (à savoir qu'une des deux hypothèses est toujours rencontrée) et que le défaut de convocation constitue une infraction instantanée.

Quant au régime de la « sonnette d'alarme » dans les SA, on renvoie le lecteur à un second jugement évoqué ci-avant sous le n° 1412, prononcé le même jour par la même juridiction, ainsi qu'à nos brèves observations sous cette décision.

On le renvoie également à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2018 publié ci-après sous le n° 1423.

9. La Cour consacre le caractère *instantané* du 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.

367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil – la faute de gestion**
475. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.**

*N° 1418. – Civ. Limbourg (div. Hasselt) (11<sup>e</sup> ch.) 29 mars 2018<sup>1</sup>*

*Présentation :* En vertu de l'article 442*quater*, § 1, alinéa premier du CIR 92, lorsqu'une société demeure en défaut de payer le précompte professionnel, ses dirigeants chargés de la gestion journalière peuvent être solidairement tenus responsables du manquement s'il est imputable à une faute au sens de l'article 1382 C. civ. qu'ils ont commise dans la gestion de la société.

Une présomption est érigée au § 2 du même article, puisqu'il stipule que le non-paiement répété par la société du précompte professionnel est, sauf preuve contraire, présumé résulter d'une faute des personnes chargées de la gestion journalière.

Le § 3 prévoit cependant qu'il n'y a pas de présomption de faute lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire. Pour l'exclusion de la présomption de responsabilité, il est uniquement exigé que les mêmes difficultés se trouvent à la base du non-paiement du précompte qu'à celle de la faillite ; ni la durée des problèmes financiers ni leur origine ne sont déterminantes.

Le fait que la présomption de faute de l'article 442*quater*, § 2, ne s'applique pas n'empêche pas que le dirigeant d'entreprise puisse être tenu solidairement responsable si une faute au sens de l'article 1382 C. civ. a été démontrée dans son chef, faute qui présente un lien causal avec le dommage.

En l'espèce, le Tribunal rejette l'application de la présomption puisqu'une procédure de réorganisation judiciaire a été ouverte et a été homologuée *avant* que le receveur adresse la notification. Il revient dès lors à l'État d'établir positivement la faute de gestion.

Le Tribunal rappelle que la société a été confrontée à des difficultés financières suite à un investissement malheureux, ces difficultés étant étrangères à une quelconque faute de gestion. Dans ce contexte, le manque de moyens financiers a entraîné des arriérés de paiement du précompte professionnel comme des arriérés de paiement auprès des fournisseurs. Les gérants ont investi des moyens personnels en vue de redresser leur société lorsqu'ils ont constaté ces difficultés de trésorerie et il n'était pas fautif, dans leur chef, de consacrer ces moyens complémentaires au remboursement de dettes autres que les arriérés de précompte professionnel, le paiement de ces dernières apparaissant essentiel pour redresser leur société.

Le fait que le tribunal ait homologué la réorganisation judiciaire indique qu'il estimait qu'existaient des chances de succès.

Aucune faute de droit commun commise dans le cadre de la gestion de la société n'étant établie, les gérants échappent en l'espèce à toute responsabilité fiscale.

1418.-1. Cette décision porte le numéro de rôle 17/11/A et a été évoquée dans *Cour. fisc.* 2018 (reflet), liv. 7, p. 924 avec une note.

*Sommaire :* L'absence de paiement du précompte professionnel ne constitue pas, en soi, une faute des gérants, puisque cette obligation de paiement repose sur la société et n'est pas une dette personnelle des gérants.

Le législateur a indiscutablement considéré que l'absence de paiement du précompte professionnel ne résulte pas toujours d'une faute de gestion, car autrement, il aurait prévu l'application de la présomption de faute dans tous les cas de retard de paiement du précompte professionnel ; le simple fait que le législateur ait prévu une réglementation spécifique témoigne de ce qu'il a été conscient que tout manquement au paiement du précompte professionnel ne doit pas être considéré comme une faute de gestion.

Il est tout à fait possible qu'une société connaisse des difficultés sans que cela ne soit imputable à une faute dans la gestion, et que dans ce contexte, elle manque des moyens financiers pour assumer le paiement du précompte professionnel, tout comme d'autres dettes d'ailleurs.

Le fait que les moyens nouvellement investis par les dirigeants dans leur société n'ont pas été utilisés pour le remboursement des arriérés de précompte professionnel, mais pour d'autres dettes estimées prioritaires pour le redressement de la société ne peut pas être considéré comme une faute.

Le fait que le tribunal de l'entreprise homologue une réorganisation judiciaire implique qu'il estime qu'il existe des chances de succès, le sort de la société n'étant pas définitivement fatal.

*Parties :* État belge/X. et Y.

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

370. **La responsabilité des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**
372. **Le titulaire de l'action en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite**

*N° 1419. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 12 octobre 2018<sup>1</sup>*

**Présentation :** Un créancier contractuel d'une société qui a fait faillite cherche à obtenir la condamnation de ses deux anciens dirigeants, à titre personnel, dans le cadre d'une action en comblement de passif<sup>2</sup> qu'il introduit de manière isolée<sup>3</sup>. Ces derniers tentent de lui opposer l'immunité consacré par le célèbre arrêt du 7 novembre 1997, mais en vain.

**Sommaire :** Le créancier qui introduit une demande sur la base de l'article 530, § 1, deuxième alinéa du Code des sociétés, ne réclame pas l'indemnisation d'un préjudice individuel, mais sa part dans le préjudice collectif ; cette part est étrangère au dommage contractuel que ce créancier a effectivement subi suite au non-respect d'un engagement contractuel par la société faillie. La règle de la quasi-immunité de l'agent d'exécution ne s'applique pas à la responsabilité d'un dirigeant pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

**Parties :** M.K., T.V./VREDENDAL SA

(...)

### III. Décision de la Cour

(...)

#### *Deuxième branche*

1. Selon l'article 530. § 1<sup>er</sup>, premier alinéa, du Code des sociétés, en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

Selon l'article 530. § 1<sup>er</sup>, deuxième alinéa, du Code des sociétés, l'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice

1419.- 1. Cet arrêt porte le numéro de RG C.17.0614.N et est disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be), uniquement en néerlandais à ce jour (24 juillet 2019) ; l'extrait publié est dès lors une traduction libre.

2. Rappelons que l'art. 530 du Code des sociétés a été abrogé par la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolabilité 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<sup>er</sup> du Code de droit économique. C'est désormais l'article XX.225., § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, formulé dans les mêmes termes, qui s'applique.

3. À savoir indépendamment du curateur de faillite.

subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.

2. Le créancier qui introduit une demande sur la base de l'article 530, § 1, deuxième alinéa du Code des sociétés, ne réclame pas l'indemnisation d'un préjudice individuel mais réclame sa part dans le préjudice collectif. Cette part dans le préjudice collectif n'est pas liée au dommage contractuel qu'un créancier subit suite au non-respect d'un engagement contractuel par la société en faillite.

La règle de la quasi-immunité de l'agent d'exécution ne s'applique pas à la responsabilité d'un dirigeant pour une faute grave et caractérisée qu'il a commise et qui a contribué à la faillite.

Le moyen qui se base sur une conception juridique différente manque en droit.

(...)

### OBSERVATIONS

#### L'action en comblement de passif introduite par un créancier contractuel isolé contre un dirigeant de société rencontre-t-elle un obstacle ?

Le monopole du curateur de faillite pour introduire l'action en comblement de passif a été supprimé par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, qui a ajouté un alinéa supplémentaire aux articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 du Code des sociétés permettant une initiative individuelle d'un créancier isolé.

Comme l'a constaté Alain ZENNER<sup>4</sup>, dans le cadre de l'action en comblement de passif, le préjudice est considéré à la fois comme *collectif*, dans le chef de la masse, et *individuel*, dans le chef de chacun des créanciers lésés, pour ce qui concerne sa part.

Le créancier agissant individuellement :

- doit en informer préalablement le curateur<sup>5</sup>, ce qui permet à ce dernier d'intervenir volontairement à la procédure ou d'intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers ;
- obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi.

C'est donc un incroyable avantage pour le créancier bien informé (ou qui est prêt à – et dispose des moyens pour – avancer les fonds d'une procédure en justice) puisque si son action individuelle aboutit, il sera payé en priorité sur le patrimoine du dirigeant dont la faute est retenue.

4. A. ZENNER, « Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique », *Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 363 cité par D. VANDERMEERSCH, concl. précédant Cass., 10 décembre 2008, [www.cass.be](http://www.cass.be).

5. À moins que l'action soit introduite *après* la clôture de la faillite : l'obligation d'informer le curateur de l'introduction de pareille action ne s'impose évidemment pas lorsque la faillite est clôturée au jour de l'introduction de l'action en comblement de passif. Il a été jugé que la question de savoir si certaines opérations ou décisions prises par les anciens administrateurs d'une société sont ou non constitutives de fautes graves et caractérisées ne peut, dans certains cas, être tranchée qu'*après* la clôture de la faillite, notamment parce que certaines faillites sont parfois clôturées dans un délai très bref, de sorte qu'il peut s'avérer intéressant, pour les créanciers pris individuellement, de n'introduire leur action qu'*après* avoir constaté que le curateur n'agirait pas par lui-même ; les créanciers ne peuvent en outre chiffrer précisément leur dommage qu'*après* la clôture de la faillite, car ce n'est qu'à ce moment qu'ils savent s'ils ont ou non reçu des sommes dans le cadre de la liquidation (Comm. Anvers, 19 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2010, n° 1047, p. 145 ; *Cour. fisc.*, 2010 [reflet S. VERTOMMEN], liv. 18, p. 716 et *R.W.*, 2011-2012, liv. 23, p. 1049).

Ce résultat exclusif ne heurte-t-il pas le sacro-saint principe d'égalité ? Non. L'égalité reste souvent un leurre dans la pratique des faillites, lorsque l'on constate le nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur comme les procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers. Et la volonté de la réforme de 2002 était clairement d'inciter le créancier individuel à agir, ce qui nécessite une réelle motivation financière, qu'il n'aurait pas s'il se retrouvait sur pied d'égalité avec les autres créanciers demeurés inactifs<sup>6</sup>.

La Cour de cassation a précisé que lorsque l'action en comblement de passif est exercée par un créancier isolé *conjointement avec celle du curateur*, elle ne peut tendre qu'à la réparation de son préjudice propre, indépendant de la perte de sa créance sur la société ou résultant d'une faute étrangère à celle qui a causé le préjudice collectif<sup>7</sup>.

Dans les conclusions précédant cet arrêt<sup>8</sup>, l'avocat général VANDERMEERSCH souligne que le droit d'action du créancier isolé, concurrent à celui du curateur, « *pourrait conduire le juge à condamner l'administrateur gravement fautif à réparer deux fois le même dommage (...). En effet, si le juge fait droit tant à la demande du créancier lésé qu'à l'action du curateur, le dommage du créancier lésé pourrait se voir indemnisé une première fois par la réparation directe du préjudice subi par le créancier agissant et une seconde, par le comblement du passif au profit de la masse suite à l'action du curateur* ». Il propose dès lors de distinguer deux hypothèses :

- soit le créancier agit seul, le curateur s'abstenant de se joindre à sa démarche : il peut alors obtenir une condamnation pour un montant limité au préjudice qu'il a réellement subi et qui « lui revient exclusivement » ;
- soit le créancier initie sa procédure concomitamment avec le curateur agissant au nom de la masse et exerçant les droits communs à l'ensemble des créanciers, comme dans l'espèce tranchée par la Cour : le curateur retrouve alors son monopole d'action en ce qui concerne l'ensemble des créances admises au passif<sup>9</sup> et le créancier isolé ne peut agir concomitamment que s'il réclame l'indemnisation d'un préjudice qui lui est propre, distinct de celui de la masse que subissent l'ensemble des créanciers, ou lorsque son action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif<sup>10</sup>.

Ainsi, nous pouvons récapituler comme suit :

- soit le créancier agit isolément et prévient le curateur, qui ne lui emboîte pas le pas : alors la réforme de 2002 produit pleinement ses effets et le créancier actif obtient seul le résultat de son action en responsabilité contre le ou les dirigeant(s), à concurrence de « sa part » ;
- soit le créancier isolé agit conjointement avec le curateur, qu'il ait lui-même pris l'initiative en inspirant ensuite le curateur ou qu'il se joigne à l'action déjà introduite par ce dernier : il ne peut alors réclamer que la réparation de son préjudice *propre* et *distinct* du préjudice collectif.

6. À tout le moins à titre individuel, le curateur de faillite les représentant.

7. Cass., 10 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 16, 724 ; *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907, concl. D. VANDERMEERSCH ; *Rev. dr. pén.*, 2009, liv. 5, p. 60 ; *J.D.S.C.*, 2010, n° 959, p. 161.

8. Concl. D. VANDERMEERSCH présentes sur le site [www.cass.be](http://www.cass.be) et publiées dans *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907.

9. D. VANDERMEERSCH souligne que, lors de son audition au Sénat, le représentant de l'Ordre des barreaux francophone et germanophone (devenu, depuis, *Avocats.be*) a exprimé le souhait que le droit d'action individuel du créancier soit « subordonné à l'action collective du curateur. L'action individuelle qui serait intentée par un créancier doit cesser dès qu'une action collective est menée. Le préjudice du créancier individuel est en effet inclus dans le dommage que va réclamer le curateur » (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, 2-877/8, p. 21).

10. D. VANDERMEERSCH se réfère à J.-Fr. GOFFIN (*in Responsabilités de dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 228) qui illustre l'hypothèse avec le cas du créancier individuel qui s'est porté caution des dettes de la société faillie ou qui a souscrit une augmentation de capital d'une société sur la base de faux bilans présentés par les administrateurs.

Lorsque le créancier agit isolément dans un contexte d'incertitude du curateur, l'arrêt annoté rappelle qu'il ne réclame pas l'indemnisation de son préjudice individuel mais bien « sa part » dans le préjudice collectif. Dès lors, les particularités de sa créance contre la société faillie sont non pertinentes.

Ainsi, si sa créance était contractuelle, et suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997<sup>11</sup>, il ne pourrait, en principe, réclamer l'indemnisation au dirigeant de la société 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 contrat ». La Cour a en effet assimilé les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle, leur faisant bénéficier du même type d'immunité que celle des agents d'exécution, consacrée pour la première fois par un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973<sup>12</sup>.

L'arrêt ici annoté précise que cette quasi-immunité du dirigeant d'une société qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles<sup>13</sup> ne le protège plus si sa responsabilité est mise en cause par un créancier isolé dans le cadre de l'action en comblement de passif.

On savait déjà que cette quasi-immunité ne pouvait être opposée par les dirigeants de sociétés faillies :

- lorsque la faute commise constitue une infraction pénale, car 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 étranger au contrat<sup>14</sup> et sans nécessité d'une instance répressive préalable ;
- au curateur, car il est le représentant de la masse des créanciers et qu'il réclame dès lors un préjudice collectif et non celui de tel créancier individuel<sup>15</sup>,

11. Cass. (1<sup>re</sup> 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, note V. SIMONART, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5, note M. COIPEL.

12. *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.

13. La société, pas le dirigeant !

14. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 1<sup>er</sup> juin 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 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<sup>re</sup> ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 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 une 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 586, p. 258 ; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 273 ; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE ; Jugement interlocutoire : Comm. Mons (3<sup>e</sup> ch.), n° A/01/161, 26 juin 2002, *DAOR*, 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, *N.J.W.*, 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.

15. Voir en ce sens Liège (7<sup>e</sup> 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.

- au créancier extra-contractuel, et notamment tout tiers institutionnel dans le cadre des obligations sociales et fiscales de la société, car il n'est pas lié par un contrat avec la société, contrat dont l'inexécution ou la mauvaise exécution lui causerait un préjudice<sup>16</sup>,
- au créancier précontractuel pour les fautes commises au cours des négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat<sup>17</sup>.

On ajoute désormais une précision quant au créancier contractuel, qui peut échapper à la quasi-immunité des dirigeants de sociétés s'il agit dans le contexte d'une action en comblement de passif fondée sur l'article XX.225. § 1<sup>er</sup> du Code de droit économique sans que le curateur de faillite ne lui emboîte le pas.

16. Voir par exemple Anvers (6<sup>e</sup> ch.), 19 avril 2005, *N.J.W.*, 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.
17. Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2005, C.03.0105.F, en cause D.S. et D.N. contre M.A., P.G. et la société de droit luxembourgeois COFIGEST, sur conclusions contraires du premier avocat général J.F. LECLERCQ ; ces fautes engagent leur responsabilité aquilienne qui coexiste avec celle de la société. Sur les commentaires qu'a suscités cet arrêt du 20 juin 2005 de la Cour de cassation, on renvoie le lecteur intéressé à :
  - BIHAIN, L., « Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe, en faveur des organes de sociétés », in *J.T.*, 2006, pp. 421 à 427.
  - COIBION, A., « Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants : retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe », *R.D.C.*, 2006, pp. 421 à 425.
  - DE CORDT, Y., « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de société », in *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 194 à 242.
  - DELVAUX, M.A., « Une saga passionnante : la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale », *J.D.S.C.*, 2006, n° 726, p. 90.
  - DIEUX, X., « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », in *Rev. not. belge*, 2006, pp. 258 à 282.

370. **La responsabilité des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**  
 480. **L'absence ou le retard dans la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale – l'absence ou le retard dans le dépôt des comptes annuels à la BNB**

**N° 1420. – Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 28 septembre 2018<sup>1</sup>**

**Présentation :** Cet arrêt retient notre attention dans ses deux volets, chaque fois par l'examen du lien causal, absent *in specie*.

D'abord, le lien causal entre l'absence de présentation à l'AG puis de dépôt à la BNB des comptes annuels et le préjudice des tiers impayés : les créanciers « obligés » (fisc, INASTI, etc.) de la société faillie ne sont jamais préjudiciés par cette absence puisque, contrairement aux créanciers « libres », ils ne pourraient mettre un terme à leur relation avec la société s'ils découvraient des informations comptables désagréables dans les éléments publiés.

Ensuite, le lien causal entre la faute grave et caractérisée et la faillite. Dans le cadre de l'application de l'article 530 du Code des sociétés devenu l'article XX.225., § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique<sup>2</sup>, la faute reprochée au dirigeant ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait *contribué*, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause. Si la faute grave et caractérisée n'a pas contribué à l'apparition du passif ou à la non-réalisation ou à la perte d'actifs, elle ne peut engager la responsabilité du dirigeant dans le cadre de l'action en comblement de passif.

**Sommaire :** La présomption de l'article 92<sup>3</sup> du Code des sociétés n'est pas irréfragable. Le recours en responsabilité sera rejeté si le dirigeant apporte la preuve qu'il n'existe aucun lien causal entre la faute qui lui est reprochée et le préjudice dont le tiers demande réparation.

La *ratio legis* des articles 92 et 98<sup>4</sup> du Code des sociétés est de permettre aux personnes susceptibles d'entrer en relation d'affaires avec une société de prendre connaissance de sa situation comptable récente, en vue d'être suffisamment informées sur sa solvabilité.

À l'inverse, les créanciers obligés de la société faillie (tels que l'administration fiscale, l'INASTI, et la Région de Bruxelles-Capitale en l'espèce) n'ont pas la faculté de mettre un terme à leur relation avec leurs débiteurs après avoir pris connaissance de sa situation comptable, contrairement aux autres contractants.

La taxation d'office dont a fait l'objet la société faillie fait suite au non-dépôt par cette dernière de déclarations fiscales. Elle est en revanche sans lien avec le non-dépôt des comptes annuels ; si cette absence de comptes empêche le contrôle par le fisc de l'évolution de passif et de l'actif d'une société, elle

1420.- 1. Cette décision a été publiée dans *J.T.*, n° 6751, n° 39/2018, p. 895.

2. On rappelle que l'art. 530 du Code des sociétés a été abrogé par la 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<sup>er</sup> du Code de droit économique.

3. Art. 3:1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, CSA.

4. Art. 3:10 du CSA.

est sans conséquence sur leurs montants respectifs. Le non-dépôt des comptes est également sans lien causal avec la créance de la Région de Bruxelles-Capitale qui est due en raison de droits qu'elle détenait sur un immeuble situé dans cette Région.

Ne constitue pas une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société gérée le fait, pour ses dirigeants, de s'être délibérément abstenus de déposer les comptes annuels pour divers exercices successifs, préférant la faillite à une liquidation volontaire à leurs frais, lorsque les conditions de cette faillite étaient déjà réunies avant cette abstention, la société accusant déjà une grave perte.

*Parties :* C. et M./Me A. Van Damme *qualitate qua* faillite SA L.

(...)

#### IV. Discussion.

M. C. et Mme M. sollicitent la réformation du jugement qui les a condamnés au paiement du passif social de la SA L. en faillite, à l'exception de la dette Inasti. Cette condamnation se fonde sur les articles 92 et 98 du Code des sociétés ; le jugement entrepris retient également l'existence d'une faute grave et la violation de l'article 530 du Code des sociétés, autre disposition invoquée par M<sup>e</sup> Van Damme *qq* à l'appui de sa demande, mais constate que cette faute ne peut être de nature à justifier une condamnation plus étendue, la dette Inasti étant née antérieurement.

Il est établi que :

- la SA L., dont l'objet social est le commerce de vins, spiritueux et de produits alimentaires, est constituée le (...) par M. C. et Mme M. ;
- M. C. et Mme M. sont désignés administrateurs statutaires pour une durée illimitée ;
- la SA L. a déposé des comptes pour l'année 2002 et y affichait une perte de 15.492 EUR ; elle n'a plus déposé de comptes par la suite ;
- l'établissement de la SA L. a été fermé en 2002 et n'a plus eu aucune activité ;
- la SA L. est déclarée en faillite le 26 juin 2011 ;
- le passif se compose d'une créance Inasti (4.156,44 EUR), d'un impôt des sociétés (47.298,21 EUR) et d'une taxe de la Région de Bruxelles-Capitale (489,50 EUR).

#### *a) Sur les articles 92 et 98 du Code des sociétés.*

5. L'article 92, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés prévoit que les comptes annuels doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice. L'article 98 du même code dispose que les comptes annuels doivent être déposés à la Banque nationale de Belgique dans les trente jours de leur approbation et au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice. À défaut pour les administrateurs ou gérants de respecter l'une ou l'autre de ces obligations « le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission ». Les obligations visées par ces dispositions sont à charge des « administrateurs et gérants ».

La présomption de l'article 92 du Code des sociétés est réfragable. Le recours en responsabilité sera rejeté si le dirigeant apporte la preuve qu'il n'existe aucun lien causal entre la faute qui lui est reprochée et le préjudice dont le tiers demande réparation.

Les derniers comptes annuels de la SA L. déposés sont ceux arrêtés au 31 décembre 2002.

M.C. et Mme M. exposent avoir constitué la société en vue d'exploiter un *Wine bar*. Cette activité n'a toutefois jamais commencé : l'établissement n'a jamais été ouvert et la société est devenue « dormante » en 2002. Ils ne contestent pas avoir été négligents dans la mesure où ils n'ont pas déposé de comptes annuels lors de la période d'« inactivité » de la société faillie.

Ils font toutefois valoir que la *ratio legis* des articles 92 et 98 du Code des sociétés de permettre aux personnes susceptibles d'entrer en relation d'affaire avec une société, de prendre connaissance de sa situation comptable récente, en vue d'être suffisamment informées sur sa solvabilité. À l'inverse, les créanciers obligés de la société faillie (tels que l'administration fiscale, l'Inasti, et la Région de Bruxelles-Capitale en l'espèce, qui étaient les seuls créanciers de la société) n'ont pas la faculté de mettre un terme à leur relation avec leurs débiteurs après avoir pris connaissance de sa situation comptable, contrairement aux autres contractants.

Le jugement entrepris a retenu cette analyse pour la dette Inasti, née antérieurement à la publication des comptes de 2008. Le curateur ne forme pas d'appel incident à cet égard.

Outre la dette Inasti, le passif de la société faillie se compose de taxations d'office pour les exercices 2008, 2009 et 2010 (pour un montant total de 47.298,21 EUR) et d'une taxe de la Région Bruxelles-Capitale pour l'année 2010-2011 (de 625 EUR).

La taxation d'office dont a fait l'objet la société faillie fait suite au non-dépôt par cette dernière de déclarations fiscales. Elle est en revanche sans lien avec le non-dépôt des comptes annuels ; si cette absence de comptes empêche le contrôle par le fisc de l'évolution de passif et de l'actif d'une société, elle est sans conséquence sur leurs montants respectifs. Le non-dépôt des comptes est également sans lien causal avec la créance de la Région de Bruxelles-Capitale qui est due en raison de droits qu'elle détenait sur un immeuble situé dans cette Région.

#### *b) Sur l'article 530 du Code des sociétés.*

En vertu de l'article 530, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés « en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif ».

La faute grave est celle qu'un dirigeant raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et qui heurte les règles essentielles de la vie en société. La faute caractérisée est celle qui apparaît comme gravement fautive aux yeux de tout homme raisonnable : l'auteur était conscient, ou devait l'être, qu'elle contribuerait à la faillite de la société (M.A. DELVAUX, « Commentaire de l'article 530 du Code des sociétés », C.S.C.S., Kluwer 2013, p. 153, n° 6 ; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 265 et s.).

La loi exige par ailleurs que la faute grave et caractérisée ait « contribué à la faillite ». « Cette expression indique qu'il faut un lien entre la faute et la faillite, mais révèle qu'il n'est pas nécessaire que la faute soit l'unique cause de la faillite. Le juge ne doit pas se borner à rechercher si la faute a été la cause décisive de la faillite, mais peut se contenter de constater que la faute est une des causes de la faillite, sans qu'elle n'en soit nécessairement la cause immédiate. C'est l'application en cette matière de la théorie de l'équivalence des causes. La faute doit être prouvée par le demandeur. Le demandeur, par contre, ne devra pas prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif. (...) Le dirigeant est présumé responsable de l'ensemble de l'insuffisance d'actif (...) » (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer 2010-2011, n° 4.1.2.8.).

Le curateur fait valoir que M.C. et Mme M. se sont délibérément abstenus de déposer des déclarations pour les exercices 2008, 2009 et 2010, préférant la faillite à une liquidation volontaire à leurs frais. Il en déduit l'existence d'une faute grave et caractérisée dans leur chef.

Ce manquement n'a toutefois pas contribué à la faillite, les conditions de celle-ci étant vraisemblablement déjà réunies dès 2002, la société accusant alors une perte de 15.492 EUR.

Le jugement entrepris est dès lors réformé.

### OBSERVATIONS

#### Un lien causal strict entre le manquement allégué et le dommage, ou une 'simple' contribution au dommage

Deux chefs de responsabilité étaient envisagés dans cette espèce.

Tout d'abord, on rappelle qu'il incombe aux dirigeants d'établir annuellement les comptes annuels de la société qu'ils gèrent<sup>5</sup>, et l'assemblée générale ordinaire annuelle doit délibérer sur ceux-ci<sup>6</sup>. Cependant, très souvent, ces comptes sont présentés avec retard.

Pour pallier cette carence, et même la sanctionner, la loi prévoit qu'en cas de présentation tardive (*plus de six mois après la clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de présentation<sup>7</sup> des comptes annuels à l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers est *présumé* résulter de ce retard<sup>8,9</sup>.

5. Art. 92 du Code des sociétés devenu article 3:1 du CSA.

6. Art. 282 et 284 (SPRL), 411 (SCRL) et 552 et 554 (SA) du Code des sociétés. À noter que, pour les SCRL, le Code des sociétés n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale. Désormais, c'est l'article 3:1 du CSA qui définit les obligations relatives aux comptes annuels pour toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique, SC comprises, évidemment.

7. Cette hypothèse, non visée par le texte légal, mais qui entre *a fortiori* dans celle de la présentation tardive, est fréquente dans les sociétés « dormantes » ou « moribondes ».

8. Art. 92, § 1<sup>er</sup>, al. 3, du Code des sociétés devenu art. 3:1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, CSA.

9. À noter que des sanctions financières sont également mises à charge de la société qui publie tardivement ses comptes annuels. La loi-programme du 27 décembre 2005 (*M.B.*, 30 décembre 2005, 2<sup>e</sup> éd., pp. 57.317 et 57.318) avait complété l'article 101 du Code des sociétés en prévoyant que les sociétés négligentes contribuent aux frais exposés par les autorités fédérales de surveillance en vue de dépister et de contrôler les entreprises en difficultés et en remplaçant le système d'amendes administratives antérieur par un système de tarification variable suivant l'importance du retard du dépôt (400, 600 ou 1.200 EUR suivant que les comptes sont déposés durant le 9<sup>e</sup>, les 10 ou 11<sup>èmes</sup> ou à partir du 13<sup>e</sup> mois suivant la clôture de l'exercice comptable ; ces montants sont toutefois ramenés à respectivement 120, 180 et 360 EUR pour les petites sociétés qui font usage de la faculté de publier leurs comptes annuels selon le schéma abrégé). C'est devenu l'art. 3:13, al. 3, CSA.

Toutefois, les dirigeants peuvent échapper à cette responsabilité en apportant la preuve que, en cas de dommage subi par un tiers, il n'existe aucun lien de causalité entre leur présentation tardive des comptes annuels et le préjudice du tiers concerné<sup>10</sup>.

Une fois approuvés, les comptes annuels doivent être déposés par les soins des dirigeants à la Banque Nationale de Belgique<sup>11</sup>.

À nouveau, pour sanctionner cette carence, la loi prévoit qu'en cas de dépôt tardif (*plus de trente jours après leur approbation et/ou plus de sept mois après la date de clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de dépôt<sup>12</sup> des comptes, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de ce retard<sup>13</sup>, cette présomption étant réfragable dans les mêmes conditions que ci-dessus.

À noter que le dépôt de comptes annuels *inexact*s, reprenant des opérations incorrectes, ne s'identifie pas à l'absence de dépôt des comptes annuels et ne peut dès lors bénéficier de la présomption de responsabilité instituée à l'article 92, § 1, alinéa 3 du Code des sociétés. Le créancier qui souhaiterait engager la responsabilité des dirigeants pour ces erreurs dans les comptes annuels doit dès lors prouver le lien causal entre ces erreurs et le dommage qu'il subit, à savoir le fait de ne pas être payé<sup>14</sup>.

Relativement au renversement de la présomption de lien causal, dans un jugement du 12 juin 2003 portant sur la réclamation par l'État belge du paiement par le gérant de divers impôts et amendes<sup>15</sup>, le Tribunal civil de Liège constate que l'omission de déposer les comptes annuels de 1993 à 1997 n'a pas pu avoir de conséquences sur l'établissement ou le recouvrement de la dette d'impôt au motif que l'État disposait de toutes les informations utiles (« le receveur pouvait disposer des déclarations d'impôt des années ultérieures et (...) le délai accordé pour le dépôt des comptes annuels est équivalent à celui accordé pour le dépôt des déclarations fiscales ») ; par contre, en ce qui concerne l'omission de déposer les comptes annuels et la déclaration d'impôts de 1998, le gérant est responsable du dommage causé et donc de l'éventuelle dette d'impôt qui résulterait de sa faute, mais la seule réclamation formulée par l'État pour cet exercice étant, dans l'espèce tranchée, une amende administrative pour non-dépôt d'une déclaration fiscale, cette amende constituant une sanction ne peut être considérée comme faisant partie du préjudice subi par l'État. On note dès lors que le Tribunal civil de Liège ouvre une porte au dommage subi par le Trésor en cas de non-respect des articles 92 et 98 du Code des sociétés, mais qu'elle n'a pu être activée dans l'espèce tranchée. Par contre, dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel de Bruxelles part de la *ratio legis* des articles 92 et 98 du

10. Pour une illustration du renversement de la présomption, voir Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, liv. 4, p. 183, *J.D.S.C.*, 2011, à paraître.

11. Art. 98, al. 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés devenu l'art. 3:10, al. 1<sup>er</sup>, CSA.

12. Cette hypothèse, non visée par le texte légal, mais qui entre *a fortiori* dans celle du dépôt tardif, est fréquente dans les sociétés « dormantes » ou « moribondes ».

13. Art. 98, al. 3, du Code des sociétés devenu l'article 3:10, al. 3, CSA.

14. Dans une espèce tranchée par la Cour d'appel d'Anvers (Anvers, 18 mai 2006, *N.J.W.*, 2007, liv. 157, p. 177, note S. DE RAEDT ; *J.D.S.C.*, 2007, n° 779, p. 78 et note M.A. DELVAUX intitulée « Quand l'État tente de récupérer l'impôt dû par une société directement auprès de ses administrateurs... »), l'État belge ne prouve pas ce lien causal : les prétendues erreurs dans les comptes annuels se rapportent à des exercices antérieurs à ceux des impôts impayés et, si elles n'avaient pas été commises, il n'y aurait pas eu de base imposable à l'impôt des sociétés pour les exercices d'impositions concernés. La Cour considère dès lors que les erreurs dans les comptes annuels ne sont ni la source des impôts impayés, ni la cause de leur absence de paiement. Elle réfute également à bon droit l'existence d'un quelconque lien causal entre l'absence de déclaration fiscale et le non-paiement des impôts relatifs à des exercices antérieurs.

15. Civ. Liège (19<sup>e</sup> ch.) 12 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 6, 248, *R.D.C.*, 2005, liv. 4, 423 et note D. HAEX, *J.D.S.C.*, 2005, n° 670, p. 195 et obs. M.A. DELVAUX ; notons que l'État belge avait interjeté appel de cette décision, mais que la Cour d'appel de Liège a déclaré l'appel irrecevable par arrêt de la 9<sup>e</sup> chambre du 30 juin 2004 (R.G. 2004/488) au motif qu'il était tardif.

Code des sociétés (« permettre aux personnes susceptibles d'entrer en relation d'affaires avec une société de prendre connaissance de sa situation comptable récente, en vue d'être suffisamment informées sur sa solvabilité ») pour considérer que les créanciers « obligés » d'une société faillie ne peuvent engager la responsabilité présumée des dirigeants ayant méconnu les articles 92 et 98 du Code des sociétés puisqu'ils n'ont pas la liberté de mettre un terme à leur relation avec la société après analyse de ses documents comptables : dès lors, qu'ils soient ou non publiés changerait quoi à leur préjudice ?

On apprécie que la juridiction saisie s'interroge très précisément sur le lien causal entre la faute et le préjudice allégué.

Plus casuistique, dans un jugement du 5 octobre 2006<sup>16</sup>, le Tribunal de commerce de Nivelles a constaté qu'il n'apparaissait aucun lien de causalité entre le non-paiement des factures du créancier de la société faillie et l'absence ou le retard de dépôt des comptes annuels. Pour une année, les livraisons dont le créancier isolé réclame le paiement ont commencé après le dépôt tardif ; pour l'année suivante, les comptes annuels qui n'ont jamais été déposés auraient permis de constater que la situation financière de la société débitrice s'améliorait, ce qui exclut tout lien de causalité entre le dommage allégué par le créancier isolé et l'absence de publication ; pour la dernière année, l'absence de dépôt n'a pu causer de dommage au créancier isolé dont les livraisons ont été arrêtées *avant* que lesdits comptes ne doivent légalement être déposés.

Le second chef de responsabilité envisagé par le curateur dans l'espèce commentée était la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (art. 530 du Code des sociétés devenu l'article XX.225., § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique). Le lien causal entre la faute et la faillite est apprécié plus souplesment puisqu'il suffit que la faute ait *contribué*<sup>17</sup> à la faillite, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause<sup>18</sup>. Si la faute grave et caractérisée n'a pas contribué à l'apparition du passif ou à la non-réalisation ou à la perte d'actifs, elle ne peut engager la responsabilité du dirigeant dans le cadre de l'action en comblement de passif.

Le second paragraphe ajouté à l'article 530 du Code des sociétés par la loi-programme du 20 juillet 2006 en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'O.N.S.S. et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou si, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils 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 use d'une formulation distincte : il parle d'une faute grave qui est « à la base de la faillite ». Ce choix de termes distincts implique-t-il un lien causal plus strict que la simple *contribution* de la faute à la faillite, prévue au § 1<sup>er</sup> du même article ? Il nous semble qu'une réponse affirmative s'impose : relativement aux dettes sociales (cotisations sociales et suppléments dus), ce n'est pas n'importe quelle faute présentant un lien causal, fût-il ténu, qui peut être fondatrice de responsabilité pour les dirigeants à l'égard de l'O.N.S.S. et du curateur, mais la faute qui a été *prépondérante* dans la survenance de la faillite.

16. Comm. Nivelles, 5 octobre 2006, *J.D.S.C.* 2007, n° 786, p. 114 et note M.A. DELVAUX intitulée « La tentative d'un créancier isolé d'engager la responsabilité des dirigeants d'une SA en cours de faillite ».

17. Une faute grave et caractérisée qui n'a pas contribué à l'apparition du passif ou à la non-réalisation ou à la perte d'actifs ne conduit dès lors pas à la responsabilité sur la base de l'article 530 du Code des sociétés ; pour une application, voir Gand (7<sup>e</sup> ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, p. 480, *J.D.S.C.*, 2007, n° 785, p. 107 et obs. M.A. DELVAUX où la Cour doit constater que l'inactivité des administrateurs pendant la période litigieuse était bel et bien fautive, mais que, durant cette période, aucune nouvelle dette n'a vu le jour, toutes les créances au passif de la faillite existant déjà précédemment.

18. Voir par exemple Gand, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 976 ; voir A. BENOÎT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *Act. Dr.*, 1991, p. 110.

#### 440. Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net

N° 1421. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 mai 2018<sup>1</sup>

*Présentation :* En ce qui concerne la procédure de sonnette d'alarme, l'article 332 du Code des sociétés<sup>2</sup> crée dans le chef des dirigeants une obligation de réunir une AG lorsqu'une perte grave de l'actif net (1/2 puis 3/4 de celui-ci) « a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires ». Oui, mais... à quel moment les dirigeants doivent-ils constater pareil déficit *en vertu des obligations légales ou statutaires* ? Doivent-ils s'y plonger quotidiennement, de manière hebdomadaire ou mensuelle, lorsqu'un élément « déclencheur » est de nature à les interpeler, ou... uniquement une fois par an, au moment de l'établissement des comptes annuels ?

La Cour casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait considéré que le dirigeant ne pouvait être tenu responsable pour défaut de convocation d'une assemblée générale dans un contexte de perte grave de l'actif net dans la mesure où il avait cédé ses parts avant la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale<sup>3</sup>. Il ne suffit dès lors pas, pour échapper à sa responsabilité présumée, de prouver que les comptes annuels n'avaient pas encore été établis ni présentés à l'assemblée générale ; c'est une appréciation au cas par cas qui doit être opérée par le Tribunal saisi d'une action en responsabilité, en vue de vérifier si oui ou non, dans telle situation particulière présentée à lui, les dirigeants auraient dû constater à tel moment précis qu'il y avait une perte grave de l'actif net, ce moment ne s'identifiant pas nécessairement au jour où les comptes annuels sont « mis à plat » dans le respect de l'article 92<sup>4</sup> du Code des sociétés.

Voir également :

- l'évocation de cet arrêt par Gabriela de PIERPONT ci-dessous, au n° 1423, dans la partie consacrée aux modifications du capital dans les SA, SPRL et SCRL ;
- sur cette procédure de la « sonnette d'alarme », l'arrêt du 4 mai 2018 de la Cour de cassation publié ci-avant sous le n° 1411, ainsi que deux jugements distincts du 4 septembre 2018 du Tribunal de l'Entreprise de Liège, division Namur, publiés ci-avant sous les n°s 1412 et 1417, ainsi que nos observations qui les suivent.

1421.- 1. Cet arrêt porte le numéro de RG C.17.0290.N et est disponible sur le site de la Cour à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be) et dans *D.A.O.R.* 2018, liv. 4, p. 150 avec une note de L. DEFUSTER et L. NYSEN.

2. Devenu l'article 5:153 du CSA.

3. Nous supposons que le dirigeant mis en cause avait effectivement démissionné de sa mission de gérant et que cette démission avait été adéquatement publiée aux annexes du *Moniteur belge*, car c'est en sa qualité de gérant que sa responsabilité était poursuivie, et la fin de sa mission n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication aux annexes du *Moniteur belge* (art. 76 du Code des sociétés devenu l'art. 2:18CSA).

4. Art. 3:1, § 1<sup>er</sup>, al. 3, CSA.

*Sommaire :* Conformément à l'article 332 du Code des sociétés, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit, sous réserve de dispositions statutaires plus strictes, être réunie dans un délai maximum de 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 et de statuer sur la dissolution éventuelle de la société. Les gérants doivent convoquer l'assemblée générale dès qu'il est établi ou aurait dû être établi que l'actif net est descendu en dessous desdits seuils, même si les comptes annuels n'ont pas encore été établis ou approuvés.

*Parties :* T.B./J.H.

(...)

### III. La décision de la cour

#### Appréciation

#### Troisième branche

1. Conformément à l'article 332 Code des sociétés si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit 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.

De même, les gérants doivent convoquer l'assemblée générale dès qu'il est constaté ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales et statutaires que l'actif net est réduit du fait de la perte en deçà des seuils visés. Ils en sont le cas échéant tenus même dans l'hypothèse où les comptes annuels n'ont pas encore été établis ou approuvés.

2. Les juges d'appel constatent que les comptes annuels de 2008, qui laissaient apparaître que l'actif net était tombé sous le seuil, n'avaient pas encore été établis en novembre-décembre 2008 et qu'ils n'avaient été approuvés qu'au cours de l'assemblée générale du 25 mars 2009.

En décidant sur cette base qu'il ne peut être reproché au défendeur, qui a cédé ses parts en mars 2009, d'avoir méconnu l'article 332 Code des sociétés, les juges d'appels ne justifient pas légalement leur décision.

La branche est fondée.

(...)

Par ces motifs,

La Cour,

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant que statuant sur la demande contre le défendeur en sa qualité de représentant permanent de EHC.

(...)