

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:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2013, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 119-187.

General rights

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

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

Take down policy

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

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

GUJE, 2^e édition – Livre 24.3, 24bis.3 et 24ter.3
DSC, 4^e édition – Livre 12

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

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

- 040. **Faute commune et faute concurrente des dirigeants**
- 367. **La responsabilité à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**
- 370. **La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

N° 1088. – Gand (7^e ch.), 14 novembre 2011¹

Présentation: Cet arrêt retient notre attention à deux égards.
 D'une part, relativement à l'introduction d'une action en comblement de passif par un créancier isolé, l'arrêt précise que cette possibilité introduite par la loi du 2 août 2002 existe dès l'entrée en vigueur de cette loi, et qu'elle peut donc également concerner des faits antérieurs à son entrée en vigueur; l'arrêt rappelle aussi que l'action en comblement de passif introduite par le créancier isolé est subsidiaire à l'action du curateur et ne peut intervenir qu'en cas de carence de ce dernier.
 D'autre part, quant à la notion de faute grave et caractérisée, l'arrêt souligne que ne répond pas à cette définition le seul fait, pour des dirigeants de société, d'avoir omis de prendre les mesures structurelles indispensables au moment où ils auraient dû se rendre compte de la nécessité de celles-ci. On verra cependant que d'autres faits imputés aux dirigeants peuvent, en l'espèce, être qualifiés de fautes graves et caractérisées de sorte que leur responsabilité sera engagée, tant dans le cadre de l'action en comblement de passif que sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Sommaire: Dans le cadre de l'examen d'une action en comblement de passif concernant les administrateurs de quatre sociétés différentes, déclarées en faillite sans jonction des masses, une éventuelle irrégularité dans une de ces sociétés n'entraîne pas automatiquement une irrégularité dans les autres.
 L'octroi ou non d'une décharge par l'assemblée générale est sans incidence sur la responsabilité des administrateurs de société à l'égard des tiers.
 L'article 530, § 1, alinéa 2, du Code des sociétés, inséré par l'article 36 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002, en vertu duquel l'action en comblement de passif est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés, est applicable aux demandes en cours qui n'ont pas encore été jugées, ceci par application de l'article 3 du Code judiciaire.
 L'action en comblement de passif, en tant qu'elle est intentée par des créanciers, présente un caractère subsidiaire par rapport à l'action du curateur et suppose que celui-ci soit resté inactif.

1088.-1. Cette décision a été publiée dans *Rev. prat. soc.*, 2012, liv. 1, p. 89, note W. DERIJCKE intitulée «*L'action en comblement de passif: quand l'hypotypose masque la brachylogie*». Pour éviter au lecteur de jeter un regard rapide dans un dictionnaire, précisons que l'hypotypose vient d'un mot grec signifiant «ébauche, modèle» et est une figure de style consistant à décrire une scène de façon réaliste, frappante et animée (on note comme synonymes: allégorique, cliché, description) tandis que la brachylogie revient à employer une expression elliptique ou comparativement courte (on note comme synonymes: brièveté, concision, densité, ellipse, laconisme, sobriété).

Le seul fait pour les administrateurs d'une société en difficulté de n'avoir pas pris les mesures structurelles indispensables au moment où ils auraient dû se rendre compte de la nécessité de celles-ci, ne constitue pas, dans leur chef, une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite au sens de l'article 530, § 1, alinéa 1, du Code des sociétés.

Les administrateurs d'une société anonyme engagent leur responsabilité à l'égard des tiers, sur le fondement des articles 527 du Code des sociétés et 1382 et 1383 du Code civil, lorsqu'ils poursuivent de façon totalement injustifiée et injustifiable les activités commerciales de la société en difficulté en provoquant un passif supplémentaire.

Lorsque ces administrateurs ont commis ensemble les mêmes fautes dans un lien causal indivisible avec le même préjudice, le juge les condamne in *solidum*.

Parties: B. et M. VERHAEGHE c. VANDENBULCKE et OLIVIER BETON SA, M. W. ROELENS, DOUTRELOIGNE SA, DD MIX SA, ASWEBO SA et E. DUBUSSCHERE et J. VANSUYT, q.q. SA VERHAEGHE CONSTRUCT, SA MANAGEMENT VERHAEGHE, SA IMCOMAN et SPRL VERVOER VERHAEGHE en faillite

(...)

I.

A.

Les contestations restantes concernent la question de la recevabilité et du fondement des actions en responsabilité que les intimés formulent à la charge des deux appelants.

(...)

B.

Par jugement du tribunal de commerce de Courtrai du 23 janvier 2004, celui-ci déclare les actions des créanciers individuels à la charge des appelants irrecevables, les actions de la curatelle recevables et désigne pour le surplus la SPRL POUSSELE & C° comme expert avec une mission étendue.

Dans un arrêt largement motivé du 27 janvier 2008, la cour de céans annule le jugement précité du 23 janvier 2004 en ce qu'il a déclaré irrecevable les actions des créanciers individuels.

Elle déclare les actions des créanciers individuels bel et bien admissibles et recevables.

Elle «confirme pour le surplus le jugement attaqué et renvoie la cause au premier juge, pour qu'il se prononce sur:

- le fondement des demandes que VANDENBULCKE et OLIVIER BETON SA, WILLEM ROELENS, D.D. MIX SA, ASWEBO SA et DOUTERLOIGNE SA ont introduites devant lui;
- le fondement des demandes que les curateurs des faillites VERHAEGHE CONSTRUCT SA, MANAGEMENT VERHAEGHE SA, IMCOMAN SA et VERVOER VERHAEGHE SPRL ont introduites devant lui; (...).

Il est d'emblée également établi que la cause est ici limitée à la question du fondement des demandes des divers intimés.

A tort, les deux appelants traitent encore, en ordre principal, dans leur demande en degré d'appel, de l'irrecevabilité des demandes des intimés.

(...)

III.

En ce qui concerne la décision du premier juge et les contestations dont il est question ici, il convient d'abord d'observer que le premier juge a rejeté comme infondée l'action à la charge du réviseur d'entreprises Karel VERHEYDEN.

Personne n'a attaqué cette décision.

Pour le surplus, il faut retenir ce qui suit.

Les demandes de tous les intimés à l'égard des deux appelants ont été déclarées recevables et fondées.

Ils sont condamnés «*solidairement, in solidum, du moins l'un à défaut de l'autre*» au paiement à:

- la curatelle de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT: des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 100.000,00 EUR;
- la curatelle de la SA VERHAEGHE MANAGEMENT: des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 100.000,00 EUR;
- la curatelle de la SA IMCOMAN: des dommages et intérêts à titre provisionnel de 1,00 EUR;
- la SA VANDENBULCKE EN OLIVIER BETON: 146.230,48 EUR (soit 5.898.923 FB), outre les intérêts judiciaires à compter de la citation;
- Monsieur Willem ROELENS: 59.492,25 EUR (soit 2.399.508 FB), outre les intérêts judiciaires à compter de la citation;
- la SA DOUTERLOIGNE: 8.761,55 EUR (soit 353.440 FB), outre les intérêts judiciaires à compter de la citation;
- la SA DD MIX: 100.479,50 EUR (soit 4.053.333 FB), outre les intérêts judiciaires à compter de la citation;
- la SA ASWEBO: 165.388,29 EUR (soit 6.671.747 FB), outre les intérêts judiciaires à compter de la citation.

En outre, le premier juge condamne Monsieur Marc VERHAEGHE au paiement à la curatelle de la faillite de la SPRL VERHAEGHE (VERVOER) de dommages et intérêts provisionnels pour un montant de 100.000,00 EUR.

Le premier juge donne également acte aux curateurs «*de leur réserve concernant la formulation de leur demande définitive après l'établissement définitif des actifs et passifs dans diverses faillites*».

Enfin, le premier juge condamne les deux appelants ainsi que la SA CREAYER alors déjà en état de faillite, à tous les dépens de l'instance, en ce compris les frais d'expertise qui ont été avancés par les curateurs – les demandeurs originaires sont condamnés aux dépens en ce qui concerne Monsieur Karel VERHEYDEN.

IV.

Les deux appelants sollicitent la réformation du jugement attaqué et le rejet de toutes les demandes formulées à leur charge au motif qu'elles sont irrecevables, et à tout le moins non fondées.

Tous les intimés sollicitent le rejet des appels, étant non fondés.

DISCUSSION

I.

On ne peut perdre de vue qu'il y a quatre faillites séparées, chacune avec son propre actif et son propre passif.

Ce n'est pas parce que les curateurs des quatre faillites sont les mêmes personnes et que les diverses sociétés ont les mêmes personnes comme administrateurs (sauf la SPRL VERVOER VERHAEGHE, qui a uniquement Monsieur Marc VERHAEGHE comme gérant), que ces faillites doivent d'emblée être «intellectuellement» jointes pour apprécier les éventuelles fautes que leurs administrateurs ou gérant ont commises.

Les masses des quatre faillites n'ont d'ailleurs pas été jointes par le juge de la faillite.

Il ressort également de l'expertise réalisée que les quatre sociétés tenaient chacune une comptabilité particulière et séparée.

Rien ne laisse apparaître à cet égard qu'aurait été tenue une comptabilité confuse ou créant la confusion entre les quatre sociétés.

II.

Dans le prolongement de ceci, il y a lieu de considérer ce qui suit en ce qui concerne la comptabilité de la SA MANAGEMENT VERHAEGHE.

L'expert judiciaire mentionne aux pages 7 et 8 que la créance que la SA MANAGEMENT VERHAEGHE possédait contre la société IMCOMAN ne pouvait être réalisée et qu'une «réduction de valeur appropriée» aurait déjà dû être comptabilisée depuis la clôture du bilan au 31 décembre 1994 dans les comptes de la SA MANAGEMENT VERHAEGHE.

Il ressortait du bilan de la SA IMCOMAN au 30 juin 1994 un actif net négatif de 53.597.530 FB (soit 1.328.648,06 EUR). A la date de la faillite des quatre sociétés (17 avril 1998), ce montant avait été ramené à 38.156.381 FB (soit 945.871,98 EUR) grâce à des glissements de résultats au sein du groupe (voir expertise, p. 8, *in fine*).

De toute façon, le bilan de la SA MANAGEMENT VERHAEGHE aurait dû enregistrer chaque année une diminution de valeur appropriée, ce qui n'a pas eu lieu et ce qui fait que la SA MANAGEMENT VERHAEGHE doit être considérée avoir eu une comptabilité irrégulière/non fidèle depuis le 31 décembre 1994.

Cette irrégularité (grave) n'a cependant pas automatiquement pour conséquence que tout le groupe doit également être considéré comme irrégulier et que les administrateurs n'auraient pas pu obtenir de décharge valable.

De ce qui suit, il résultera cependant que l'octroi ou non d'une décharge régulière est dénué de pertinence pour la suite de la discussion. La cour estime, en effet, les griefs des divers intimés fondés sur la base de l'article 530 du Code des sociétés et de l'article 527 du Code des sociétés en ce qui concerne les SA, et sur la base de l'article 265 du Code des sociétés en ce qui concerne la SPRL VERVOER VERHAEGHE.

Dès lors que les curateurs n'agissent pas ici pour les sociétés faillies, mais bien pour la masse des créanciers, partie tierce, de même que naturellement les divers créanciers individuels agissent également comme tiers, ils ne doivent pas se préoccuper, pour leur demande, d'une éventuelle décharge.

Il faut examiner l'éventuelle responsabilité des administrateurs ou du gérant dans chaque société spécifique.

Dans ce cadre, une éventuelle irrégularité dans une société ne conduit pas automatiquement à une irrégularité dans une autre société du groupe.

III.

SA VERHAEGHE CONSTRUCT

A.

L'article 530 du Code des sociétés (ancien article 63ter des lois coordonnées sur les sociétés) dispose en son paragraphe 1: «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.

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

Le nouvel alinéa 2 (article 36 de la loi du 4 septembre 2002) est applicable aux demandes en cours et ou non encore jugées, notamment en application de l'article 3 du Code judiciaire.

En tant que demandeur *qualitate qua* à la charge des deux appelants, les curateurs à la faillite de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT réclament un montant provisionnel de 100.000,00 EUR, tandis que tous les créanciers qui agissent ici individuellement demandent le paiement de montants qui correspondent à leur créance respective à la charge de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT, telle qu'admise au passif de la faillite de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT.

B.

Pour conclure à l'existence de fautes graves et caractérisées commise par les deux appelants en leur qualité d'administrateurs de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT, fautes qui ont contribué à la faillite de la société, la cour retient ce qui suit.

a.

Il ressort des comptes annuels au 31 décembre 1996 qu'est apparue dans le courant de 1996 une situation qui s'est poursuivie jusqu'à la faillite, dans laquelle la SA VERHAEGHE CONSTRUCT ne disposait pas des moyens suffisants «pour payer les dettes financières et de leasing à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année, sinon de payer le «fournisseur habituel»» (voir expertise judiciaire, p. 19, bas de la page).

Pour l'année calendrier/comptable 1996, il y avait un cash-flow de + 3.649.044 FB, tandis qu'il y avait un montant de 7.851.747 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un cash-flow/cash-drain de - 25.489.245 FB vis-à-vis duquel on trouvait 7.722.579 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1998, il y avait au 16 avril 1998 un cash-flow/cash-drain de - 3.577.754 FB vis-à-vis duquel on trouvait 6.783.768 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année (voir expertise judiciaire, p. 21).

Pour 1996, on notait déjà un déficit de 4.202.703 FB (soit 7.851.747 - 3.649.044) pour apurer les dettes à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un déficit hallucinant de 33.211.824 FB (soit 25.489.245 + 7.722.579) pour apurer les dettes de plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Il faut rappeler et souligner ici que ce qui précède a uniquement trait aux dépenses à prévoir, à savoir les dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année. Comme l'observe l'expert judiciaire, il faut, en outre, encore payer les «fournisseurs habituels».

Dans le courant de 1996, à tout le moins fin 1996, les appelants en tant qu'administrateurs normalement prudents, auraient dû se rendre compte de ce qu'une très rapide initiative structurelle s'imposait.

Le fait de n'avoir pas agi à ce moment est une négligence qui ne peut cependant être retenue comme une faute grave et caractérisée.

b.

La faute grave et caractérisée doit cependant être retenue lorsque, en outre, au même moment, les appelants en qualité d'administrateurs de la SA VERHAEGHE CONSTRUCT:

1.

- en 1997, ont vendu des actifs matériels pour un total de 3.833.795 FB, dont 125.000 FB à des tiers et 3.708.795 FB à des entreprises liées (expertise judiciaire, p. 12),
- de ce montant, n'ont pas réinvesti 3.231.795 FB (expertise judiciaire, p. 15), ce qui n'est pas acceptable dans une gestion normale d'entreprise qui poursuit la continuité;

2.

- sur un total de dettes (solde au 31 décembre 1997 + 1998) à des entreprises liées pour un montant de 29.407.5547 FB, il n'est finalement resté à la date de la faillite que 469.702 FB (soit 1,60 %),
- tandis que sur un total de dettes (solde au 31 décembre 1997 + 1998) à des entreprises tierces pour un montant de 35.007.879 FB, il restait encore à la date de la faillite 22.072.150 FB (soit 63,05 %), ce qui est totalement incompréhensible et inacceptable dans le cadre d'une gestion normale d'entreprise qui poursuit la continuité.

Dans la mesure où les administrateurs souhaitent prétendre qu'avec la SA VERHAEGHE CONSTRUCT, ils ne poursuivaient pas la continuité, mais bien la discontinuité, ils auraient alors, en qualité d'administrateurs normaux, dû s'arrêter début 1997 et de toute façon ne pas créer de dettes supplémentaires auprès des créanciers ordinaires.

Dans ce contexte, est significatif le relevé que fournissent les trois premiers intimés (conclusions déposées le 1^{er} avril 2011, pp. 22 *et sq.*) de la constitution chronologique et de l'évolution chiffrée de leurs créances respectives de même que de celles de la SA DD MIX et la SA ASWEDO:

(...)

c.

Ou bien les administrateurs poursuivaient la continuité, auquel cas on aurait dû poursuivre les investissements et la restructuration pour faire en sorte qu'ait lieu ce qui devait être impérativement recherché, à savoir créer immédiatement un cash-flow suffisant pour payer normalement non seulement les dettes financières à prévoir, mais également les autres fournisseurs ordinaires.

Ou bien les administrateurs poursuivaient la discontinuité, auquel cas il aurait fallu commencer une liquidation (à tout le moins volontaire) début 1997, sans ajouter une grande quantité de nouveaux créanciers.

Les administrateurs n'ont pas exécuté, ni même entamé l'une ou l'autre de ces démarches.

A partir de début 1997, ils ont poursuivi et exécuté un scénario de liquidation qui, de façon ultime, était orienté vers une faillite sur le dos des tiers créanciers.

La cour retient dans le chef des appelants en leur qualité d'administrateurs une attitude totalement indécente tant d'un point de vue social que d'un point de vue purement commercial.

La comparaison tant de l'ensemble que de la composition du passif tel qu'il ressort du procès-verbal de vérification (voir pièce n° 10, dossier curatelle) avec le montant des

créances récentes (1997-1998), des créanciers individuels ici présents confirme la conclusion qui précède.

C.

La cour d'appel considère que les faits et voies de fait précités constituent ensemble une faute grave et caractérisée commise par les appelants.

Ce qu'ont fait les appelants, étant entendu que c'est principalement au vu de la chronologie que la cour conclut à l'existence d'un dol et donc de mauvaise foi dans le chef des appelants, a très lourdement contribué à la faillite d'une part par la nature même de ce dol et d'autre part par les faits en tant que tels.

D.

Les curateurs réclament sur le fondement de l'article 530 du Code des sociétés des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 100.000,00 EUR.

Compte tenu du rapport entre ce qui était alors le passif (qui semble avoir subi peu de changements), à savoir 670.574,52 EUR (soit 27.050.909 FB) par rapport au passif accepté, à savoir 3.600.654,60 EUR (soit 145.237.945 FB) (voir les conclusions pour la curatelle, déposées le 11 mai 2010, p. 26) et compte tenu de ce qui est attribué aux créanciers individuels, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil), la provision de 100.000,00 EUR qui est réclamée par la curatelle doit être considérée comme très équitable et justifiée.

En application de l'article 530 du Code des sociétés, la condamnation à la charge des appelants est prononcée à titre solidaire.

E.

a.

Dans la mesure où les curateurs agissent sur le fondement de l'article 530 du Code des sociétés à la charge des appelants en réparation du dommage collectif et que l'action individuelle pour la part dans le dommage collectif constitue une demande subsidiaire (dans la mesure où le curateur ne bouge pas) – cf. cass., 10 décembre 2008, R.G. n° P.08.0939.F, Pas., 2008, n° 714, p. 2.907, conclusion de M. l'avocat général D., VANDERMEERSCH; voir aussi J., VANANROYE, «Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting», note sous cass., 4 février 2011, R.W., 2011-2012, n° 7, pp. 370 *et sq.*, plus particulièrement p. 373, paragraphe n° 4 – les créanciers individuels ne peuvent pas se prévaloir vis-à-vis des appelants de l'article 530 du Code des sociétés.

Les curateurs ne sont, en effet, pas restés inactifs.

b.

Les créanciers individuels peuvent cependant formuler leur demande individuelle à la charge des administrateurs pour leur préjudice concret en relation causale avec une ou plusieurs fautes concrètes commises par ces administrateurs.

A cet effet, ils peuvent se prévaloir avec profit de l'article 527 du Code des sociétés: «*Les administrateurs (...) sont responsables conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.*»

Les articles 1382 et 1383 du Code civil relèvent du droit commun.

c.

Il a été établi ci-dessus que les deux administrateurs, les deux appelants, ont intentionnellement poursuivi une stratégie de faillite, adoptant à cet égard (au moins) depuis le début 1997 une attitude que n'aurait jamais adoptée un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Il a également été établi ci-dessus que les créances pour lesquelles les divers créanciers qui agissent ici individuellement formulent une demande, datent au plus tôt de mars 1997.

Si les appelants avaient fait ce qu'ils avaient à faire en qualité d'administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances, il n'y aurait jamais eu de création de nouvelles dettes telles que celles qui sont concrètement nées en l'espèce à l'égard de tous les créanciers individuels ici présents.

Le lien causal avec le dommage tel que réclamé par eux est établi.

La doctrine du concours n'est pas d'application, dès lors que les appelants n'étaient pas les cocontractants des créanciers individuels.

La doctrine de la quasi-immunité pourrait être d'application, mais celle-ci n'est pas un obstacle à la responsabilité précontractuelle des administrateurs à l'occasion de conventions qu'ils ont conclues au nom de la société (voir K., GEENS, M., DENEFF, F., HELLEMANS, R., TAS et J., VANANROYE, «Overzicht van rechtspraak – vennootschappen (1992-1998)», T.P.R., 2000, pp. 309-310, n° 273).

Il convient par ailleurs de relever que le fondement factuel de l'action en responsabilité à cet égard est à trouver dans la poursuite totalement injustifiée et injustifiable par les administrateurs des activités commerciales, avec pour conséquence un passif supplémentaire – concrètement le passif tel que demandé par les divers créanciers ici présents.

Ceci constitue une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Dès lors que les appelants ont, en qualité d'administrateurs, commis ensemble les mêmes fautes dans un lien causal indivisible avec le même préjudice, ils doivent être tenus *in solidum* à l'égard des créanciers agissant ici individuellement.

IV.

SA VERHAEGHE MANAGEMENT

A.

L'article 530 du Code des sociétés (ancien article 63ter des lois coordonnées sur les sociétés) dispose en son paragraphe 1: «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.

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 (...).

En tant que demandeur *qualitate qua* à la charge des deux appelants, les curateurs à la faillite de la SA VERHAEGHE MANAGEMENT réclament un montant provisionnel de 100.000,00 EUR.

B.

Pour conclure à l'existence de fautes graves et caractérisées commises par les deux appelants en leur qualité d'administrateurs de la SA VERHAEGHE MANAGEMENT, fautes qui ont contribué à la faillite de la société, la cour retient ce qui suit:

a.

Il ressort des comptes annuels au 31 décembre 1996 qu'est apparue dans le courant de 1996 une situation qui s'est poursuivie jusqu'à la faillite, dans laquelle la SA VERHAEGHE MANAGEMENT ne disposait pas des moyens suffisants «pour payer les dettes financières et de leasing à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année, sinon de payer le «fournisseur habituel»» (voir expertise judiciaire, p. 19, bas de la page).

Pour l'année calendrier/comptable 1996, il y avait un cash-flow de + 201.333 FB, tandis qu'il y avait un montant de 26.013.474 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un cash-flow/cash-drain de - 15.528.160 FB vis-à-vis duquel on trouvait 10.864.801 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1998, il y avait au 16 avril 1998 un cash-flow/cash-drain de - 1.299.285 FB vis-à-vis duquel on trouvait 9.253.088 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année (voir expertise judiciaire, p. 21).

Pour 1996, on notait déjà un déficit de 25.812.141 FB (soit 26.013.474 - 201.333) pour apurer les dettes à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un déficit de 26.392.961 FB (soit 15.528.160 + 10.864.801) pour apurer les dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Il convient de souligner, en outre, qu'il apparaît de l'expertise judiciaire que cette situation totalement défaillante existait déjà de façon structurelle à partir de 1994.

Il faut rappeler et souligner ici que ce qui précède a uniquement trait aux dépenses à prévoir, à savoir les dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année. Comme l'observe l'expert judiciaire, il faut, en outre, encore payer les «fournisseurs habituels».

Dans le courant de 1995, à tout le moins fin 1995, les appelants en tant qu'administrateurs normalement prudents, auraient dû se rendre compte de ce qu'une très rapide initiative structurelle s'imposait.

Le fait de n'avoir pas agi à ce moment est une négligence qui ne peut cependant être retenue comme une faute grave et caractérisée.

La faute grave et caractérisée doit cependant être retenue lorsqu'en outre au même moment les appelants en qualité d'administrateurs de la SA VERHAEGHE MANAGEMENT:

1.

- en 1997, ont vendu des actifs matériels pour un total de 11.857.238 FB, dont 5.480.000 FB à des tiers et 6.377.238 FB à des entreprises liées (expertise judiciaire, p. 11), et
- de ce montant, n'ont pas réinvesti 11.766.569 FB (expertise judiciaire, p. 15), ce qui n'est pas acceptable dans une gestion normale d'entreprise qui poursuit la continuité.

Dans la mesure où les administrateurs souhaitent prétendre qu'avec la SA VERHAEGHE MANAGEMENT ils ne poursuivaient pas la continuité, mais bien la discontinuité, ils auraient alors, en qualité d'administrateurs normaux, dû s'arrêter début 1996 afin de veiller à ce que la société ne continue pas à faire partie du monde commercial.

Une telle situation mine par sa durée la stabilité nécessaire à un monde commercial normal.

c.

Ou bien les administrateurs poursuivaient la continuité, auquel cas on aurait dû poursuivre les investissements et la restructuration pour faire en sorte qu'ait lieu ce qui devait être impérativement recherché, à savoir créer immédiatement un cash-flow suffisant pour payer normalement non seulement les dettes financières à prévoir, mais également les autres fournisseurs ordinaires.

Ou bien les administrateurs poursuivaient la discontinuité, auquel cas il aurait fallu commencer une liquidation (à tout le moins volontaire) début 1996.

Les administrateurs n'ont pas exécuté, ni même entamé l'une ou l'autre de ces démarches.

A partir de début 1996, ils ont poursuivi et exécuté un scénario de liquidation qui, de façon ultime, était orienté vers une faillite sur le dos des tiers créanciers.

La cour retient dans le chef des appelants en leur qualité d'administrateurs une attitude totalement indécente tant d'un point de vue social que d'un point de vue purement commercial.

C.

La cour d'appel considère que les faits et voies de fait précités constituent ensemble une faute grave et caractérisée.

Ce qu'ont fait les appelants, étant entendu que c'est principalement en raison de la permanence de la situation que la cour conclut à l'existence d'un dol et donc de mauvaise foi dans le chef des appelants, a naturellement lourdement contribué à la

faillite d'une part par la nature même de ce dol et d'autre part par les faits en tant que tels.

D.

Les curateurs réclament sur le fondement de l'article 530 du Code des sociétés des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 100.000,00 EUR.

Compte tenu du rapport entre ce qui était alors le passif (qui semble avoir subi peu de changements), à savoir 510.796,30 EUR (soit 20.605.472 FB) par rapport au passif accepté, à savoir 1.704.205,70 EUR (soit 68.747.488 FB) (voir les conclusions pour la curatelle, déposées le 11 mai 2010, p. 26), la provision de 100.000,00 EUR qui est réclamée par la curatelle doit être considérée comme très équitable et justifiée.

En application de l'article 530 du Code des sociétés, la condamnation à la charge des appelants est prononcée à titre solidaire.

V.

SA IMCOMAN (ex ENTREPRISE VERHAEGHE)

A.

L'article 530 du Code des sociétés (ancien article 63ter des lois coordonnées sur les sociétés) dispose en son paragraphe 1: «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.

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 (...).

En tant que demandeur *qualitate qua* à la charge des deux appelants, les curateurs à la faillite de la SA IMCOMAN réclament un montant provisionnel de 1,00 EUR.

B.

Pour conclure à l'existence de fautes graves et caractérisées commises par les deux appelants en leur qualité d'administrateurs de la SA IMCOMAN, fautes qui ont contribué à la faillite de la société, la cour retient ce qui suit:

Les administrateurs ont depuis 1994 (voir les comptes annuels du 30 juin 1994 et depuis lors annuellement), ainsi qu'il ressort de l'expertise judiciaire (p. 25), artificiellement traîné la société avec un actif net négatif (1994: - 53.597.530 FB; 1995: - 1.553.393 FB; 1996: - 41.725.361 FB; 1997: - 38.240.869 FB).

Il est possible que les intéressés aient espéré/pensé vendre la société avec son actif net négatif persistant et élevé à qui pourrait compenser les pertes fiscales accumulées avec des bénéfices fiscaux, mais - même pour l'époque... - une situation à ce point persistante dépasse de loin les limites de ce qui pouvait encore être considéré raisonnable et normal.

La cour cite et considère l'extrait suivant du rapport d'expertise judiciaire:

«Une perte a été notée pour la SA IMCOMAN (ex-SA Entreprise Verhaeghe) pour l'exercice comptable 1^{er} juillet 1993 - 30 juin 1994 d'un montant de 50.250.211 francs, de sorte que la perte reportée s'élevait au 30 juin 1994 à 65.231.511 francs.

Malgré tout l'assemblée générale décida de poursuivre la société et «des mesures draconiennes [seraient] prises à l'égard de la politique de gestion».

Lors de l'exercice comptable suivant, la nature des «mesures draconiennes» qui ont été prises apparaît clairement. La société arrêta ses activités et le fonds de commerce fut vendu. Comme indiqué plus haut la SA Imcoman (ex-Entreprise Verhaeghe) devint une boîte vide (...).

Une telle vente de tous les actifs ne peut certainement pas être considérée comme une mesure d'assainissement. Elle constituait une liquidation de fait, qui était en outre déficitaire: il ressort du bilan clôturé au 30 juin 1995 que les dettes à l'égard des tiers (41.553.393 francs) sont supérieures à l'actif (qui comporte uniquement encore une créance sur l'administration de la T.V.A. à concurrence de 6.229.480 francs et des actifs bancaires et de caisse à concurrence de 58.336 francs)» (voir expertise judiciaire, p. 29).

Le maintien d'une société, pendant de nombreuses années consécutives, dans de telles «circonstances négatives» constitue une faute grave et caractérisée en soi.

La société en général et la vie commerciale en particulier sont, de toute évidence, minées par cette sorte de «cadavre vivant de personnes morales».

Le fait que la société ait été entraînée dans la faillite avec les autres sociétés plus «actives» est la conséquence la plus logique du maintien de cette situation pendant de longues années.

Il est évident que la faillite a été notamment causée par cette faute grave et caractérisée.

C.

Les curateurs réclament sur le fondement de l'article 530 du Code des sociétés des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 1,00 EUR.

Compte tenu de la situation provisoire, ce montant symbolique est justifié.

La cour souligne cependant l'aspect provisionnel de ce montant, de sorte que - à la demande de la partie la plus diligente si les parties ne peuvent se concilier à cet égard - il pourra le cas échéant être ramené à zéro par le tribunal compétent.

En application de l'article 530, cette condamnation provisionnelle est prononcée à titre solidaire à la charge des appelants.

VI.

SPRL VERVOER VERHAEGHE

A.

L'article 265 du Code des sociétés (cf. l'ancien article 133bis renvoyant à l'article 63ter des lois coordonnées sur les sociétés) dispose en son paragraphe 1: «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 gérant ou ancien gérant, 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(...).

L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés (...).

Il peut être établi au vu des bilans produits par la curatelle sous sa pièce n° 4 que les seuils en termes de chiffres d'affaires et de bilans de la dernière année, tels que fixés par le deuxième alinéa de l'article 265, § 1, du Code des sociétés sont largement dépassés.

En tant que demandeur *qualitate qua* à la charge de Marc VERHAEGHE, les curateurs à la faillite de la SPRL VERVOER VERHAEGHE réclament un montant provisionnel de 100.000,00 EUR.

B.

Pour conclure à l'existence de fautes graves et caractérisées commises par Marc VERHAEGHE en sa qualité gérant de la SPRL VERVOER VERHAEGHE, fautes qui ont contribué à la faillite de la société, la cour retient ce qui suit:

a.

Il ressort des comptes annuels au 31 décembre 1996 qu'est apparu dans le courant de 1996 une situation qui s'est poursuivie jusqu'à la faillite, dans laquelle la SPRL VERVOER VERHAEGHE ne disposait pas des moyens suffisants *«pour payer les dettes financières et de leasing à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année, sinon de payer le «fournisseur habituel»»* (voir expertise judiciaire, p. 19, bas de la page).

Pour l'année calendrier/comptable 1996, il y avait un cash-flow/cash-drain de - 131.182 FB, tandis qu'il y avait un montant de 7.890.159 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un cash-flow/cash-drain de - 8.621.263 FB vis-à-vis duquel on trouvait 7.449.102 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Pour 1998, il y avait au 16 avril 1998 un cash-flow/cash-drain de - 2.295.424 FB vis-à-vis duquel on trouvait 2.563.273 FB de dettes à plus d'un an venant à échéance dans l'année (voir expertise judiciaire, p. 20).

Pour 1996, on notait déjà un déficit de 8.021.341 FB (soit 131.182 FB + 7.890.159 FB) pour apurer les dettes à plus d'un an qui viennent à échéance dans l'année.

Pour 1997, il y avait un déficit de 16.070.365 FB (soit 8.621.263 + 7.449.102) pour apurer les dettes de plus d'un an venant à échéance dans l'année.

Il faut rappeler et souligner ici que ce qui précède a uniquement trait aux dépenses à prévoir, à savoir les dettes de plus d'un an venant à échéance dans l'année. Comme l'observe l'expert judiciaire, il faut, en outre, encore payer les *«fournisseurs habituels»*.

Dans le courant de 1996, à tout le moins fin 1996, Monsieur Marc VERHAEGHE en tant que gérant prudent, aurait dû se rendre compte de ce qu'une très rapide initiative structurelle s'imposait.

Le fait de n'avoir pas agi à ce moment est une négligence qui ne peut cependant être retenue comme une faute grave et caractérisée.

b.

La faute grave et caractérisée doit cependant être retenue lorsqu'en outre au même moment Monsieur Marc VERHAEGHE en qualité de gérant de la SPRL VERVOER VERHAEGHE:

- en 1997, a vendu des actifs matériels pour un total de 16.213.331 FB, dont 14.333.331 FB à des tiers et 1.880.000 FB à des entreprises liées, à quoi il faut aussi ajouter le produit de biens en leasing pour un montant de 4.350.314 FB (expertise judiciaire, p. 11), et de ce montant, qui frappe par son montant, n'a pas réinvesti 18.153.645 FB (voir expertise judiciaire, p. 15), ce qui n'est pas acceptable dans une gestion normale d'entreprise qui poursuit la continuité.

Dans la mesure où Monsieur Marc VERHAEGHE souhaite prétendre qu'avec la SPRL VERVOER VERHAEGHE il ne poursuivait pas la continuité, mais bien la discontinuité, il aurait alors, en qualité de gérant normal, dû s'arrêter début 1996 et de toute façon ne plus continuer plus à faire partie du monde commercial.

Une telle situation mine par sa durée la stabilité nécessaire à un monde commercial normal.

c.

Ou bien Monsieur Marc VERHAEGHE poursuivait la continuité, auquel cas on aurait dû poursuivre les investissements et la restructuration pour faire en sorte qu'ait lieu ce qui devait être impérativement recherché, à savoir créer immédiatement un cash-flow suffisant pour payer normalement non seulement les dettes financières à prévoir, mais également les autres fournisseurs ordinaires.

Ou bien Monsieur Marc VERHAEGHE poursuivait la discontinuité, auquel cas il aurait fallu commencer une liquidation (à tout le moins volontaire) début 1996.

Il n'a pas exécuté, ni même entamé l'une ou l'autre de ces démarches.

A partir de début 1996, il a poursuivi et exécuté un scénario de liquidation qui, de façon ultime, était orienté vers une faillite sur le dos des tiers créanciers.

La cour retient dans le chef de Monsieur Marc VERHAEGHE en sa qualité de gérant une attitude totalement indécente tant d'un point de vue social que d'un point de vue purement commercial.

C.

La cour d'appel considère que les faits et voies de faits précités constituent ensemble une faute grave et caractérisée.

Ce qu'a fait Monsieur Marc VERHAEGHE, étant entendu que c'est principalement en raison de la permanence de la situation que la cour conclut à l'existence d'un dol et donc de mauvaise foi dans son chef, a très lourdement contribué à la faillite d'une part par la nature même de ce dol et d'autre part par les faits en tant que tels.

D.

Les curateurs réclament sur le fondement de l'article 530 du Code des sociétés des dommages et intérêts à titre provisionnel pour 100.000,00 EUR.

Compte tenu du rapport entre ce qui était alors le passif (qui semble avoir subi peu de changements), à savoir 40.030,88 EUR (soit 1.614.842 FB) par rapport au passif accepté, à savoir 1.941.683,40 EUR (soit 78.327.314 FB) (voir les conclusions pour la curatelle, déposées le 11 mai 2010, p. 26), la provision de 100.000,00 EUR qui est réclamée par la curatelle doit être considérée comme très équitable et justifiée.

Conclusion générale

Les appels sont recevables, mais non fondés.

Le fait que la cour apporte des clarifications au libellé concret du dispositif du jugement attaqué n'a pas pour conséquence que les appelants ne devraient plus être considérés comme les parties succombantes.

Par ces motifs,

la Cour,

Statuant contradictoirement,

(...)

Déclare les deux appels recevables, mais aussi tous les deux non fondés, étant entendu qu'il convient d'apporter des clarifications et corrections à quelques éléments du dispositif du jugement attaqué, ainsi qu'il apparaît ci-après.

Confirme le jugement *a quo* dans la mesure où il a été attaqué, étant entendu que les condamnations qui sont prononcées au fond

- sont des condamnations solidaires à la charge des deux appelants et au profit de la curatelle;
- sont des condamnations *in solidum* à la charge des deux appelants et au profit des créanciers respectifs agissant individuellement;
- (...)

290. Qui peut être tenu pour responsable?

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

N° 1089. - Bruxelles, 6 janvier 2011¹

Présentation: Cet arrêt constitue une intéressante illustration de la faute d'un dirigeant susceptible d'engager sa responsabilité aquilienne à l'égard d'un tiers, en l'espèce comme l'Etat belge. Il retient également notre attention parce qu'il examine dans quelles conditions un ancien administrateur, ayant démissionné, peut ou pas être tenu de faits postérieurs à sa démission, publiée tardivement aux Annexes du *Moniteur belge*.

Sommaire: Le fait que la démission d'un administrateur ne soit publiée que 10 mois après la date de l'assemblée générale qui en prend connaissance n'enlève rien à la véracité du procès-verbal en question. Le choix délibéré des administrateurs de poursuivre l'activité en méconnaissance de l'obligation légale incombant à la société de payer le précompte professionnel constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ne peut être qualifié d'administrateur de fait l'ancien administrateur qui, après sa démission, vérifie les comptes annuels de la société en qualité de comptable externe.

Parties: Etat belge c. M.B. et C.S.

(...)

1. L'appelant demande, après cassation contre les premier et second intimés, des dommages et intérêts en principal de 1.052.289 BEF, c'est-à-dire le précompte professionnel à concurrence de 893.851 BEF, que la SC A.P. devait verser pour la période du 1^{er} avril 1993 au 14 novembre 1994, date de la mise en liquidation de la société précitée, ainsi que les intérêts jusqu'au jour de la citation introductive d'instance à concurrence de 158.438 BEF.

1089.-1. Cette décision a été publiée, en néerlandais, dans *R.A.B.G.*, 2012, liv. 9, p. 574.

L'appelant perd donc de vue que le premier intimé a déjà été condamné par la cour d'appel d'Anvers au paiement de dommages et intérêts de 893.851 BEF, à majorer des intérêts compensatoires à partir du 14 novembre 1994 et des intérêts judiciaires.

L'arrêt de la cour d'appel n'a pas été annulé sur ce point. Le recours en cassation du premier intimé a, en effet, été rejeté.

La cour peut par conséquent tout au plus dire pour droit que le premier intimé est tenu *in solidum* avec le second intimé au paiement de dommages et intérêts.

2.

La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers dans la mesure où il tient le second intimé responsable pour le paiement du précompte professionnel à partir du 31 décembre 1993 et où il se prononce sur la demande en garantie du second contre le premier intimé.

Concernant la responsabilité du second intimé pour le versement du précompte professionnel à partir du 31 décembre 1993, la cour d'appel d'Anvers a considéré que: «le second intimé, S., soutient qu'il a donné sa démission en tant qu'administrateur, laquelle aurait été acceptée par l'assemblée générale à partir du 31 décembre 1993.

Cette démission a toutefois été publiée au *Moniteur Belge* le 9 novembre 1994.

Conformément à l'article 76 C. soc. (art. 10 L.C.S.C.), cette démission n'est pas opposable à l'appelant. Il n'est pas démontré que celui-ci a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette démission auparavant.»

La Cour suprême a donc cassé l'arrêt, sur la base du deuxième moyen du second intimé, en se fondant notamment sur la violation de l'article 76 C. soc. (qui dispose que les actes et indications dont la publicité est prescrite ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extraits ou par mention aux Annexes du *Moniteur belge*, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance), de l'article 10, § 4 et de l'article 12, § 1 et § 4 L.C.S.C., tels qu'ils s'appliquaient avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995.

En résumé, selon ce moyen, il n'existait, au moment de la démission du second intimé, aucune obligation de publication de cette cessation de mandat.

En outre, sur la base de ce moyen, la publication de l'acte d'où ressort la cessation du mandat dont question à l'article 12 L.C.S.C., visait seulement à rendre cette démission opposable à des tiers éventuels qui, ignorant cette démission, ont encore agi avec la société à l'intervention de l'ancien administrateur.

Sous le régime de l'ancienne loi, n'étaient donc pas considérés, selon le moyen, comme des tiers protégés, ceux dont la créance trouvait sa source dans un fait dommageable, qui n'est pas un acte juridique, ou dans la loi.

La Cour de cassation s'est prononcée sur le moyen de cassation précité:

«Les juges d'appel ont décidé que:

- les précomptes professionnels impayés portent sur la période du 1^{er} avril 1993 à novembre 1994;
- (le second intimé) a donné sa démission comme administrateur à partir du 31 décembre 1993;
- (le second intimé) et (le premier intimé) avaient l'obligation que la société respecte ses obligations légales et fiscales contraignantes;
- (le second intimé) et (le premier intimé) n'ont rien entrepris pour éviter l'accroissement de la dette fiscale;
- il est prouvé que (le second intimé) et (le premier intimé) ont agi en pleine connaissance de cause.

Sur la base de ces seules constatations, les juges d'appel ne pouvaient pas décider que (le second intimé) était encore responsable après sa démission comme administrateur.

Le moyen est fondé dans cette mesure.»

Vu l'annulation de cet arrêt de la cour d'appel d'Anvers, laquelle annulation est limitée par la portée du moyen sur la base duquel elle est prononcée, la démission du second intimé était immédiatement opposable à l'appelant et le second intimé pouvait, à partir de sa démission, ne plus être tenu au respect des obligations fiscales reposant sur la société, parmi lesquelles l'obligation de payer le précompte professionnel, ni être tenu de vérifier que les obligations sont respectées par la société agissant à l'intervention de ses organes.

3.

L'appelant conteste que le second intimé ait donné sa démission comme administrateur le 31 décembre 1993.

L'étendue de l'annulation par la Cour de cassation n'empêche pas que l'appelant soulève une telle discussion.

L'appelant prétend que *«ce n'est pas parce que la publication d'une démission aux Annexes du Moniteur belge n'est pas nécessaire pour rendre opposable la démission à (l'appelant) qu'une démission prouvée par le biais de cette publication à une certaine date serait opposable»* (conclusions additionnelles et de synthèse, p. 5).

Il estime inconcevable que le 31 décembre 1993 une assemblée générale se soit tenue durant laquelle la démission du second intimé comme administrateur aurait été acceptée et qu'on lui ait donné décharge pour son mandat. Il remarque aussi que l'extrait du procès-verbal de l'assemblée générale du 31 décembre 1993 n'a été déposé pour publication aux Annexes du Moniteur belge que le 27 octobre 1994, et donc quasiment 10 mois après, et que la publication s'est faite le 9 novembre 1994.

Il souligne qu'il avait déjà formulé ces observations devant la cour d'Appel d'Anvers sans que celle-ci ne se soit prononcée par la suite sur ce point.

L'appelant contestait, en effet, devant la cour d'appel d'Anvers le fait qu'au 31 décembre 1993 une assemblée générale se soit tenue durant laquelle la démission du second intimé comme administrateur aurait été acceptée et que décharge lui aurait été donnée pour son mandat (conclusions déposées devant la cour d'appel d'Anvers le 23 avril 2002, p. 4).

La cour d'appel d'Anvers a décidé à ce propos:

«Le second intimé, S, soutient qu'il a donné sa démission en tant qu'administrateur, laquelle aurait été acceptée par l'assemblée générale à partir du 31 décembre 1993.

Cette démission a toutefois été publiée au Moniteur belge le 9 novembre 1994.

Conformément à l'article 76 C. soc. (art. 10 L.C.S.C.), cette démission n'est pas opposable à l'appelant. Il n'est pas démontré que celui-ci a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de cette démission auparavant.»

Il ressort de ce considérant que l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers n'a pas pris position sur la question de savoir si, au 31 décembre 1993, une assemblée générale s'était tenue durant laquelle la démission du second intimé avait été acceptée, mais s'est seulement prononcée sur l'opposabilité à l'appelante de la démission, celle-ci n'ayant été publiée qu'au 9 novembre 1994.

Le second intimé affirme ne pas disposer des pièces de la SC A.P. Il ne produit pas le procès-verbal de l'assemblée générale du 31 décembre 1993.

Il argumente à juste titre que la publication s'est faite sur présentation du procès-verbal de l'assemblée générale du 31 décembre 1993, dûment signé par les personnes compétentes.

L'annexe du Moniteur belge du 9 novembre 1994 mentionne, en effet, l'«extrait du procès-verbal de l'assemblée générale du 31 décembre 1993», dont elle reproduit le contenu comme suit: «par décision de la majorité des associés, la démission comme administrateur

du (second intimé) est acceptée avec effet au 31 décembre 1993. Il lui est donné décharge pour son mandat.

Les associés nomment comme administrateur la SA I.A.E., (...) A., représentée par B.M., jusqu'à l'assemblée générale ordinaire de 1995».

Le fait que l'extrait du procès-verbal de l'assemblée générale n'ait été déposé pour publication aux annexes du Moniteur belge que dix mois après ne porte pas préjudice à la crédibilité du procès-verbal de l'assemblée générale.

Il est par conséquent prouvé que le second intimé a donné sa démission à l'assemblée générale du 31 décembre 1993.

4.

L'appelant soutient encore que le second intimé, après sa démission en date du 31 décembre 1993, est resté encore actif au sein de la SC A.P., à tout le moins comme comptable.

Cela revient à dire que le second intimé agissait après le 31 décembre 1993 comme administrateur de fait.

Il ressort uniquement des pièces du dossier que le second intimé a vérifié les comptes annuels au 31 décembre 1993 en qualité de comptable externe (pièce 1 du dossier de l'appelant).

On ne peut en déduire que le second intimé exerçait *de facto*, après sa démission, des pouvoirs d'administration et de décision.

5.

L'appelant argumente qu'«il y a suffisamment de raisons d'admettre que, même si la démission du (second intimé) a été donnée le 31 décembre 1993 (...), (le second intimé), en ne prenant pas les mesures qui s'imposaient au sein de la SC A.P., a fait croître les dettes à l'égard du Trésor, et a permis que, vu le non-dépôt dans les délais des livres après le 31 décembre 1993, des montants complémentaires de précompte professionnel soient dus et restent impayés» (conclusions additionnelles et de synthèse, p. 6).

Il avance une série de fautes et de négligence du second intimé qui datent d'avant sa démission au 31 décembre 1993, dont les effets ne se sont fait sentir qu'après sa démission, à savoir la non-libération du capital au plus tard le 31 octobre 1993, l'établissement de bilan au 31 décembre 1993, ce qui devait donner l'impression que tout se déroulait au sein de la SC A.P. comme d'habitude, alors que déjà en 1993 des dettes fiscales et parafiscales s'étaient accumulées.

La cour d'appel d'Anvers a considéré ce qui suit à ce propos:

«L'obligation légale de payer le précompte professionnel en vertu de l'article 412 CIR 1992 et des articles 86 et 90 AR/CIR 1992 reposait sur le redevable, en l'espèce la société.

En tant qu'administrateur, reposait sur l'intimé (la cour veut dire les intimés), l'obligation de veiller à ce que la société respecte ses obligations légales et fiscales contraignantes.

Le fait de négliger de verser le précompte professionnel s'étend sur une période de presque 20 mois. Au cours de cette période, la société est restée active et a continué ses activités de manière inchangée et a payé les salaires et/ou les rémunérations sur lesquels le précompte professionnel était dû.

Il n'y a aucune preuve que le non-versement du précompte professionnel est dû à des problèmes insurmontables de liquidités dans le chef de la société. À aucun moment, une conciliation n'a été entreprise avec le fisc à propos des dettes qui s'accumulaient.

Au contraire, il semble que le fisc ait pris des initiatives pour recouvrer la dette de sorte que l'intimé ne pouvait se tromper sur les intentions du fisc.

Quoique la dette fiscale croissante devait leur être connue, il est établi que les intimés n'ont rien entrepris durant un long moment (jusqu'à la dissolution et la mise en liquidation) pour éviter l'accroissement de cette dette.

Il est ainsi prouvé que les intimés ont agi en connaissance de cause.

Vu qu'il y avait apparemment encore suffisamment de moyens pour poursuivre l'activité durant une période importante et payer les salaires nets, il est également prouvé que la société disposait encore de ressources. Les intimés ont apparemment fait le choix conscient de poursuivre l'activité en méconnaissant l'obligation légale qui pesait sur la société de payer le précompte professionnel. Il ne peut par conséquent être question de force majeure dans le chef des intimés.

En négligeant en connaissance de cause une obligation légale contraignante dans la gestion de la société, les intimés ont commis une faute pour laquelle ils sont redevables de dommages et intérêts à l'égard du préjudicié, conformément à l'article 1382 C. civ.

La faute, le dommage et le lien causal sont prouvés à suffisance. Le dommage consiste en la perte de recettes auxquelles l'appelant avait légalement droit.

La Cour de cassation n'a pas été annulée l'arrêt de la cour d'appel sur ce point.

La Cour de cassation a décidé à ce propos:

«1. Les juges d'appel constatent «qu'il y avait apparemment encore suffisamment de moyens pour poursuivre l'activité durant une période importante et payer les salaires nets, il est également prouvé que la société disposait encore de ressources» et qu'«il n'y a aucune preuve que le non-versement du précompte professionnel est dû à des problèmes insurmontables de liquidités dans le chef de la société».

Ils ont ensuite décidé que: «l'obligation légale de payer le précompte professionnel reposait sur le redevable, en l'espèce la société» et qu'«en tant qu'administrateur, reposait sur l'intimé l'obligation de veiller à ce que la société respecte ses obligations légales et fiscales contraignantes».

2. Sur cette base, les juges d'appel décident que (le second intimé) et (le premier intimé) ont fait le choix conscient de poursuivre l'activité en méconnaissance des obligations légales reposant sur la société de payer le précompte professionnel et qu'«en négligeant, en connaissance de cause, une obligation légale contraignante dans la gestion de la société, les intimés ont commis une faute pour laquelle ils sont redevables de dommages et intérêts à l'égard du préjudicié, conformément à l'article 1382 C. civ.»

3. C'est pour ces motifs que les juges d'appel ont décidé que les administrateurs ont commis une infraction à la norme générale de prudence.

4. Le moyen qui considère que l'arrêt attaqué tient pour responsable (le second intimé) et (le premier intimé) pour méconnaissance d'une obligation légale contraignante qui reposait sur la société, relève d'une lecture erronée de l'arrêt.

Le moyen manque en fait.»

C'est par conséquent à tort, et en méconnaissance de l'étendue de la cassation prononcée, que le second intimé conteste sa responsabilité sur la base de l'article 1382 C. civ., tant avant qu'après sa démission comme administrateur.

6.

Au cas où il serait tenu de payer le précompte professionnel après sa démission, le second intimé reprend son action en garantie contre le premier intimé.

Le second intimé demande que le premier intimé soit condamné à le garantir en principal, intérêts et tous les frais auxquels il serait condamné suite à la demande de l'appelant relative au précompte professionnel échü après décembre 1993.

La cour d'appel d'Anvers a déclaré la demande en garantie non fondée aux motifs suivants:

«Le second intimé a intenté une action interlocutoire à l'égard du premier intimé pour le garantir pour les montants dus pour la période postérieure au 31 décembre 1993.

En la matière, il ne s'agit pas d'une action en garantie mais d'une action récursoire du codébiteur payant.

Vu qu'aucun paiement n'a encore eu lieu, cette demande est non fondée.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'il se prononce sur la demande en garantie précitée.

Le second intimé intente l'action en garantie sur la base des articles 1382 et 1383 C. civ.

Il allègue: «contrairement à ce qu'affirme (le premier intimé), le juge doit vérifier, en cas de pluralité de fautes, s'il existe un lien causal entre chaque faute et le dommage et il doit vérifier, pour chaque faute, si le dommage, tel qu'il s'est produit concrètement, se serait également produit sans cette faute.

Il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage et de déterminer, sur ce fondement, la part de dommages et intérêts due par l'auteur à la victime (Cass., 24 mars 2005, Arr. Cass. 2005, 703; Cass. 5 septembre 2003, Arr. Cass. 2003, 1599).

Sur cette base, la demande en garantie telle qu'elle est intentée par (le second intimé) est effectivement possible (conclusions, p. 7).»

*Suivant le second intimé, le premier intimé aurait dû vérifier que la démission du 31 décembre 1993 avait été publiée dans les délais au *Moniteur belge*. C'est manifestement la seule faute que le second intimé reproche au premier intimé.*

Il a été décidé ci-dessus que la démission du second intimé au 31 décembre 1993 était immédiatement opposable à l'appelant.

*Par conséquent, dans l'hypothèse où le premier intimé aurait agi de manière fautive en ne publiant pas la démission au *Moniteur belge* dans les délais, ce que la cour ne doit pas examiner ici vu l'étendue de la cassation prononcée, comme cela a été expliqué ci-dessus (voir *supra* 2), le lien causal fait encore défaut.*

7.

Estimant qu'«il ne peut être question d'un dommage si (l'appelant) a obtenu le paiement intégral via la faillite (conclusions de synthèse, p. 4)», le premier intimé demande à la cour, avant dire droit, de condamner l'appelant, conformément à l'article 877 C. jud., à la production des documents probants concernant les paiements qu'il peut avoir reçu du curateur de la faillite de la SC A.P.

*Indépendamment du fait que le premier intimé aurait pu s'informer lui-même à ce propos auprès du curateur, il néglige, par son *actio ad exhibendum*, le fait qu'il a été définitivement condamné par la cour d'appel d'Anvers.*

La demande du premier intimé est par conséquent non fondée.

8.

La Cour de cassation n'a pas annulé l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers en ce qui concerne les dépens de première instance et d'appel.

La Cour se prononce par conséquent seulement sur les dépens du recours en cassation du second intimé et sur les dépens après le renvoi vers la Cour.

Ces frais sont totalement à charge du second intimé, qui a en effet été totalement débouté par la Cour.

À l'audience de plaidoiries, les deux parties ont marqué leur accord sur le montant de base de 2.000 EUR d'indemnité de procédure.

Par ces motifs,

La Cour,

statuant de manière contradictoire,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Déclare l'appel recevable et fondé comme suit,

Réforme le jugement attaqué dans la mesure précisée ci-après,
 Condamne le second intimé au paiement de dommages et intérêts de 26.085,57 EUR (1.052.289 BEF), majorés des intérêts judiciaires à partir du 5 mars 1996 sur le montant de 22.157,99 EUR (893.851 BEF),

Dit pour droit que le second intimé est tenu au paiement *in solidum* avec le premier intimé,

Déclare la demande en garantie du second intimé contre le premier intimé recevable, mais non fondée.

(...)

300. **Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants**
 366. **La responsabilité pour violation du Code ou des statuts**

N° 1090. – Cass. (1^{re} ch.), 12 octobre 2011¹

Présentation L'article 198, alinéa 4, du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol².

Ce délai de prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs/gérants, quel que soit son fondement juridique.

Si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle implique que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action publique.

La responsabilité peut être fondée indifféremment sur un fait positif ou sur une abstention fautive. En effet, il ne convient pas de s'arrêter au sens littéral du mot «*faits*» utilisé par le législateur³, ce terme englobant tant l'action que l'omission.

Dans l'arrêt annoté, l'action introduite contre les dirigeants et à laquelle s'applique la prescription quinquennale de l'article 198, § 1 du Code des sociétés est relative à une omission: la partie préjudiciée recherche la responsabilité particulière des administrateurs d'une SA qui ont omis d'adapter les statuts de la société gérée aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum. Plus précisément, le capital minimum des SA a été porté à 2.500.000 BEF (auparavant: 1.250.000 BEF) par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935; cette loi prévoit expressément la responsabilité solidaire des administrateurs pour la différence entre le capital souscrit et le capital nouvellement imposé.

Sommaire: L'action dirigée contre les gérants en vertu de l'article 111, al. 3, de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 ne constitue pas une action tendant à la libération du capital, mais une action en responsabilité qui est soumise au délai de prescription de l'article 198, § 1, quatrième tiret, C. soc.

Parties: P.D.F. c. C.D. et P.F.

(...)

III. LA DECISION DE LA COUR

(...)

Quant à la seconde branche:

2. L'article 111, alinéa 3, de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, dispose que si, dans les cinq ans de l'entrée en vigueur de cette loi, le capital d'une société anonyme n'atteint pas le montant minimum fixé à l'article 29, § 1, les gérants sont solidairement tenus envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, au paiement de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum fixé audit article 29, § 1.

En vertu de l'alinéa 4 de l'article 111, ils sont déchargés de cette responsabilité si, dans ce délai, ils proposent à l'assemblée générale soit d'augmenter le capital à due concurrence, soit de transformer ou de dissoudre la société.

3. Il ressort de ces dispositions que l'action dirigée contre les gérants sur la base de l'article 111, alinéa 3, de la loi du 13 avril 1995 ne constitue pas une action tendant à la libération du capital, mais une action en responsabilité qui est soumise au délai de prescription de l'article 198, § 1, quatrième tiret, du Code des sociétés.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur un soutènement juridique différent, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux dépens.

1090.-1. Cette décision est disponible sur www.cass.be; elle porte le numéro C.11.0571.N.

2. Sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer selon que les défendeurs ont ou non pris part au dol (Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 143).

3. Selon l'article 198, § 1 du Code des sociétés: «*Sont prescrites par cinq ans: (...) – toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, 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.*».

330. La décision d'introduire une action sociale

N° 1091. – Gand (7^e ch.), 31 janvier 2011¹

Présentation: L'assemblée générale qui n'a pas décidé l'introduction d'une action en responsabilité contre ses dirigeants peut-elle régulariser la situation «après coup», à savoir après l'introduction de la procédure en justice? Cet arrêt répond par l'affirmative.

Sommaire: Une *actio mandati* qui est introduite au nom de la société agissant par le biais de son organe de représentation compétent est irrecevable lorsque l'assemblée générale ne l'a pas décidée. Le fait que la société agisse en justice par un conseil, qui est censé, en vertu de l'article 440 C. jud., représenter valablement la société, ne change rien à cette exigence formelle de recevabilité. Dans la mesure où le délai de prescription n'a pas expiré, l'assemblée générale peut bel et bien confirmer cet acte de procédure dans le courant de la procédure, avec effet rétroactif, l'action devenant alors recevable.

Parties: V.M. c. BIOMAST SPRL

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

Voir également, dans le même sens, Gand (7^e ch.), 12 septembre 2011, mentionné ci-après sous le n° 1092.

OBSERVATIONS

La société peut-elle introduire une actio mandati sans l'avoir préalablement décidé en assemblée générale?

Hors l'hypothèse de l'action minoritaire², c'est l'assemblée générale qui décide d'introduire une action en responsabilité contre ses administrateurs et gérants^{3 4} (dite «*actio mandati*»); compétente pour accorder la décharge, elle est, en effet, également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale.

L'organe de représentation de la société doit donc disposer, au préalable, de la décision de l'assemblée générale d'introduire l'*actio mandati*⁵. Les articles 289 (SPRL), 415 (SCRL) et

561 (SA) précisent que la demande ne peut être introduite qu'après la décision de l'assemblée générale; en l'absence d'une telle décision, la société (via ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la *qualité* nécessaire au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire l'action sociale.

En restreignant leur pouvoir de représentation, les articles 289, 415 et 561 du Code des sociétés constituent dès lors une limitation légale à la compétence du conseil d'administration et des gérants. Cette limitation du pouvoir de représentation de l'organe «est non seulement opposable aux tiers, mais peut également être invoquée par ceux-ci à l'encontre de la société⁶».

Dans un arrêt du 25 septembre 2003⁷, la Cour de cassation a confirmé que lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de l'assemblée générale, l'action sociale dirigée contre l'administrateur d'une société au nom de la société peut être rejetée à la demande de cet administrateur, même si elle a été portée devant le tribunal à l'intervention d'un organe compétent.

Ce régime de l'action sociale diffère de l'action en responsabilité contre les fondateurs qui peut être introduite par la société sans passer par le préalable d'une décision de l'assemblée générale⁸.

La décision de l'assemblée générale de mettre en cause la responsabilité de ses dirigeants doit en principe intervenir avant l'introduction de la demande en justice⁹; elle est exigée même dans les sociétés familiales¹⁰.

Par contre, lorsque c'est le curateur ou le liquidateur¹¹ qui introduit l'*actio mandati*, aucune délibération préalable de l'assemblée générale n'est requise.

L'exigence d'une décision préalable de l'assemblée générale ne met pas en doute le mandat *ad litem* du conseil de la société (article 440 du Code judiciaire) mais impose, pour que l'action soit recevable, de vérifier que l'organe compétent, à savoir l'assemblée générale, a décidé expressément qu'une action sera introduite.

Une question demeure controversée en doctrine et en jurisprudence: si l'assemblée générale n'a pas décidé d'introduire une *actio mandati* et qu'une procédure judiciaire est introduite, l'irrégularité peut-elle être corrigée par la ratification ultérieure de la procédure par l'assemblée?

Nous avons toujours soutenu que non, mais notre rigueur n'est que faiblement partagée par les auteurs et les juridictions de terrain, comme en témoigne d'ailleurs l'arrêt gantois commenté.

1091.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2012, liv. 2, p. 141 et note X.
2. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés.
3. Cass., 1^{re} ch., 25 septembre 2003, *D.A.O.R.*, 2003, liv. 67, p. 44 et note; *T.R.V.*, 2004, liv. 1, p. 35 et note J. VANAN-ROYE, *J.D.S.C.*, 2005, n° 660, p. 153 et obs. C. BERTSCH; S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», *R.D.C.*, 2005, p. 385.
4. Ainsi que contre les anciens dirigeants: «Le Tribunal est d'avis qu'il n'y a aucune raison d'opérer une distinction entre une action sociale qui a été intentée contre un administrateur/gérant et celle intentée contre un ex-administrateur/gérant» (Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184 et *J.D.S.C.*, 2001, n° 31, p. 191 et note M.A. DELVAUX).
5. Anvers, 1^{er} mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *D.A.O.R.*, 2000, n° 54, p. 126.

6. S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 386. L'auteur rappelle que les limites statutaires aux pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont par contre qu'une portée interne et ne peuvent être opposées aux tiers ou invoquées par eux.
7. Cass., 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 382.
8. Liège (7^e ch.), 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 7, p. 292, *Rev. prat. soc.*, 2009, liv. 2, p. 240, *J.D.S.C.*, 2010, n° 947, p. 91.
9. Voir notamment Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et *T.R.V.*, 2000, p. 184.
10. Comm. Hasselt, 3^e ch., 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note de B. VAN BRUYSTEGEM qui suit cette décision, intitulée «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», pp. 188 et s.
11. Ou en cas d'inaction du liquidateur, par un créancier de la société dans le cadre de l'action oblique (article 1166 du Code civil); voyez une illustration ci-après, sous le n° 1095: Gand (7^e ch.), 28 février 2011.

Ces positions antagonistes semblent traduire en réalité deux optiques distinctes: analyse-t-on le problème au regard du *droit judiciaire* ou du *droit des sociétés*?

Au regard du droit judiciaire qui, contrairement à ce que soutient la Cour d'appel de Gand, nous semble primer, s'agissant en l'espèce des conditions pour saisir valablement une juridiction commerciale de l'examen de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société, c'est au jour de l'introduction de demande en justice que s'apprécie l'intérêt et la qualité requis pour agir, une modification ou une ratification ultérieure ne pouvant faire obstacle à l'irrecevabilité de la demande.

En l'espèce, c'est la *qualité* qui nous intéresse, à savoir le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice.

Généralement, le demandeur en justice agit pour défendre son propre droit subjectif, mais il arrive que le demandeur défende les droits d'un tiers; il lui appartient alors de prouver qu'il a le pouvoir d'agir au nom de ce dernier. Relativement à l'action en responsabilité intentée par la société contre son dirigeant, et mise en œuvre concrètement par l'organe «exécutif» de la société (organe de représentation), ce dernier met en œuvre les droits de la société tels qu'exprimés par l'assemblée générale.

Si le demandeur ne présente pas la qualité pour agir au moment de l'introduction de la procédure, mais qu'il l'acquiert en cours de procédure, sa demande demeure *irrecevable*. Le défaut de qualité est, en effet, une *fin de non-recevoir* et les conditions de la demande s'apprécient au jour de son introduction. Le demandeur peut cependant introduire ultérieurement une nouvelle procédure si, dans l'intervalle, il a obtenu la qualité pour agir.

Une entorse pourrait être introduite, comme l'a fait le tribunal de commerce d'Hasselt¹², au regard de l'urgence de la procédure: la décision préalable de l'assemblée générale pourrait être «by-passée» en cas d'extrême urgence, *quod non* dans l'espèce tranchée. Il en serait notamment ainsi lorsqu'on se rend compte que le délai quinquennal de prescription de l'action contre les dirigeants est pratiquement atteint de sorte qu'il faut introduire d'urgence la procédure judiciaire sans être en mesure de réunir une assemblée générale extraordinaire avec les délais de convocation requis.

De nombreux auteurs, suivis par diverses juridictions, adoptent une position plus souple que la nôtre et acceptent la ratification de l'action par l'assemblée générale *après* son introduction en justice, au regard du droit des sociétés et au motif qu'une ratification a un *effet rétroactif*¹³.

C'est dans ce sens que va l'arrêt de la cour d'appel de Gand commenté, conforme à la jurisprudence de cette Cour¹⁴: «La question de savoir si l'action d'une société est ou non recevable quand elle a été introduite sans décision préalable s'y rapportant, est une question qui relève du droit des sociétés et non du droit judiciaire. C'est, par conséquent, à tort que l'appelant invoque un défaut de qualité (cf. art. 17 C. jud.) dans le cas où la décision préalable n'a été prise par l'assemblée générale». La Cour considère que l'assemblée peut valider *a posteriori* et en connaissance de cause l'action introduite pourtant hors sa décision, et rendre celle-ci recevable, à condition que l'instance ne soit pas encore clôturée, en ces termes: «Le droit des sociétés reconnaît la ratification ultérieure par l'organe compétent d'un acte juridique unilatéral qui, à l'origine, a été posé sans en avoir le pouvoir».

12. Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et T.R.V., 2000, p. 184.

13. Voir M.-C. ERNOTTE, obs. sous Gand (7^e ch. bis), 6 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2009, n° 894, pp. 144 à 146 et les références citées. L'auteur se fonde sur le principe général de l'effet rétroactif de la ratification par le mandant.

14. Gand (7^e ch. bis), 6 mars 2006, *D.A.O.R.*, 2008/88, p. 333, *J.D.S.C.*, 2009, n° 894, p. 141 et obs. M.-C. ERNOTTE.

L'évolution actuelle du droit judiciaire va peut-être, dans un avenir proche ou lointain, rapprocher ces deux tendances (ou plutôt faire primer la seconde!). En effet, le principe d'*économie de procédure* qui se développe depuis une dizaine d'années, dans le souci plus large d'assurer la célérité de la procédure judiciaire, implique qu'on doit éviter au demandeur de multiplier les procédures, coûteuses tant pour lui que pour les caisses de l'Etat, chronophages et parfois «bêtement» administratives. L'idée est de tirer un maximum de profit de la demande déjà introduite en justice, et d'éviter de contraindre le demandeur à en introduire une nouvelle. La sanction rigoureuse de l'irrecevabilité de la demande en justice pourrait être revue dans ce contexte, si une régularisation peut intervenir en cours de procédure, ce qui serait le cas si l'assemblée générale ratifie *a posteriori* l'*actio mandati* introduite par la société sans sa décision préalable. La demande originellement irrecevable le deviendrait ainsi «en cours de route».

330. La décision d'introduire une action sociale

N° 1092. – Gand (7^e ch.), 12 septembre 2011¹

Présentation: L'assemblée générale qui n'a pas décidé l'introduction d'une action en responsabilité contre ses dirigeants peut-elle régulariser la situation «après coup», à savoir après l'introduction de la procédure en justice?
L'arrêt annoté répond par l'affirmative.

Sommaire: Une *actio mandati* qui n'a pas été décidée par l'assemblée générale peut être aussi confirmée après que l'action a été introduite en justice. La confirmation a un effet rétroactif jusqu'au moment où l'acte a été introduit, à condition qu'elle ait été faite par l'organe compétent, dans les délais de prescription initiaux et avant qu'un jugement ait été rendu sur la recevabilité de l'action.

Parties: S.L. et Maite Jeans Store SA c. H.M. et S.A.

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

Voir également, dans le même sens, Gand (7^e ch.), 31 janvier 2011 publié ci-avant sous le n° 1091.

1092.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2012, liv. 2, p. 137, note X.

335. La décharge susceptible de libérer les dirigeants de leur responsabilité envers la société

N° 1093. – Liège (14^e ch.), 16 septembre 2011¹

Présentation: Chaque année, l'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu le rapport de gestion, le rapport des commissaires et discuté le bilan, doit se prononcer par un vote spécial sur la décharge des administrateurs ou des gérants². Cette décharge libère les administrateurs ou gérants de la responsabilité qu'ils auraient pu encourir envers la société pour les actes accomplis au cours de l'exercice écoulé, qu'il s'agisse de fautes simples de gestion ou de violations du Code des sociétés ou des statuts³, sauf en cas d'exercice de l'action sociale minoritaire par des actionnaires n'ayant pas voté la décharge ou dont la décharge accordée a été ultérieurement invalidée⁴. Encore faut-il, pour que l'effet souhaité se produise, d'une part que le bilan ne contienne ni lacune, ni tromperie⁵ dissimulant la situation réelle de la société, d'autre part que les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation⁶: les actionnaires doivent, en effet, pouvoir apprécier la gestion *en connaissance de cause*. La décharge peut cependant être acceptée même en cas d'inexactitudes ou de dissimulations dans le bilan si l'assemblée générale a été informée, par une voie différente, de la situation réelle de la société⁷. De manière générale, les omissions et indications fausses qui n'ont pas eu pour effet d'induire l'assemblée générale en erreur restent sans incidence sur la validité de la décharge⁸.

Sommaire: Si une société entend remettre en cause la réalité et/ou la sincérité de l'opération accomplie par son ancien gérant dont elle connaissait parfaitement l'existence le jour de l'assemblée générale, elle devait refuser de lui donner décharge ou, à tout le moins, émettre des réserves explicites quant à celle-ci. En s'abstenant de ce faire, elle a ratifié l'opération qu'elle ne peut plus qualifier différemment ultérieurement dès lors que cette ratification a été accomplie en parfaite connaissance de cause et lui est pleinement opposable.

1093.-1. Cette décision a été publiée dans *D.A.O.R.*, 2012, liv. 102, p. 210.

2. Articles 282 et 284 (SPRL), 411 (SCRL) et 552 et 554 (SA) du Code des sociétés. A noter que pour les SCRL, le Code n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale; mentionnant toutefois expressément que l'assemblée générale doit discuter les comptes annuels, cette exigence d'annualité s'impose d'elle-même. Pour une étude détaillée des modalités et implications juridiques de la décharge, on conseille la lecture de l'article de A. GOEMINNE intitulée «Kwijting van bestuurders en zaakvoerders», parue dans *R.W.*, 1995-96, II, pp. 1.001 à 1.021.

3. Sauf stipulation expresse contraire, la décharge ne couvre pas les fautes aquilienne des dirigeants. La prudence invite donc à indiquer expressément que la décharge couvre toutes les fautes des dirigeants, quel que soit leur fondement, et donc y compris la responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

4. Voir les articles 290, § 1, alinéa 3 (SPRL), 416, § 1, alinéa 3 (SCRL) et 562, alinéa 3 (SA) du Code des sociétés.

5. Omission, fausse indication, erreur, ...

6. Articles 284, alinéa 2 (SPRL), 411, alinéa 2 (SCRL) et 554, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés.

7. Gand, 25, juin 1999, *J.D.S.C.*, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M.A. DELVAUX.

8. Voir à ce sujet Cass., 12 février 1981, *J.D.S.C.*, 2000, n° 160, p. 137 et n° 199, p. 239; *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 116; *Pas.*, 1981, p. 639; Comm. Bruxelles, 15 mars 1988, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 234.

Toute modification ultérieure des comptes de la société est inopposable à l'ancien gérant qui peut se prévaloir de la décharge qui lui a été donnée.

Parties: M. c. SPRL 2TM

Cette décision est publiée par Jean-François GOFFIN dans la partie consacrée à l'assemblée générale des actionnaires et associés, ci-avant, sous le numéro 1086, avec une note consacrée à la décharge et à ses implications.

- 366. La responsabilité à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts
- 367. La responsabilité à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil
- 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° 1094. – Gand (7^e ch.), 29 juin 2009¹

Présentation: Il incombe aux dirigeants d'établir annuellement les comptes annuels de la société qu'ils gèrent², et l'assemblée générale ordinaire annuelle doit délibérer sur ceux-ci³. Mais très souvent, ces comptes sont présentés avec retard, voire pas du tout. La loi prévoit qu'en cas de présentation tardive (*plus de six mois après la clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de présentation⁴ des comptes annuels à l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers est *préssumé* résulter de ce retard^{5 6}.

Toutefois, les dirigeants peuvent échapper à cette responsabilité en apportant la preuve que, en cas de dommage subi par un tiers, il n'y a aucun lien de causalité entre leur présentation tardive des comptes annuels (ou l'absence de présentation de ceux-ci) et le préjudice du tiers concerné⁷.

Une fois approuvés, les comptes annuels doivent être déposés par les soins des dirigeants à la Banque nationale de Belgique⁸ et la loi prévoit qu'en cas

1094.-1. Cette décision a été publiée, en néerlandais, dans *T.R.V.*, 2010, liv. 5, p. 430.

2. Article 92 du Code des sociétés.

3. Articles 282 et 284 (SPRL), 411 (SCRL) et 552 et 554 (SA) du Code des sociétés. A noter que pour les SCRL, le Code n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale.

4. 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».

5. Article 92, § 1, alinéa 3, du Code des sociétés.

6. A 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 a complété l'article 101 du Code des sociétés en prévoyant que sauf en cas de force majeure, les sociétés négligentes doivent contribuer 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^e, les 10^e ou 11^e ou à partir du 13^e 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).

7. Pour une illustration du renversement de la présomption, voir Bruxelles, 9^e chambre, 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, liv. 4, p. 183, *J.D.S.C.*, 2011, n° 1014.

8. Article 98, al. 1, du Code des sociétés.

de dépôt tardif (*plus de 30 jours après leur approbation et/ou plus de 7 mois après la date de clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de dépôt⁹, le dommage subi par les tiers est *présupposé* résulter de ce retard¹⁰, cette présomption étant réfragable.

Dans l'espèce qui suit, non seulement le gérant n'a pas déposé les comptes annuels, mais il n'a pas non plus déposé les déclarations à l'impôt des sociétés et n'a conséquemment pas versé les impôts dus, poursuivant l'activité de la société en situation déficitaire sans faire aveu de faillite.

Dans ce contexte, c'est à bon droit que la cour d'appel de Gand a estimé que le gérant a manqué à son devoir de précaution, fondant sa responsabilité sur l'article 1382 du Code civil sans envisager l'article 263 du Code des sociétés, jugé superfétatoire puisque d'autres fautes aquiliennees étaient établies (poursuite et maintien d'une activité déficitaire, omission de déclarer la cessation de paiement et de faire aveu de faillite dans le délai d'un mois, ...).

Sommaire: La constatation, non contestée par le gérant, selon laquelle la société n'a déposé aucun compte annuel pendant son mandat d'administration implique une contravention indéniable à l'article 98 C. soc. Sur la base de l'article 98, troisième alinéa, C. soc., le dommage subi par les tiers est censé, sauf preuve contraire, résulter de cette omission.

Un gérant qui, pendant la période au cours de laquelle il a assumé son mandat, ne s'est pas soucié du respect de la législation sur les sociétés et de la législation fiscale par la société, avec pour conséquence le défaut de dépôt des déclarations à l'impôt des sociétés, de dépôt des comptes annuels et de paiement des dettes fiscales, a violé son devoir de précaution. Le gérant n'a pas fait de déclaration de cessation de paiement en temps utile, mais a poursuivi, à tout le moins maintenu, la situation déficitaire. Le dommage, soit le montant d'impôts impayés, se trouve dans un lien de causalité avec ces fautes.

Parties: Etat belge c. R.L.

(...)

3. Par sa citation précitée du 6 mai 2004, l'appelant demandait la condamnation de l'intimé au paiement de dommages et intérêts pour un montant de 11.016,37 EUR, ainsi que des intérêts judiciaires et des dépens.

L'appelant fondait cette demande, basée sur la responsabilité de l'intimé, sur les articles 262 et 263 C. soc. et l'article 1382 C. civ.

Le jugement attaqué déclarait la demande précitée recevable, mais non fondée et condamnait l'appelant au paiement des dépens.

9. 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».

10. Article 98, al. 3, du Code des sociétés.

De façon fort résumée, le premier juge a décidé que:

- on ne peut retenir de lien causal entre le non-dépôt des comptes annuels et le dommage invoqué par l'appelant, égal au montant des impositions d'office;
- le non-paiement de la taxe de circulation ne constitue pas une infraction à l'article 263 C. soc. et l'article 1382 C. civ. n'est pas applicable vu que le non-paiement d'une dette ne constitue pas un acte illicite dans le chef de l'administrateur.

GRIEFS / OBJET DE L'APPEL

4. L'appelant estime que tant l'intimé que le premier juge ont perdu de vue l'article 98, alinéa 3, C. soc. qui prévoit que le dommage réclamé par l'appelant est censé résulter du non-dépôt des comptes annuels, sauf si l'intimé prouve le contraire.

Selon l'appelant, l'intimé reste en défaut de fournir cette preuve contraire.

Toujours selon l'appelant, l'intimé, outre l'absence de dépôt des comptes annuels, a commis un certain nombre d'autres fautes dans la gestion de la société, lesquelles fautes présentent un lien causal avec le dommage subi par l'appelant.

L'appelant réclame par conséquent la réformation du jugement attaqué et l'octroi de sa demande originelle, et il s'oppose à l'octroi des facilités de paiement réclamées par l'intimé en ordre subsidiaire.

5. Pour résumer, l'intimé estime qu'aucune faute ou manquement ne peut lui être imputé qui serait en lien causal avec le dommage dont l'appelant poursuit l'indemnisation.

En ordre principal, il demande par conséquent la confirmation du jugement attaqué.

En ordre subsidiaire, l'intimé réclame l'octroi de facilités de paiement à concurrence de 50,00 EUR par mois.

APPRECIATION

6. L'appelant, qui en degré d'appel fonde toujours sa demande sur les articles 262 et 263 C. soc. et sur l'article 1382 C. civ., réclame l'indemnisation du dommage qu'il a subi pour la perte de:

- 9.972,93 EUR à l'impôt des sociétés,
 - 625,00 EUR à l'impôt des sociétés,
 - 207,90 EUR à la taxe de circulation,
 - 210,54 EUR à la taxe de circulation,
- soit au total, un montant de 11.016,37 EUR en principal.

7. Un manquement dans la gestion, s'il comporte une violation d'une norme de prudence imposée à quiconque ou d'une obligation légale ou réglementaire spécifique, peut constituer une faute contractuelle et donner lieu à la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 C. civ.

La cour constate que l'intimé ne conteste pas que, dans la période durant laquelle il a accepté un mandat d'administrateur au sein de la SPRL J&I Independent Partners, aucun compte annuel n'a été déposé, qu'aucune déclaration à l'impôt des sociétés n'a été intro-

duite et que les cotisations en matière d'impôt des sociétés et les taxes de circulation n'ont pas été payées.

7.1. Le jugement du tribunal de commerce de Gand du 7 novembre 2003, par lequel la SPRL J&I Independent Partners a été mise en liquidation et la clôture immédiate de la liquidation a été ordonnée, confirme pour autant que de besoin qu'il n'a pas été satisfait à l'obligation de dépôt des comptes annuels pour les trois dernières années.

Le constat, non contesté par l'intimé, qu'au cours de la période durant laquelle il a exercé un mandat d'administrateur, aucun compte annuel n'a été déposé implique une infraction incontestable de l'article 98 C. soc., du chef duquel d'ailleurs, en tant que gérant de la SPRL J&I Independent Partners, il peut être déclaré responsable, par l'application de l'article 263 C. soc., pour tous les dommages résultant de cette infraction.

7.2. Le constat, également non contesté, qu'aucune déclaration à l'impôt des sociétés n'a été introduite implique une méconnaissance manifeste des obligations fiscales en vigueur en la matière, du moins de l'obligation de prudence qui doit être prise en compte (voir plus loin n° 7.4).

7.3 En outre, il ressort des éléments produits, qu'également au cours de la période durant laquelle l'intimé exerçait un mandat d'administrateur, quelques paiements de cotisations à l'impôt des sociétés et en matière de taxes de circulation n'ont pas été effectués.

Vu que dans ses conclusions, l'intimé attribue lui-même expressément le défaut de ces paiements au fait qu'il soit devenu insolvable et au fait que la SPRL J&I Independent Partners se trouvait en état de cessation de paiement, il n'y a aucun doute que l'intimé a également manqué à l'obligation légale d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent dans le mois qui suit la cessation de paiement (article 9 loi Faillite).

7.4. Il appartient, en outre, au gérant d'une société d'assurer la gestion de la société avec la prudence et la pertinence nécessaires. Sa gestion implique qu'il adopte les décisions qui s'imposent pour poser les actes idoines au sein de la société ou pour les faire poser. Sa fonction de gestion emporte qu'il entreprenne lui-même les actions, ou qu'au moins il veille à ce que d'autres entreprennent les actions nécessaires, et qu'à défaut, il corrige le tir.

De l'ensemble des circonstances de fait détaillées ici, il apparaît à l'estime de la cour que l'intimé a manqué à son obligation d'assurer, en tant que gérant, d'une manière prudente, la gestion de la SPRL J&I Independent Partners.

L'absence de dépôt de déclaration à l'impôt des sociétés, le non-dépôt des comptes annuels, le non-paiement des dettes fiscales montrent clairement et témoignent du fait que l'intimé, au cours de la période durant laquelle il exerçait un mandat d'administrateur, ne s'est nullement préoccupé du respect de la législation fiscale et de celle en matière de sociétés par la SPRL J&I Independent Partners, ce qui constitue une profonde méconnaissance de son obligation de prudence.

7.5. Il ressort à suffisance de droit de ce qui précède que l'intimé s'est rendu coupable de diverses fautes au sens de l'article 1382 C. civ.

Se référant au rôle que jouait son partenaire d'affaires – Monsieur Janssens –, l'intimé argumente sans résultat que sa position ne lui permettait pas d'intervenir de manière efficace.

Les faits décrits ci-avant montrent qu'au cours de la période durant laquelle l'intimé a exercé un mandat d'administration au sein de la SPRL J&I Independent Partners, Monsieur Janssens n'était plus actif au sein de la société.

En effet, le 5 mars 2002, Monsieur Janssens a démissionné en tant que gérant et c'est l'intimé qui a été désigné comme gérant.

De même l'affirmation qu'il payait de ses propres fonds des affaires de la société et qu'il a constitué de cette façon un compte courant à son avantage n'est pas prouvée par l'intimé. Il ne produit, en effet, aucune pièce qui pourrait donner une certaine crédibilité à cette affirmation.

8. Le dommage qu'a subi l'appelant par l'agissement fautif de l'intimé est démontré à suffisance et est égal au montant des impôts et taxes non payés, vis-à-vis desquels l'intimé ne formule aucune contestation chiffrée.

Il existe indubitablement également un lien causal entre les fautes invoquées ci-dessus et le dommage.

La faute de l'intimé consiste notamment en ce qu'aucune déclaration de cessation de paiement n'a été faite dans les délais, mais qu'en revanche, une situation déficitaire a été poursuivie ou au moins a été maintenue au cours de la période durant laquelle l'intimé exerçait un mandat d'administrateur et des nouvelles cotisations d'impôt susceptibles d'être recouvrées ont été établies.

9. Vu que la demande peut ainsi être acceptée sur la base de l'article 1382 C. civ., la cour ne s'attarde pas sur l'article 263 C. soc., invoqué par ailleurs par l'appelant pour fonder sa demande.

La prise en compte de cette base juridique ne peut, en effet, rien ajouter à l'autre demande déjà considérée comme fondée sur la base de l'article 1382 C. civ.

10. A l'estime de la cour, les facilités de paiement demandées en ordre subsidiaire par l'intimé ne peut être acceptée.

L'intimé, qui ne produit aucune pièce, ne démontre en effet pas que sa situation financière pourrait justifier l'octroi des facilités de paiement sollicitées.

(...)

Par ces motifs,

La Cour,
Déclare l'appel recevable et fondé
(...)

366. La responsabilité à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts
 367. La responsabilité à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil
 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° 1095. – Gand (7^e ch.), 28 février 2011¹

Présentation: Cet arrêt illustre des manquements fautifs dans le chef de l'administrateur délégué d'une société: non-dépôt de comptes annuels, absence de procès-verbal des réunions de l'assemblée générale et du conseil d'administration, non-dépôt des déclarations à l'impôt des sociétés, omission d'introduire une réclamation suite à une imposition d'office rendant définitivement dues les cotisations (y compris les amendes et majorations), ... Ces manquements démontrent que l'administrateur délégué a totalement abandonné la société à son sort et n'a nullement assumé son mandat. La particularité de cet arrêt résulte du fait que suite à l'inaction du liquidateur, la procédure a été introduite par un créancier de la société mal gérée par l'administrateur délégué mis en cause, et ce dans le cadre d'une *action oblique* (article 1166 Code civ.).

Sommaire: L'*actio mandati* contre les administrateurs d'une société en liquidation doit être introduite par le liquidateur sans qu'une autorisation de l'assemblée générale soit requise à cette fin. Rien n'empêche un créancier, conformément à l'article 1166 C. civ., en cas d'inaction du liquidateur, d'introduire une action oblique. La société continue d'exister après la dissolution en vue de sa liquidation (article 183, § 1, C. soc.) et conserve la personnalité juridique. Les contraintes signifiées au siège social de la société ou, à défaut de siège social, à un administrateur, sont valables et interrompent la prescription, même lorsque la société a été mise en liquidation et que la signification n'a pas été notifiée au liquidateur. Le non-dépôt des comptes annuels pendant plusieurs années, l'absence de procès-verbal des assemblées générales ainsi que des réunions du conseil d'administration, l'absence de déclaration à l'impôt des sociétés et l'absence de recours contre les impositions d'office constituent un manquement manifeste dans l'exercice du mandat de l'administrateur délégué qui est de nature à porter gravement préjudice au patrimoine de la société.

Parties: L.F. c. Etat belge

(...)

^{1095.-1.} Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.A.B.G.*, 2012, liv. 9, p. 585 et note P. KORTBEEK; *R.W.*, 2012-13, liv. 19, p. 746 et note C. BERCKMANS; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, liv. 4, p. 277.

L'appelant peut être suivi dans son argument selon lequel après la dissolution judiciaire et la mise en liquidation de la SA V., il appartient au liquidateur, même sans l'autorisation de l'assemblée générale, d'intenter l'*actio mandati* à l'égard des administrateurs de la société.

L'appelant ne peut toutefois pas être suivi lorsqu'il affirme que durant la liquidation, le créancier ne peut agir à la place du liquidateur et qu'il doit attendre passivement que le liquidateur prenne ou non des initiatives pour mettre les administrateurs en cause et pour intenter effectivement l'*actio mandati*. Tout au plus, selon l'appelant, le créancier pourrait éventuellement se retourner contre le liquidateur s'il estimait que ce dernier manque aux obligations découlant de son mandat.

Ce faisant, l'appelant perd de vue l'article 1166 du Code civil, à savoir l'action oblique.

Selon l'article 1166 C. civ., les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, ce qui n'est manifestement pas le cas ici.

Si le liquidateur reste en défaut d'intenter une action en responsabilité contre les administrateurs, un créancier peut agir par la voie de l'action oblique (article 1166 C. civ.) contre un débiteur de la société, et en l'espèce contre l'appelant en sa qualité d'administrateur délégué de la société.

En l'espèce, le premier juge a considéré à très juste titre que l'intimé pouvait intenter de manière recevable une action oblique contre l'appelant:

«Lorsque [l'intimé] affirme dans la citation être le créancier de la SA V. et que, sous forme d'une action oblique, il intente une action en responsabilité contre l'administrateur délégué de la société, du fait de la défaillance du liquidateur, il présente la qualité et l'intérêt pour agir en justice (voir aussi Cass., 26 février 2004, RW., 2006-2007, 133).»

La Cour suit par conséquent le premier juge en ce qu'il a déclaré la demande originelle de l'intimé recevable, et également en ce qu'il soulève que la prescription éventuelle de l'action fiscale contre la société touche le fond de l'affaire.

Le premier juge a également décidé à bon droit que pour chacun des cinq articles, l'intimé a fait signifier dans les délais et de manière valide une contrainte interruptive de prescription.

L'appelant ne peut être suivi dans son argumentation lorsqu'il affirme, et persiste à soutenir en degré d'appel, que les contraintes relatives aux articles de rôle 482 et 725 n'emportent pas *in fisco* l'interruption valide de la prescription au motif que celles-ci n'ont pas été signifiées au liquidateur, ni au parquet.

En l'espèce, la cour constate tout d'abord que l'article 183, § 1, C. soc. (ancien article 178 L.C.S.C.) dispose expressément qu'une société est, après sa dissolution, réputée exister pour sa liquidation. Elle conserve sa personnalité juridique et sa qualité de société commerciale tant que la liquidation n'est pas clôturée.

L'examen des pièces produites révèle que le commandement interruptif de prescription du 12 janvier 2005, en ce qui concerne les articles du rôle 482 et 725, était destiné à être signifié au siège social de la SA V., mais qu'à défaut de siège social, il été signifié à l'appelant en application de l'article 42, 5°, C. jud.

L'absence de mention, dans ce commandement, que la SA V. est en liquidation et la signification à l'appelant ne portent pas atteinte à la validité de ce commandement et de son effet interruptif de prescription.

L'article 183, § 1, alinéa 2, C. soc. dispose expressément que toutes les pièces «émanant d'une société dissoute mentionnent qu'elle est en liquidation».

C'est également à juste titre que le premier juge a estimé à cet égard que l'appelant ne démontre pas que, compte tenu du fait qu'il n'était pas possible de signifier valablement au liquidateur qui n'avait pas été mis en fonction et désigné par jugement, les intérêts de la SA

V. en liquidation ont été violés suite à la signification de ce commandement à l'appelant, plutôt qu'au liquidateur et/ou au Procureur.

Contrairement à ce que l'appelant soutient à présent en degré d'appel, la signification à l'appelant n'entraîne pas la nullité absolue du commandement en application de l'article 862, 6°, C. jud.

Etant donné que l'irrégularité invoquée par l'appelant, en ce qui concerne la signification du commandement du 12 janvier 2005 en raison de la circonstance qu'elle n'a pas été faite au liquidateur et/ou au Procureur, ne porte pas sur la mention que la signification de l'acte a été faite à personne ou selon un autre mode fixé par la loi au sens de l'article 862, § 1, 6° C. jud., la nullité qui en découle ne peut être prononcée que lorsqu'en raison de l'omission ou irrégularité, la partie qui invoque l'exception n'a pas pu raisonnablement faire valoir ou entièrement faire valoir ses droits au cours d'une procédure normale (Cass., 8 septembre 2008, C.06.497.N, *www.cass.be*; Cass., 24 juin 1982, *Arr. Cass.*, 1981-1982, 1344; Cass., 14 juin 1985, *Arr. Cass.*, 1984-1985, 1425; Cass., 12 mai 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 541).

En l'espèce, la cour ne peut que constater que l'appelant, qui se fonde uniquement sur la nullité absolue, ne rend plausible d'aucune manière et ne prouve encore moins une telle lésion d'intérêts, ni dans son chef, ni dans celui de la SA V.

La prescription en matière fiscale invoquée par l'appelant sur base d'une prétendue nullité du commandement ne peut donc pas être prise en considération.

Devant le premier juge, l'appelant n'a pas soulevé de contestation quant à la responsabilité, au dommage et au lien de causalité mis à sa charge, si bien que le premier juge fit droit à la demande.

En degré d'appel, l'appelant conteste en revanche la responsabilité d'administrateur mise à sa charge et conclut au rejet de la demande de l'intimé.

Selon la cour, il ne fait aucun doute que l'appelant n'a nullement agi comme un administrateur normalement prudent, mais a au contraire agi de manière manifestement négligente.

Le non-dépôt des comptes annuels pour 1998 et les années suivantes, l'absence de procès-verbal des réunions de l'assemblée générale et du conseil d'administration, le non-dépôt des déclarations à l'impôt des sociétés et le fait d'omettre d'introduire une réclamation suite à une imposition d'office, rendant ainsi définitivement dues les cotisations y compris les amendes et majorations, démontrent déjà en soi à suffisance de droit que l'appelant a totalement abandonné la société à son sort et n'a nullement assumé son mandat comme un administrateur délégué agissant de manière normalement diligente et prudente, mais a manifestement manqué à ces obligations.

Selon la cour, il ne fait aucun doute non plus qu'en agissant ainsi de manière négligente et fautive, le patrimoine de la société a subi un grave dommage.

En effet, si l'appelant avait assumé sa tâche comme un administrateur normalement diligent et prudent, il n'aurait pas été établi d'amendes administratives en raison du non-dépôt des déclarations à l'impôt des sociétés et il n'aurait pas été établi d'impositions d'office, qui sont par ailleurs devenues définitivement dues à défaut de toute contestation.

L'*actio mandati* introduite par l'intimé au nom et à la place de la SA V. en liquidation à charge de l'appelant, action visant uniquement le maintien et/ou l'accroissement du patrimoine de sa débitrice, la SA V. en liquidation, s'avère dès lors fondée dans les circonstances données.

La cour confirme par conséquent, bien qu'en partie pour d'autres motifs, le jugement contesté en ce qu'il déclare l'action oblique de l'intimé non seulement recevable, mais également fondée. (...)

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

N° 1096. – Bruxelles, 13 janvier 2011¹

Présentation: Cet arrêt constitue une illustration originale de la faute d'un dirigeant susceptible d'engager sa responsabilité aquilienne à l'égard d'un tiers institutionnel comme l'Etat belge.

Sommaire: Engage sa responsabilité civile sur la base de l'article 1382 C. civ. à l'égard du ministère des Finances, l'ancien associé gérant salarié d'une société commerciale débitrice d'un arriéré de précompte professionnel dont les actions ont été cédées à sa nièce, peu rompue à la vie des affaires et notoirement insolvable, moyennant reprise de sa dette en compte courant comme prix de cession et en demandant à l'assemblée générale de la société d'approuver la convention.

En concluant une telle convention, l'ancien gérant n'a pas agi comme un gestionnaire normalement prudent et prévoyant placé dans les mêmes circonstances, sa faute consistant à avoir attiré une personne peu fiable au poste de gérant et, partant, la perte d'un actif important, à savoir l'action sociale en paiement de la dette en compte courant.

Le dommage, dont la naissance a un lien causal avec la cession des actions à un tiers incompetent pour exercer un mandat social de gérant, comprend l'intégralité du montant du précompte professionnel non versé, en ce compris le précompte professionnel échü après sa démission.

Parties: Etat belge c. C.

(...)

1. La SPRL Residentie B exploitait une résidence de personnes âgées dans l'immeuble qu'elle louait à l'intimé.

Le précompte professionnel réclamé était dû par la SPRL Residentie B pour la période de décembre 2000 à décembre 2002.

L'intimé était le gérant de la SPRL Residentie B depuis sa constitution le 29 avril 1982 jusqu'au 25 avril 2001, date à laquelle il a donné sa démission avec entrée en vigueur le 31 mars 2001.

1096.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.G.C.F.*, 2011, liv. 5, p. 394.

C., la nièce de l'intimé, a été nommée le 25 avril 2001 comme gérante avec entrée en vigueur le 31 mars 2001.

Un extrait du procès-verbal des minutes de l'assemblée générale extraordinaire du 25 avril 2001 a été publié conformément aux articles 74 *juncto* 76 C. soc. dans les annexes du *Mouiteur belge* du 11 mai 2001.

L'intimé avait antérieurement, le 5 février 2001, cédé ses parts dans la SPRL Residentie B à sa nièce C. et à son conjoint.

Le prix stipulé était égal au compte courant de l'intimé dans la société, d'un montant de 6.221.894 BEF (154.236,72 EUR) au 31 décembre 2000 (article 1 de la convention de cession des parts). La convention a été conclue sous la condition suspensive de l'absence de toute réclamation contre la cession des parts par le receveur des contributions directes ou l'Office National de Sécurité Sociale avant le 1^{er} avril 2001 (article 3).

L'addendum à la convention prévoyait encore qu'en l'absence de toute réclamation contre la cession des parts par le Receveur des contributions directes ou par l'Office National de Sécurité Sociale avant le 1^{er} avril, la cession des parts interviendrait de manière rétroactive au 1^{er} janvier 2001 (article 3), et qu'au cours de la période du 1^{er} janvier 2001 jusqu'au 31 mars 2001, l'intimé resterait désigné comme gérant (article 5).

Egalement conformément à l'addendum, l'acquéreur se portait fort que C. allait être désignée comme gérante (article 1), que décharge serait donnée à l'intimé (article 2), que l'intimé allait avoir, à partir du 1^{er} avril 2001, un statut d'employé dans la SPRL Residentie B avec un salaire brut de 177.000 BEF par mois et une indemnité kilométrique de 8 BEF (article 6) et que la SPRL Residentie B et la SPRL M. Beheer – qui exploitait également une résidence pour personnes âgées et dont C. et son conjoint étaient les gérants – allaient conclure avec l'intimé un contrat de bail de 9 ans à partir de janvier 2001 (article 7).

La convention a été portée à la connaissance du Receveur des contributions directes et de l'Office National de Sécurité Sociale, qui n'ont pas réagi.

La SPRL Residentie B a été déclarée en faillite le 5 mars 2002. La date de cessation des paiements a été fixée à la même date.

C. et son conjoint n'ont jamais remboursé à la société le montant de 6.221.894 BEF.

Ils ont ainsi été cités en paiement par le curateur le 18 avril 2002. Les parties ne donnent aucune information sur les résultats de cette procédure.

La faillite a été clôturée le 13 juin 2006 sans dividende pour l'appelant.

2. En ce qui concerne la cession des parts, l'appelant invoque une construction de vente des parts avec échange d'administration et reprise des dettes ou des avantages complémentaires et sans aucune certitude, ce qui fait que 6.221.984 BEF de ressources ont été enlevées à la société et ce qui divisait de deux tiers le total de l'actif.

Suivant l'appelant, les acquéreurs des parts étaient insolubles et l'intimé le savait.

En cédant la dette en compte courant d'un montant de 6.221.894 BEF aux acquéreurs insolubles des parts, la créance était, selon l'appelant, totalement perdue pour la société et l'actif de celle-ci a été ramené à un montant de 2.923.389 BEF, l'actif net étant même passé à un montant négatif de 3.820.006 BEF.

Après cette reprise de dettes, toute restauration de la société en perte était selon l'appelant exclue dans l'attente d'une faillite devenue inévitable, le précompte professionnel et les cotisations sociales ont été affectés au financement, notamment, des frais salariaux et locatifs élevés de l'intimé.

Ainsi, selon l'appelant, le précompte professionnel n'a pas été versé en 2000 et 2001, mais le loyer de 1.320.000 BEF et le salaire brut de 1.560.000 BEF ont été payés à l'intimé, et les primes de 60.000 BEF de l'Optiplan dirigeant d'entreprise (assurance de groupe) ont été payées au nom de l'intimé.

L'appelant invoque encore à ce propos l'existence d'une «sterfhuisconstructie» («construction mortuaire»)², établie pour reporter le prononcé de la faillite, ce qui a causé un préjudice au créancier.

Vu que l'intimé, personnellement débiteur du compte courant, s'est fait remplacer par des personnes insolubles et a donc définitivement conduit la société sur la voie de la faillite, le fait que le précompte professionnel soit resté impayé doit, selon l'appelant, lui être totalement attribué, et cela, même pour le précompte professionnel échu après sa démission comme gérant. L'appelant met en cause la responsabilité de l'intimé sur la base notamment de l'article 1382 C. civ.

3. Il est incontesté que C. et son conjoint n'ont jamais remboursé à la société le montant de 6.221.894 BEF.

On constate également que C. et son conjoint étaient gérants de la SPRL M. Beheer, qui le 26 avril 2001, c'est-à-dire même pas trois ans après sa constitution le 27 novembre 1998 et trois mois après la convention litigieuse du 5 février 2001, a été déclarée en faillite.

L'appelant produit un jugement du tribunal de commerce d'Anvers du 11 février 2004 qui condamne C. et son conjoint au paiement du précompte professionnel non versé par la SPRL M. Beheer pour la période de janvier 1999 à novembre (année illisible sur la copie produite) pour un montant de 37.545,43 EUR. Le jugement mentionne que C. et son conjoint n'ont pas introduit de déclaration à l'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2000, l'impôt des sociétés n'a pas été payé pour cette année et aucun compte annuel n'a été déposé.

L'intimé nie qu'il a cédé sa dette en compte courant à des personnes insolubles qui n'auraient jamais pu rembourser la dette de reprise à la société, ainsi que le fait qu'il ait eu connaissance de l'insolvabilité présumée.

C. a pourtant confirmé devant le premier juge qu'elle était «totalement insolvable» au moment de la convention, et que l'intimé, qui était son oncle, le savait.

En outre, l'intimé affirme même qu'il était stipulé que C. et son conjoint interviendraient pour l'apurement de la dette en compte courant de 6.221.894 BEF, vu qu'elle ne pouvait obtenir un prêt pour le financement des parts. L'intimé connaissait par conséquent l'insolvabilité.

L'intimé a même affirmé devant le premier juge que la convention «a fait l'objet de diverses discussions. C. et son conjoint ont été assistés par Monsieur Rotries, leur comptable. L'expert-comptable W. Cools, agissant pour la société était également présent».

Devant la Cour, l'intimé confirme que la convention avait fait l'objet de «discussions approfondies».

Au cours de ces discussions avec les experts comptables, la situation financière de la SPRL M. Beheer a nécessairement été évoquée, vu que cette société n'a pas seulement conclu un contrat de bail avec l'intimé (article 7 *addendum*, voir *supra*), mais qu'également une collaboration avec la SPRL Residentie B a été mise en perspective. L'intimé affirme à ce propos, en effet, dans ses conclusions: «il a, en effet, été dit «à l'intimé» que les bâtiments de M. Beheer devaient être évacués parce qu'ils n'étaient plus approuvés et que le ministère n'accordait plus de numéro d'agrément. Les patients de M. Beheer seraient transférés dans le bâtiment B. En outre, on attendait que des interventions importantes surviennent de la part des mutualités du fait de l'augmentation du personnel spécialisé et de l'augmentation du nombre de lits».

2. N.D.L.R.: Une *sterfhuisconstructie* est une construction juridique dans le cadre de laquelle les parties «viables» (rentables) d'une société au bord de la faillite sont regroupées dans une société tierce, tandis que les parties «restantes» (non rentables, à perte) sont maintenues dans la société d'origine, la «sterfhuis» («morgue»), qui tombe ensuite en faillite.

Sur la base des discussions, également avec les experts-comptables, l'intimé avait nécessairement connaissance de l'insolvabilité de C. et de son conjoint.

Sur la base de discussions approfondies, qui concernent également la SPRL M. Beheer, l'intimé avait nécessairement eu connaissance de la mauvaise gestion de C. et de son conjoint dans la SPRL M. Beheer et des difficultés financières de cette société.

Du fait de ces discussions approfondies, l'intimé n'est pas crédible lorsqu'il affirme qu'aucun argent frais n'a été mis sur la table pour la cession des parts, mais qu'il a été stipulé que le fait que l'acquéreur des parts devait intervenir pour l'apurement de la dette en compte courant était à ce moment «la meilleure solution» pour C. et son conjoint, qui attendaient des revenus élevés découlant de la collaboration avec la SPRL M. Beheer.

L'intimé ne pouvait pas raisonnablement penser qu'il s'agissait là de la meilleure solution pour la SPRL Residentie B et la SPRL M. Beheer. Ce n'était, d'une part, pas une bonne idée d'attirer C. comme nouveau gérant de la SPRL Residentie B vu sa mauvaise gestion dans la SPRL M. Beheer. Ce n'était, d'autre part, pas une bonne idée de céder la dette en compte courant à des personnes insolvables et incompetentes comme C. et son conjoint.

L'intimé visait exclusivement son propre intérêt. Sont symptomatique à ce propos, les explications que l'intimé donne pour le paiement du prix par la reprise de la dette en compte courant plutôt qu'avec de l'argent frais. L'intimé affirme, en effet, qu'il existait deux possibilités: soit le paiement des parts reçues, argent avec lequel il pouvait acquitter sa dette à la société, soit la cession de sa dette à l'égard de la société à C. et son conjoint; dans aucun des deux cas, il n'affecterait de fonds à la convention, selon l'intimé. L'appelant fait observer à ce propos à juste titre que l'intimé fait ainsi savoir qu'il ne trouvait pas important, en tant que gérant, que la créance reste impayée.

Lorsqu'il a stipulé le prix de ses parts et cédé la dette en compte courant, l'intimé agissait tant dans le cadre de la gestion de son patrimoine (ses parts dans la SPRL Residentie B) qu'en sa qualité de gérant de la SPRL Residentie B.

La cession de la dette ne pouvait, en effet, s'opérer qu'avec l'approbation du créancier (la SPRL Residentie B), du moins lorsque la cession est parfaite, c'est-à-dire lorsqu'elle emporte la libération du débiteur qui cède la dette (W., VAN GERVEN, *Verbintenisrecht*, Leuven/Voorburg, Acco, 2006, 581).

Il n'est manifestement pas contesté par les parties que la SPRL Residentie B a approuvé le nouveau débiteur de la dette en compte courant (C. et son conjoint) et la libération du débiteur originel (intimé). L'intimé invoque d'ailleurs que le curateur de la faillite de la SPRL Residentie B ne l'a pas cité lui, mais a cité C. et son conjoint en paiement de la dette en compte courant.

En outre, indépendamment du fait que l'intimé n'a pas fait application, en tant que seul gérant, du régime du conflit d'intérêts de l'article 260 C. soc., alors qu'il était confronté à une opération avec un intérêt patrimonial opposé à l'intérêt de la société, élément à propos duquel les parties n'ont pas conclu et que la cour n'approfondit pas davantage ici, l'intimé, en sa qualité de gérant, a commis incontestablement une faute au sens de l'article 1382 C. civ. en stipulant, dans les circonstances esquissées ci-avant, la reprise de sa dette en compte courant comme prix pour les parts et en faisant acquiescer la SPRL Residentie B à cette opération.

Un gérant normalement prudent et prévoyant, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas laissé approuver une telle reprise de dettes.

En outre, la contrainte du 31 mai 2001, suivie par une saisie immobilière exécutoire du 5 juillet 2001, montre que le précompte professionnel pour les mois de juillet 2000 à novembre 2000 n'a pas été versé par la SPRL Residentie B.

La contrainte datant déjà d'après la convention du 5 février 2001 et d'après sa démission comme gérant du 25 avril 2001, l'intimé avait connaissance du non-versement du précompte

professionnel pour les mois de juillet à novembre 2000 et de décembre 2000 à mars 2001, vu que durant cette période il était encore administrateur.

Autrement dit, l'intimé savait, à la date de la convention, que le versement du précompte professionnel posait problème. Il a malgré tout stipulé une convention par laquelle un actif important de la société, à savoir la créance en paiement de la dette en compte courant de 6.221.894 BEF, allait se perdre.

Les données du bilan de la société indiquent que l'actif est ainsi passé de 9.188.831 BEF à 2.966.937 BEF et que l'actif net lui-même est tombé à un montant négatif de 3.605.288 BEF.

Un gérant normalement prudent et prévoyant, placé dans les mêmes circonstances, aurait compris que le versement du précompte professionnel poserait également des problèmes à l'avenir, et il n'aurait pas diminué l'actif de la société d'une telle manière.

L'intimé cherche à tort à puiser un argument dans le fait que le Receveur des contributions directes et l'Office National de Sécurité Sociale n'ont pas réagi à la notification de la convention. L'obligation de notification de l'article 442bis CIR 1992 n'est, en effet, pas applicable à la cession d'actions ou de parts (Circulaire Ci. RH. 81/488.797 du 28 avril 1999, 4). On ne peut, par conséquent, pas tirer de conclusions de la notification et de l'absence de réaction.

4. L'intimé conteste le lien causal entre la cession de la dette en compte courant et le non-respect de l'obligation légale de versement du précompte professionnel.

Il argumente que s'il n'avait pas cédé sa dette en compte courant et qu'au lieu de cela, il avait reçu de l'argent frais, il l'aurait affecté à l'apurement de la dette en compte courant, mais que cela n'aurait pas garanti le paiement dans les délais du précompte professionnel dû à l'avenir.

Le lien causal peut être démontré par des présomptions de l'homme, notamment des présomptions déduites du cours normal des choses (H., BOCKEN, «Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het Hof van cassatie over het verlies vaneen kans», in PUC Willy Delva 2006-2007 – *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schuldevergoedingsystemen*, Malines, Kluwer, 2007, 209, n° 9).

L'argumentation précitée de l'intimé passe outre le fait que sa faute consistait à avoir attiré C. et son conjoint, des personnes de peu de confiance sur le plan de la gestion des sociétés, comme administrateurs de la SPRL Residentie B et d'avoir fait accepter par la société la nomination de tels gérants.

Dans cette optique également, l'intimé agissait comme gérant.

Le cours normal des choses est qu'un nouveau gérant adéquat aurait affecté le paiement obtenu de la dette en compte courant d'un montant de 6.221.894 BEF au versement du précompte professionnel d'un montant de 3.288.277 BEF (81.514,25 EUR) en principal au Trésor, d'autant plus que dans l'hypothèse présentée par l'intimé, l'actif de la société n'aurait pas baissé.

Le lien causal est par conséquent établi.

5. Le dommage s'élève à l'ensemble du montant réclamé du précompte professionnel non versé ainsi que des intérêts légaux et des frais de poursuite.

Il résulte de ce qui précède que la demande subordonnée de l'intimé de ramener le montant du dommage au précompte professionnel échu depuis décembre 2000 jusqu'au 31 mars 2001, soit un montant maximum de 7.921,05 EUR (c'est-à-dire le précompte professionnel dû pour la période de décembre 2000 jusqu'au 28 février 2001), vu qu'il était encore gérant seulement dans cette période, est non fondée.

La cour estime, en effet, prouvée la faute de l'intimé, commise le 5 février 2001, qui fût la cause du fait que le précompte professionnel n'a pas été versé, également après sa démission comme gérant.

La cour déclare la demande fondée sur la base de l'article 1382 C. civ. sans examiner les divers autres motifs soulevés par l'appelant, à savoir (dans ce même ordre), l'article 412 CIR 1992 et les articles 86 et 90 A.R./CIR 1992 relatifs au précompte professionnel, l'article 138 C. soc. relatif aux mesures assurant la continuité de l'entreprise, l'article 332 C. soc. concernant la procédure de la sonnette d'alarme, l'article 263 C. soc. relatif à la responsabilité des administrateurs pour violation des statuts ou du Code des sociétés, l'article 492bis C. pénal relatif à l'abus de biens sociaux, et l'article 265 C. soc. relatif à la responsabilité en matière de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société, lesquels fondements juridiques ne peuvent, en effet, entraîner un prononcé plus largement fondé sur la demande.

À l'audience, les parties ont marqué leur accord sur le montant de base de 3.000 EUR de l'indemnité de procédure.

Par ces motifs,

La Cour,

Statuant de manière contradictoire,

Déclare l'appel recevable et fondé,

Réforme le jugement attaqué,

Condamne l'intimé au paiement du montant de 93.406,32 EUR à titre de dommages et intérêts à majorer des intérêts au taux légal sur le principal de 81.514,25 EUR à partir du 30 janvier 2004 (date de la citation)

Dit que l'intimé est tenu à verser *in solidum* au paiement des montants précités.

(...)

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

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° 1097. – *Comm. Gand (2^e ch.), 4 avril 2011¹*

Présentation: Cette décision retient la responsabilité de trois dirigeants à l'égard de l'Etat belge pour une ardoise T.V.A. de la SA gérée, tant parce qu'ils n'ont pas présenté les comptes annuels à l'A.G. (présomption réfragable de lien de causalité entre cette omission et le préjudice subi par le tiers) que parce qu'ils ont violé l'obligation légale de reverser la T.V.A. perçue au Trésor.

Sommaire partiel: Lors de la perception de la T.V.A., la société agit comme relais de fonds de tiers (articles 92 et 528 C. soc.; article 1382 C. civ.).

1097.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, liv. 2, p. 147.

Parties: Etat belge c. K., K. et K.

(...)

Discussion

La partie demanderesse fonde sa demande de dommages et intérêts sur les articles 98, 527 et 528 C. soc. et sur l'article 1382 C. civ. parce que la T.V.A. perçue n'a pas été reversée par la société au Trésor.

En l'espèce, la société n'a jamais déposé de comptes annuels. Les parties défenderesses argumentent dès lors que l'article 98 C. soc. n'est pas d'application vu que cet article ne vise que les administrateurs qui n'ont pas déposé des comptes annuels approuvés, alors qu'en l'espèce, jamais les comptes annuels n'ont été approuvés.

Vu la dernière remarque des parties défenderesses, l'article 92 C. soc. est simplement applicable *mutatis mutandis*.

Cet article prescrit que si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans le délai de six mois de l'exercice, tous les dommages subis par les tiers sont, sauf preuve contraire, présumés résulter de cette omission.

Comme seul argument, les parties défenderesses relèvent encore que la partie demanderesse aurait pris elle-même un risque en continuant aussi longtemps à accorder un crédit irrégulier à la société. Cela entraînerait une rupture de la présomption de causalité.

Cet argument est rejeté. La dette d'impôt est née à partir du deuxième trimestre 2006.

Le 12 mars 2007, une contrainte a été signifiée. Le 31 mai 2007, il y a eu une saisie exécutoire. Le 1^{er} février 2008, l'huissier de justice a notifié à la partie demanderesse que la société avait quitté son siège social pour une destination inconnue. Sur quoi la demanderesse a mis les défenderesses et la partie citée en défaut le 6 février 2008.

La partie demanderesse s'est donc comportée de manière suffisamment diligente. Les parties défenderesses sont mal placées pour reprocher à la partie demanderesse un manque d'impatience pour échapper à leurs propres responsabilités.

Vu que la présomption de l'article 92 C. soc. n'a pas été réfutée et que les dettes sont nées durant la période de gestion par les parties défenderesses, la créance est fondée conformément aux articles 92 et 528 C. soc.

De manière superfétatoire, on peut encore faire remarquer que le non-reversement de la T.V.A. perçue constitue une infraction à une obligation légale, de sorte que la partie demanderesse peut également attaquer les parties défenderesses sur la base de l'article 1382 C. civ. La T.V.A. est une taxe sur la consommation pour laquelle la société agit seulement comme relais à l'égard de l'administration. Il ne s'agit pas ici de revenus propres que la société peut affecter conformément à ses besoins du moment.

(...)

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

N° 1098. – Gand (7^e ch.), 13 février 2012¹

Présentation: Cet arrêt met en œuvre la jurisprudence de la Cour de cassation du 20 juin 2005² que nous avons commentée à l'époque, et qui opérait un revirement à 180 degrés par rapport à son arrêt du 16 février 2001³, relativement à la responsabilité aquilienne d'un administrateur à l'égard des tiers, en sus de la responsabilité de la société elle-même, lorsqu'il a commis une *faute précontractuelle*.

En 2001, la cour estimait que la responsabilité personnelle du dirigeant ne pouvait être engagée en pareille circonstance, seule la responsabilité de la société ou du mandant étant engagée à l'égard des tiers, conformément à l'article 1992 du Code civil. L'immunité de l'organe ne s'appliquait cependant pas pour les fautes précontractuelles sanctionnées pénalement.

La cour considère désormais que s'il est vrai que la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe, mais coexiste avec celle-ci.

Sommaire: La faute commise par l'organe d'une société lors des pourparlers ayant mené à une convention avec un tiers, engage directement les obligations et la responsabilité de la personne morale représentée, mais n'exclut nullement la responsabilité personnelle de l'organe.

La théorie de la quasi-immunité de l'agent d'exécution ne fait pas obstacle à la responsabilité précontractuelle de l'administrateur pour des contrats conclus au nom de la société. La responsabilité personnelle de l'administrateur peut être engagée s'il a induit des tiers en erreur concernant la situation financière de la société.

Si l'administrateur savait déjà avec certitude, au moment de la conclusion du contrat, que la faillite de la société était imminente et qu'elle ne pourrait jamais honorer la dette contractée, il commet une faute précontractuelle, qui engage la responsabilité de cet administrateur.

A défaut de circonstances particulières alarmantes, on ne peut reprocher à un fournisseur de ne pas contrôler, pour chaque opération, les comptes annuels de son co-contractant ou, à défaut de ceux-ci, de ne pas faire d'enquête patrimoniale. Infliger une telle obligation serait un frein à la fluidité requise des opérations commerciales.

Parties: D. c. SA V.

1098.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *D.A.O.R.*, 2012, liv. 102, p. 206.
2. *J.T.*, 2006, p. 432, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 183; *J.D.S.C.*, 2006, n° 726, p. 90 et note M.A. DELVAUX intitulée «Une saga passionnante: la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale».
3. Cass. (1^{re} ch.), 16 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, liv. 2, p. 303; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107; *J.D.S.C.*, 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301; *R.W.*, 2002-03, liv. 9, p. 340; *Res. jur. imm.*, 2001, 123; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698 et note C. GEYS.

(...)

Faits et procédure en première instance

2. La SA D. a été constituée le 27 juin 2002 et était spécialisée dans la production de travaux de menuiserie, principalement pour l'aménagement intérieur. La SA V. (ci-après: «l'intimée») est le fournisseur d'installation pour le travail du bois dans l'industrie du meuble et la sous-traitance, avec une gamme complète pour la menuiserie.

Fin 2004, l'intimée a été contactée par D. (ci-après: «l'appelant»), en sa qualité d'administrateur de la SA D., avec comme mission de s'occuper du déménagement du parc des machines de la SA D. de ... vers ...

L'intimée a exécuté le déplacement matériel du parc des machines de la SA D. entre le 17 janvier 2005 et le 27 janvier 2005. Elle a, à la demande de l'appelant, de nouveau envoyé ses techniciens sur place entre le 14 et le 16 février 2005 pour le montage et l'installation de diverses machines, et une intervention à une des machines a encore été effectuée le 22 février 2005.

L'intimée a facturé ses prestations et services à la SA D. par la facture F.41.141 du 10 février 2005 pour 29.857,54 EUR, et sous forme de factures *pro forma* n°s 2.556 et 2.557 du 21 mars 2005 pour respectivement 3.983,67 EUR et 607,84 EUR. Ces factures n'ont pas été protestées, mais sont restées impayées.

Le 23 février 2005, le conseil d'administration de la SA D. a décidé de déposer le bilan, après quoi elle a fait aveu de faillite le 28 février 2005.

Par jugement du 3 mars 2005, le tribunal de commerce de Gand a prononcé la faillite de la SA D., Maître Guido Aerts ayant été désigné comme curateur. L'intimée a fait sa déclaration de créance au passif de la faillite pour un montant de 34.449,05 EUR, dont le curateur conteste le caractère privilégié tel qu'allégué.

Peu de temps après la faillite, le curateur a vendu l'ensemble de l'actif pour le prix de 65.315 EUR à la SA E., dont le siège est établi à la même adresse que la société faillie à ...

La SA E., bailleuse de ces bâtiments industriels, a introduit dans le passif privilégié une créance du chef d'arriérés de loyer pour un montant de 10.000 EUR.

Le passif total de la faillite s'élève à 952.387,21 EUR, dont un montant de 743.047,60 EUR fait partie du passif privilégié et un montant de 209.330,31 EUR fait partie du passif ordinaire. Le curateur prévoit que le produit de l'actif reviendra à la SA E. (bailleur impayé) et à la SA KBC Bank (créancier gagiste).

L'intimée affirme que l'appelant, en tant qu'administrateur, est responsable de sa perte, tant sur la base de l'article 1382 C. civ. que sur celle des articles 527 et 528 C. soc. Elle affirme qu'au moment même de la conclusion du contrat, l'appelant savait déjà que les prestations de l'intimée ne pouvaient plus et ne seraient pas rémunérées, et que par conséquent il agissait de mauvaise foi.

Par citation signifiée le 10 juin 2008, l'intimée a réclamé le paiement, à charge de l'appelant, d'un montant de 28.470,29 EUR, à majorer des intérêts compensatoires au taux d'intérêt légal à partir du 3 mars 2005 jusqu'au complet paiement, et à majorer des frais et dépens de l'instance.

Par le jugement *a quo* du 29 mars 2010, la demande a été déclarée recevable et intégralement fondée.

(...)

Appréciation

4. Si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette res-

ponsabilité n'exclut pas la responsabilité personnelle de l'organe (Cass., 20 juin 2005, D.A.O.R., 2005, 340).

Dans le cas d'une faute précontractuelle de l'organe d'une société, qui constitue une violation de l'obligation générale de prudence, cette responsabilité existe à l'égard des tiers parallèlement à la responsabilité de la société.

La doctrine de la quasi-immunité de l'agent d'exécution ne constitue pas un empêchement à la responsabilité précontractuelle de l'administrateur à l'occasion des conventions qu'il a conclues au nom de la société. La responsabilité personnelle de l'administrateur peut être mise en cause lorsqu'il a trompé des tiers à propos de la situation financière de la société.

Entre des parties qui négocient, il existe une obligation spéciale de prudence qui s'exprime principalement dans une obligation d'information concernant tous les éléments essentiels dont le cocontractant a besoin pour évaluer avec exactitude sa position contractuelle. Une violation entraîne l'obligation d'indemniser, conformément à l'article 1382 C. civ., le dommage causé au cocontractant.

5. Comme cela ressort des éléments factuels et des pièces, l'opération de déménagement du parc des machines de la SA D. – qui était demandée par l'appelant en sa qualité d'administrateur de cette société et qui a été exécutée par l'intimée – s'inscrivait manifestement dans un plan préalablement établi par l'appelant.

L'appelant avait manifestement élaboré le plan de se déclarer en faillite immédiatement après le déménagement de ses actifs de la SA D. et d'ensuite faire reprendre ses actifs par une société qui poursuivrait ces mêmes activités.

Déjà fin 2003, il apparaissait que les capitaux propres de la SA D. étaient tombés en-dessous de la moitié du capital, de sorte que l'appelant savait déjà pertinemment bien, au début 2004, que la société se trouvait dans une situation financière précaire.

En mars 2004, la SA E. a été constituée au même siège social. Celle-ci poursuivra ses actifs et activités dans les mêmes locaux après la faillite de la SA D. (le 3 mars 2005), sous la même dénomination commerciale («Woonproject») et avec le même logo.

Compte tenu du passif final de la SA D. (952.387,21 EUR), il s'agit ici d'une «sterfhuis-constructie» («construction mortuaire»). La reprise a été déjà facturée par le curateur le 31 mars 2005.

L'appelant était manifestement au courant de ce scénario de reprise lorsqu'il a contacté l'intimée pour déménager le parc des machines de la SA D. (très) peu de temps avant la faillite.

Dans le rapport du conseil d'administration de la SA D. du 23 février 2005, il a été décidé de déposer le bilan (sur aveu), aveu qui s'est fait au greffe le 28 février 2005.

L'intimée a exécuté les travaux convenus de déménagement du parc des machines entre le 17 et le 27 janvier 2005, conformément au délai convenu expirant le 31 janvier 2005. Les prestations n'ont jamais été protestées et ont été acceptées sans réserve. Le 10 février 2005, l'intimée a envoyé sa facture.

Par la suite, des interventions techniques complémentaires ont encore été commandées et exécutées, à savoir entre le 11 et le 22 février 2005, et ceci jusqu'au jour qui précède le moment où il a été décidé de déposer le bilan.

Les bons de travail concernés montrent que l'appelant a fait fournir par l'intimée des prestations pour avoir une entreprise totalement prête à la production (en vue de la continuité de l'entreprise par reprise) précisément pour le jour du dépôt du bilan de la SA D. Cette manière de faire montre la mauvaise foi à l'égard de l'intimée.

Le jour même où l'appelant déclarait la faillite sur aveu auprès du greffe (le 28 février 2005), une lettre a encore été écrite à l'intimée avec une proposition d'affaires totalement erronée et trompeuse.

C'est en vain que l'appelant impute le non-paiement de la facture de l'intimée au non-respect par la SPRL E. de son obligation de versement de 15.000 EUR en tant qu'actionnaire. Fin 2004, l'appelant savait déjà que cet actionnaire-débiteur ne remplirait pas ses obligations: déjà le 10 mars 2004, une procédure avait été intentée et le 13 avril 2004, une convention d'apurement avait été conclue, convention qui n'a pas été respectée.

On peut en conclure que la faute précontractuelle (*culpa in contrahendo*) est prouvée dans le chef de l'appelant. Lors de la conclusion du contrat avec l'intimée, il savait déjà avec certitude que la faillite de la SA D. était très proche et que l'intimée ne serait jamais payée pour ses prestations.

En décembre 2004, une transaction a été conclue avec le bailleur SA I., dans laquelle les arriérés de loyers, le précompte immobilier, les indexations, etc. ont reçu quittance en échange d'un dégagement anticipé rapide des locaux avant le 31 janvier 2005. A défaut de fonds pour ce déménagement, cela a été réalisé «sur le dos» de l'intimée. Un administrateur normalement prudent et consciencieux n'agit certainement pas de cette manière.

Au moment de la faillite, la société n'avait plus aucune liquidité. Les livres ont été déposés directement après l'opération de déménagement. Le curateur a constaté une charge de dettes de presque un million d'euros. L'appelant a commis également une faute de gestion en poursuivant une entreprise virtuellement en faillite, qui n'avait aucune chance de réussir. En outre, la procédure de la sonnette d'alarme n'a pas été respectée (article 633. C. soc.).

6. Le lien causal avec le dommage subi par l'intimée (le montant de ses factures impayées) est établi. Si l'intimée avait été au courant du fait de la situation de reprise et avait été au courant de la situation financière extrêmement mauvaise, elle n'aurait certainement pas conclu la convention concernée.

A défaut de circonstances particulières qui auraient dû l'alarmer, un fournisseur ne commet pas de faute lorsqu'il ne contrôle pas, pour chaque opération, les comptes annuels du co-contractant ou, à défaut de ceux-ci, il ne fait pas d'enquête patrimoniale. Infliger une telle obligation serait un frein à la fluidité requise des opérations commerciales. Le lien causal n'est par conséquent pas rompu par le comportement propre de l'intimée.

De même, la poursuite déraisonnable d'une entreprise déficitaire occasionne la naissance de créances qui sont irrécupérables, alors qu'elles n'auraient pas existé s'il avait été mis fin dans les délais à l'entreprise (Liège, 19 octobre 2004, R.D.C., 2006, 431).

La faute, le dommage et le lien causal apparaissent prouvés. La responsabilité de l'administrateur dans le chef de l'appelant est retenue, de sorte que le premier juge a jugé à bon droit.

L'appel est non fondé.

(...)

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

N° 1099. – Cass., 1^{re} ch., 21 septembre 2012¹

Présentation: Cet arrêt de la Cour de cassation est relatif à la responsabilité des administrateurs pour l'absence de versement du précompte professionnel, et ceci avant l'entrée en vigueur de l'article 442quater du CIR 1992. L'Etat belge introduit une action en responsabilité contre le dirigeant d'une société qui n'a pas versé le précompte professionnel. Cette obligation repose certes sur la société, et non sur ses dirigeants à titre personnel, mais si ces derniers manquent à leur devoir de diligence au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, ils sont tenus d'indemniser le préjudice en liaison causale avec leur manquement fautif, dans le cadre de leur responsabilité aquilienne. C'est ce qu'avait décidé la cour d'appel de Gand dans l'arrêt soumis à la Cour de cassation, les juges estimant que la poursuite d'une activité déficitaire et l'utilisation des sommes retenues sur les rémunérations brutes à un usage autre que le versement à l'Etat étaient fautifs, et que le dommage de l'Etat s'identifiait à la perte des créances fiscales (précompte professionnel). La Cour de cassation confirme cet arrêt.

Sommaire: L'administrateur ou le gérant n'est responsable du dommage résultant d'un acte illicite subi par le fisc en raison de l'impossibilité de percevoir le précompte professionnel que si la décision de ne pas verser ce précompte constitue une infraction à la norme générale de diligence au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute commise par l'administrateur ou le gérant et qui concerne le défaut de versement du précompte professionnel dans le cadre de la poursuite de l'activité génératrice de pertes peut être la cause du dommage subi par le fisc consistant dans le précompte professionnel qui ne peut être perçu auprès de la société.

Parties: G.T. c. Etat belge représenté par le ministre des Finances

(...)

III. LA DECISION DE LA COUR

I. Est qualifiée d'acte illicite au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, toute violation d'une norme légale ou réglementaire imposant ou interdisant un comportement déterminé.

^{1099.-1.} Cette décision a été publiée dans le *Fiscologue*, 2012 (sommaire CB), liv. 1.313, p. 12 et note CB, *Rev. prat. soc.*, 2013, n° 1, page 63.

En outre, toute infraction à la norme de diligence constitue aussi un acte illicite. La norme de diligence est violée lorsque l'on ne se comporte pas comme une personne normalement prévoyante et diligente se trouvant dans des circonstances identiques.

Toutes les obligations légales de la société ne constituent pas une obligation légale dans le chef des administrateurs ou du gérant en son nom propre. L'obligation du versement au fisc du précompte professionnel incombe plus particulièrement uniquement à la société dotée de la personnalité juridique et pas à ses administrateurs ou gérant personnellement.

Si l'administrateur ou le gérant n'est pas tenu à un comportement déterminé en vertu d'une disposition légale ou réglementaire, sa responsabilité doit être appréciée en fonction de la norme générale de diligence.

L'administrateur ou le gérant n'est, dès lors, responsable du dommage résultant d'un acte illicite subi par le fisc en raison de l'impossibilité de percevoir le précompte professionnel si la décision de ne pas verser ce précompte constitue une infraction à la norme générale de diligence, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La faute commise par l'administrateur ou le gérant et qui concerne le défaut de versement du précompte professionnel dans le cadre de la poursuite de l'activité génératrice de pertes peut être la cause du dommage subi par le fisc qui consiste dans le précompte professionnel qui ne peut être perçu auprès de la société.

2. Le juge d'appel a décidé que:

- l'on peut admettre que le gérant de la société ait admis que sa société ait omis de payer le précompte professionnel au cours de la période de départ qui est couverte par les enrôlements 530401160 et 531201961 dès lors que le gérant pouvait penser à ce moment, sans être déraisonnable, que la société pourrait se redresser;
- le non-paiement du précompte professionnel ne peut plus être justifié par la suite;
- en ce qui concerne les montants suivants enrôlés, le demandeur n'a pas respecté la norme générale de diligence en ne laissant pas la société privée à responsabilité limitée Safe Work Solutions verser le précompte professionnel et en laissant cette même société détourner les sommes retenues sur les rémunérations brutes des travailleurs de leur destination.

3. Le juge d'appel qui a décidé, par ces motifs, que le lien de causalité entre la faute du demandeur et le dommage est établi, à savoir la perte des créances fiscales à compter du précompte professionnel enrôlé sous l'article 531201962, a légalement justifié sa décision.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

(...)

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux dépens.

OBSERVATIONS

Signalons, même s'il s'agit d'administrateurs d'une ASBL et de dette de T.V.A., un arrêt intéressant de la cour d'appel de Gand du 23 mai 2011 (*Rev. prat. soc.*, 2013, n° 1, p. 72) et

surtout la note qui le commente, sous la plume de P. MALHERBE et intitulée «L'organe social et la dette fiscale impayée» (pp. 79 à 101).

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

N° 1100. – Bruxelles, chambre supplémentaire 6S, 9 février 2011¹

Présentation: Cet arrêt est également relatif à la responsabilité des administrateurs pour l'absence de versement du précompte professionnel *avant* l'entrée en vigueur de l'article 442^{quater} du CIR 1992. L'Etat belge introduit une action en responsabilité contre les dirigeants de la SPRL E.M. qui n'a pas versé le précompte professionnel relatif aux exercices d'imposition 2001 et 2002. Cette obligation repose certes sur la société, et non sur ses dirigeants à titre personnel, mais si ces derniers manquent à leur devoir de diligence au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, ils sont tenus d'indemniser le préjudice en liaison causale avec leur manquement fautif, dans le cadre de leur responsabilité aquilienne. En l'espèce, aucune faute en liaison causale avec le dommage de l'Etat belge n'a été établie de sorte que les anciens gérants de la SPRL ne doivent assumer aucune condamnation financière. La «simple» absence du versement du précompte professionnel au Trésor n'est pas une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Sommaire: L'Etat belge réclame en vain la condamnation des anciens gérants d'une société privée à responsabilité limitée au paiement de cotisations au précompte professionnel et à l'impôt des sociétés dès lors qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 442^{ter} du CIR 1992, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers ne s'étend pas aux simples fautes de gestion et qu'en l'espèce, il n'est pas établi qu'ils auraient poursuivi une activité déficitaire au mépris des intérêts des créanciers.

Parties: Etat belge c. X. et Y.

(...)

I. – Les faits et les antécédents

La demande de l'appelant introduite par citation du 22 août 2003 tendait à la condamnation des intimés, solidairement ou l'un à défaut de l'autre, en vertu des articles 1382 et 1383 du

Code civil, au paiement de dommages et intérêts équivalents à la dette fiscale de la SPRL E.M. soit 37.579,67 EUR en principal, à majorer des frais et intérêts.

La SPRL E.M. a été constituée par les appelants (lire: intimés) le 17 mars 2000. Elle a été déclarée en faillite sur citation de l'ONSS par un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 septembre 2002. La faillite de cette société a été clôturée faute d'actif par un jugement du 21 mai 2003. Aucune des parties n'a déposé la copie d'une décision du tribunal de commerce de Bruxelles fixant la date de la cessation des paiements par la société précitée. La société faillie est restée redevable envers l'appelant de 8 cotisations au précompte professionnel relatif aux exercices d'imposition 2001 et 2002 et d'une cotisation à l'impôt des sociétés de l'exercice d'imposition 2001, pour un montant total en principal de 37.579,67 EUR.

Comme les intimés ont été gérants de la société faillie depuis sa constitution jusqu'à sa faillite, l'appelant soutient qu'ils ont engagé leur responsabilité personnelle pour une faute commise dans la gestion de la société, la faute consistant en l'absence du versement du précompte professionnel au trésor, alors que les intimés ont continué à employer du personnel auquel ils ont versé des rémunérations et poursuivi l'activité économique de la société. Les intimés auraient ainsi, d'après l'appelant, créé des dettes en raison du paiement des rémunérations alors que des dettes de précompte professionnel anciennes restaient impayées.

Le jugement entrepris a déclaré la demande de l'appelant recevable, mais non fondée et en a débouté l'appelant, condamnant celui-ci aux dépens de l'instance aux motifs, notamment, que

l'appelant n'établissait pas que les intimés avaient commis une faute en effectuant d'autres paiements que ceux nécessaires à l'apurement des cotisations au précompte professionnel au détriment du trésor, alors que la situation de la société aurait permis de payer tout ou partie de ces cotisations et, qu'à défaut pour l'appelant d'avoir mis en œuvre les mesures d'exécution forcées que le Code des impôts sur les revenus lui reconnaissait, pour tenter de recouvrer les cotisations litigieuses et faute de produire un rappel de paiement desdites cotisations, l'appelant ne pouvait reprocher aux intimés d'avoir accordé un crédit illicite à la société à la charge du trésor, en augmentant les dettes impayées au précompte professionnel par la poursuite des activités.

(...)

III. – Discussion

A l'époque des faits, la responsabilité des dirigeants de sociétés était exclusivement réglée par l'article 270 du CIR 1992 aux termes duquel sont redevables du précompte professionnel les personnes physiques ou morales qui paient ou attribuent, notamment, des rémunérations.

L'article 86 de l'arrêté d'exécution du CIR 1992 rend, en outre, redevables du précompte professionnel «toutes les personnes qui, à quelque titre que ce soit, assurent totalement ou partiellement la direction ou l'administration de sociétés, association, établissement ou organisme sans personnalité juridique».

En ce qu'elle vise les sociétés, cette dernière disposition ne concerne que les sociétés «sans personnalité juridique». Si elle visait les sociétés dotées de la personnalité juridique, elle serait contraire à la loi en vigueur au moment des faits et ne pourrait recevoir application,

^{1100.-1.} Cette décision a été publiée dans *J.D.F.*, 2011, liv. 7-8, p. 232.

car elle sortirait des limites de la délégation de pouvoir contenue dans l'article 271 du CIR 1992.

Sous le régime en vigueur à l'époque des faits, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de l'article 442ter du CIR 1992, il était unanimement admis que les dirigeants de sociétés qui commettent une faute aquilienne, autre qu'une simple faute de gestion, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, peuvent être tenus personnellement responsables vis-à-vis des tiers auxquels cette faute a causé préjudice. Ce principe a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2005 (C.03.0105.F).

Cette responsabilité vis-à-vis des tiers ne s'étend pas aux simples fautes de gestion qui n'engagent la responsabilité des dirigeants de sociétés que vis-à-vis de la société (Code des sociétés, article 527). Par ailleurs, l'article 530 du Code des sociétés prévoit qu'en cas de faillite et d'insuffisance de l'actif d'une société anonyme 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 de l'actif.

Cette règle est applicable en principe aux gérants de SPRL (Code des sociétés, article 265).

Dans la présente espèce, il n'a pas été prouvé, par l'Etat belge, que les intimés auraient poursuivi une activité déficitaire au mépris des intérêts des créanciers. En effet, les intimés font état, sans être contredits sérieusement par l'appelant, de la survenance de problèmes graves de santé ayant affecté temporairement leur capacité de gestion. Par ailleurs, en l'espèce, les intimés avaient des espoirs raisonnables de céder à un tiers les activités de la société, ce qui nécessitait le maintien en vigueur des contrats d'emploi et il est raisonnable de penser qu'une telle cession aurait pu permettre, selon les intimés, une fin de la société sans insuffisance d'actif. Il faut aussi avoir égard au fait qu'en matière sociale, il n'est pas possible de rompre des contrats de travail sans générer des dettes de préavis importantes lesquelles doivent être payées sous peine de sanctions pénales, paiement qui engendre nécessairement des dettes de précompte professionnel. Dans le cas d'espèce, si une poursuite d'une activité déficitaire avait eu lieu, ce ne serait pas au mépris des intérêts des créanciers, mais dans l'intention de valoriser les avoirs de la société aux fins d'éviter toute insuffisance d'actif et tout préjudice aux créanciers, dont l'appelant.

La poursuite des activités déficitaires ne pourrait donc être, en l'espèce, qu'une erreur non fautive d'appréciation qui n'engendre pas la responsabilité des intimés à l'égard des tiers et à l'égard de l'appelant. Il en est d'autant plus ainsi que rien ne permet de penser que l'activité déficitaire a été poursuivie postérieurement à la réalisation des deux conditions de la faillite, à savoir, la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. A cet égard, les intimés font justement valoir qu'en ce qui les concerne, ils avaient maintenu crédit à la société dans la mesure où ils avaient suspendu tout paiement par la société d'avantage ou de rémunération quelconque à leur propre profit et que, par ailleurs, l'appelant s'était abstenu d'envoyer des rappels de paiement montrant qu'il n'accordait plus aucun crédit de fait à la société.

Enfin, et surtout, l'Etat belge n'établit pas, même avec approximation, à quel moment exact aurait débuté la poursuite déficitaire des activités de la société. A l'évidence, ce moment ne coïncide pas nécessairement avec le premier paiement des rémunérations pour lesquelles le précompte professionnel n'a pas été payé, ni la date à laquelle ont été formées les dernières opérations bénéficiaires engendrant une base imposable à l'impôt des sociétés. Dès lors, à

supposer qu'en l'espèce, on doive considérer comme fautive la poursuite des activités engendrant la responsabilité des intimés à l'égard de l'appelant, ce dernier n'établit pas le lien de causalité adéquat entre la faute commise et le dommage subi par l'Etat, à savoir la perte économique de ses diverses créances d'impôt et de précompte.

En ce qui concerne les dettes de précompte, il incombe, en effet, à l'Etat d'établir à quel moment, selon lui, les intimés auraient dû rompre les contrats de travail et montrer que de la sorte, ils auraient pu éviter des dettes de précompte à l'expiration des délais normaux de préavis en dégageant ainsi la date à partir de laquelle il faut considérer qu'est établi un lien entre les créances de précompte perdues et la faute prétendue.

L'on peut observer, en outre, que l'Etat qui se prétend victime, avait l'obligation, en cette qualité, de limiter son dommage allégué, ce qu'il s'est abstenu de faire en tout état de cause, en restant inactif pendant les deux années durant lesquelles il prétend reprocher aux intimés d'avoir poursuivi les activités de la société.

L'appel, recevable, sera partant déclaré non fondé.

Par ces motifs,

la Cour,

statuant contradictoirement,

(...)

déclare l'appel recevable, mais non fondé,

condamne l'Etat aux dépens de l'appel étant l'indemnité de procédure taxée dans le chef de chacune des parties de commun accord à 2000,00 EUR.

370. **La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**
 371. **L'exclusion de cette responsabilité dans les «petites» SPRL et SCRL**

N° 1101. – Gand (7^e ch.bis), 19 septembre 2011¹

Présentation: Les gérants à la tête d'une SPRL qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite peuvent-ils bénéficier de la *faveur* établie par l'alinéa 2 de l'article 265 du Code des sociétés en faveur des *petites* SPRL?

Sommaire: L'article 265, alinéa 2, du C. soc. prévoit que le gérant d'une SPRL ne peut être condamné pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite lorsque la société gérée a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR H.T.V.A., et si le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 EUR. Il ne peut être déduit du fait que les conditions de l'exception pour les petites SPRL se réfèrent à un chiffre d'affaires moyen au cours des trois exercices qui précèdent la faillite (article 265, al. 2, du C. soc.) et

1101.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans T.G.R.-T.W.V.R., 2012, liv. 4, p. 277.

au total du bilan au terme du dernier exercice que la responsabilité particulière de la faillite pour les gérants (article 265, 1^{er} al.) ne s'appliquerait pas à une SPRL qui est déclarée en faillite dans les trois années qui suivent sa constitution.

Il n'est pas pertinent du tout que la société ait fonctionné moins de trois ans. Le dernier exercice n'est pas le «troisième» exercice, mais «le total du bilan au terme du dernier exercice» est le total du bilan de l'exercice qui précède immédiatement l'année de la déclaration de faillite, de sorte qu'il n'est pas important de savoir si la société a fonctionné plus ou moins de trois ans.

La faute grave et caractérisée est toute faute qu'un gérant raisonnablement prévoyant et diligent n'aurait pas commise et qui est en contravention avec les règles essentielles de la vie des sociétés.

C'est une faute grave lorsque l'auteur avait conscience ou devait avoir conscience qu'elle contribuerait à la faillite. Le lien causal est prouvé dès qu'il est démontré que la faute a contribué à la faillite sans qu'il soit requis qu'elle soit l'unique cause de la faillite.

Parties: T. c. Me M. Gydé *qualitate qua* faillite SA BOUWBEDRIJF D.

(...)

T. soutient qu'il est préjudicié par le jugement rendu dans la mesure où sa responsabilité a été retenue et qu'il a été décidé que:

- l'article 265, alinéa 2 C. soc. n'est pas applicable en l'espèce;
- il n'aurait pas été impliqué dans le fonctionnement de la société;
- il aurait fait exploiter la société par des personnes insuffisamment qualifiées;
- suite à des contrôles insuffisants, il aurait laissé la situation perdurer trop longtemps, ce qui fait que la société a été privée de moyens qui lui auraient été nécessaires;
- un projet trop onéreux aurait été démarré au vu des possibilités limitées et des délais insuffisamment longs.

T. argumente essentiellement que:

- le curateur a attendu trop longtemps pour intenter l'action originelle, ce qui s'oppose aux règles de la tenue d'un procès équitable;
 - le libellé de la citation introductive ne permettait aucune défense adéquate, ce qui doit aboutir à l'irrecevabilité, ou du moins au caractère non fondé de la demande;
 - l'article 265 C. soc. ne peut trouver à s'appliquer en l'espèce vu que la SPRL J. est tombée en faillite avant l'expiration du délai de trois ans depuis sa constitution, de sorte que sa responsabilité sur pied de l'article 265 C. soc. ne peut être retenue;
 - en tout cas, aucune preuve n'est produite d'une faute grave caractérisée qui a contribué à la faillite;
 - et même dans le cas d'une responsabilité de principe sur la base de l'article 265 C. soc., il n'y a aucun motif de le condamner à une part, ni à l'ensemble des dettes de la SPRL J. faillie;
 - on ne peut lui attribuer aucune responsabilité de fondateur pour capital insuffisant.
- (...)

Appréciation

La demande de Me Gydé *qualitate qua* est basée sur:

- la responsabilité des gérants pour l'accomplissement des tâches qui leur sont attribuées et les responsabilités pour les manquements dans leur gestion (article 262 C. soc.);
- la responsabilité du gérant pour la faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite (article 265 C. soc.);
- la responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant.

Avant de décider au fond, tant sur l'appel principal que sur l'appel incident, il convient que la Cour se prononce sur le litige entre les parties concernant le caractère applicable ou non de l'article 265 C. soc.

T. fait, en effet, valoir que l'article 265 C. soc. ne peut trouver à s'appliquer en l'espèce du fait que la SPRL J. a été déclarée en faillite avant l'expiration des trois exercices comptables depuis la constitution.

Me Gydé *qualitate qua* estime, par contre, que l'article 265 C. soc. peut s'appliquer en l'espèce, même lorsqu'au moment de la faillite, trois exercices comptables ne sont pas expirés.

Le premier juge a conclu au caractère applicable de l'article 265 C. soc. sur la base des considérations pertinentes suivantes:

«L'article 265, § 2, C. soc. dispose que l'administrateur ne peut être condamné pour faute grave et caractérisée lorsque «la société en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 EUR».

La société a été constituée le 23 décembre 1999 et elle a été déclarée en faillite le 4 septembre 2001. Le seul exercice comptable est celui au 31 décembre 2001 (période du 24 décembre 1999 au 31 mars 2001).

Il ressort de ces comptes annuels que le chiffre d'affaires s'élève à 9.787.473 BEF (242.625,12 EUR) et le total du bilan à 17.665.386 BEF (712.619 EUR).

Conformément à l'article 265, § 2, C. soc., l'administrateur n'est libéré de sa responsabilité que si aucune de ces deux limites n'est dépassée et, en d'autres mots, que ni le chiffre d'affaire, ni le total des bilans ne dépasse les montants cités dans cet article.

Il est sans importance que la société ait fonctionné moins de trois ans; cela pourrait éventuellement poser problème si c'est le chiffre d'affaires moyen qui devrait être déterminé, mais cela ne joue aucun rôle pour déterminer le total des bilans.

Le dernier exercice comptable n'est pas le «troisième» exercice comptable, comme l'estime la partie défenderesse, mais «le total du bilan au terme du dernier exercice» et le total du bilan de l'exercice comptable qui précède l'année du prononcé de la faillite, de sorte qu'il est sans importance que la société ait fonctionné plus ou moins de trois ans. Vu que la limite du total de bilan est dépassée, le défendeur ne peut invoquer l'article 265, § 2 et il peut être tenu responsable conformément à l'article 265, § 1, C. soc.

La cour renvoie les parties aux considérations précitées qu'elle trouve justes et qu'elle considère comme reprises ici.

En réponse à l'argumentation que T. développe en degré d'appel, la cour ajoute ce qui suit aux considérations précitées:

De la circonstance que les conditions pour l'exception pour les petites SPRL renvoient au chiffre d'affaires moyen des trois exercices qui précèdent la faillite (article 265, § 2, C. soc.) et au total du bilan au terme du dernier exercice, on ne peut déduire que la responsabilité

spéciale en matière de faillite pour les gérants (article 265, § 1, C. soc.) ne serait pas d'application à une SPRL qui est déclarée en faillite dans les trois ans qui suivent sa constitution.

En décider autrement entraînerait, en effet, que les gérants de sociétés qui déjà, dès le début, satisfont aux conditions pour la responsabilité en matière de gestion, échapperaient à la responsabilité aggravée.

Lorsque trois exercices comptables ne sont pas expirés, le chiffre d'affaires d'un exercice comptable incomplet doit être complété au prorata (Gand, 16 juin 2003, *NjW*, 2004, 380; Com. Courtrai, 5 mars 2001, *R.W.*, 2001-2002, 748).

Attendu que – comme mentionné ci-avant – il apparaît pour la SPRL J. que la limite du total des bilans pour l'exercice comptable qui précède immédiatement l'année du prononcé de la faillite est déjà dépassée, de sorte qu'une appréciation, une budgétisation et/ou un complétement au prorata du chiffre d'affaires n'est pas pertinent de telle sorte que la cour ne s'attarde pas sur ces points.

Ce qui précède permet, par conséquent, de conclure que le fait que la SPRL J. est tombée en faillite avant l'expiration des trois ans depuis la constitution n'empêche pas une éventuelle responsabilité de T. sur la base de l'article 265, § 1, C. soc.

Dans la mesure où la demande est basée tant sur l'article 262 C. soc. que sur l'article 265 C. soc., Me Gydé, *qualitate qua*, reproche à T. que:

- il n'exerçait pas son mandat et qu'il s'est fait remplacer de manière permanente;
- il a délégué tous les pouvoirs de gestion aux managers successifs;
- il ne surveillait pas la gestion journalière;
- le précompte professionnel n'a pas été versé, ce qui ressort de la déclaration de créance du fisc (période de février à septembre 2001);
- la T.V.A. n'a pas été versée, ce qui ressort de la déclaration de créance du receveur de la T.V.A. (dette qui date d'avril 2001);
- les cotisations ONSS n'ont pas été payées, ce qui ressort de la déclaration de créance de l'ONSS (la dette ONSS est apparue à partir du 4^e trimestre 2000);
- aucune assurance couvrant les accidents du travail n'a été conclue alors qu'au moment de la faillite, du personnel était encore occupé;
- la comptabilité n'a été tenue que jusqu'au 1^{er} trimestre 2001, et qu'à la date du prononcé de la faillite, il n'y avait pas de comptes annuels aboutis et encore moins de comptes annuels déposés, ce qui a donné lieu finalement à une imposition d'office par le fisc;
- un certain nombre de fournisseurs de biens et de services cruciaux n'ont plus été payés au moins à partir d'avril 2011;
- une déclaration de cessation de paiement a été faite tardivement.

Sur base des considérations pertinentes suivantes, le premier juge a retenu la responsabilité de T.

«Il est incompréhensible que l'administrateur n'ait pas contrôlé avec rigueur le fonctionnement de la société et qu'il l'ait fait exploiter par des personnes qui étaient insuffisamment qualifiées. Cette absence de contrôle, de même que le choix erroné, a apparemment donné lieu à des malversations des administrateurs de fait concernés: du fait d'un contrôle insuffisant, cela a pu durer trop longtemps de sorte que la société a été privée des moyens nécessaires. Le tribunal estime, par conséquent, que cette négligence constitue une faute grave et caractérisée vu qu'un administrateur qui confie la gestion journalière de l'affaire à un tiers doit contrôler celui-ci à suffisance.

En outre, un projet bien trop onéreux a été démarré, au vu des possibilités limitées de la société, qui disposait d'insuffisamment de moyens sur le long terme, ce qui a eu pour consé-

quence que les moyens de fonctionnement de la société ont été atteints, avec pour conséquence un capital d'exploitation négatif».

La cour renvoie les parties aux considérations précitées qu'elle trouve justes et qui sont considérées comme reprises ici.

En réponse à l'argumentation développée par les parties en degré d'appel, la cour ajoute aux considérations précitées ce qui suit:

La faute grave et caractérisée est toute faute qu'un gérant raisonnable, prudent et diligent n'aurait pas commise et qui est contraire aux règles essentielles de la vie sociétale.

C'est une faute grave dont l'auteur était conscient, ou devait être conscient, qu'elle contribuerait à la faillite.

Le lien causal est prouvé dès qu'il est démontré que la faute a contribué à la faillite, sans qu'il soit requis que cela soit la seule cause de la faillite.

Contrairement à ce que T. soutient, les fautes citées par Me Gydé, *qualitate qua*, et plus précisément les fautes ci-avant, ne peuvent être ramenées à des éléments caractéristiques ou concomitants, inhérents à toute faillite. Déjà, la seule constatation que T. n'exerçait pas son mandat, qu'il s'est fait remplacer de manière permanente et qu'il déléguait tous les pouvoirs d'administration aux managers successifs sans exercer sur ceux-ci une surveillance et un contrôle sérieux, témoigne d'un manquement extrême et inacceptable qui s'oppose aux éléments essentiels de la vie de la société et qu'aucun gérant raisonnable et équilibré, placé dans des circonstances similaires, n'aurait commis, ce manquement ayant contribué à la faillite de la SPRL J.

L'argumentation que T. avance en ce qui concerne Monsieur V. et dans laquelle il soutient que la personne concernée était seulement un candidat repreneur auquel, en vue de l'appréciation de ses capacités, il a confié durant une courte période l'exploitation de la brasserie, n'est pas convaincante.

La constatation que Monsieur V. a réussi – lorsqu'il a disparu sans demander son reste – non seulement à emporter tout l'argent, mais également toutes les pièces comptables montre, à l'estime de la cour, que:

- l'exploitation par Monsieur V. allait manifestement bien plus loin que le test de capacité allégué;
- il avait été donné accès, apparemment sans aucune forme de surveillance et/ou de contrôle, aux fonds et aux pièces comptables, ce qui a incontestablement été propice à leur disparition.

En soi, il n'y a pas de faute grave et caractérisée de poursuivre une société et à ne pas faire de déclaration de cessation de paiement, même si l'activité reste en perte de manière permanente.

Il doit y avoir des éléments complémentaires qui «colorent» l'aspect de perte dans une mesure telle qu'un administrateur raisonnable, prudent et diligent aurait tout mis en œuvre pour que la société ne continue pas à exister et/ou aurait été conscient que la subsistance aurait contribué à la faillite.

La cour estime que de tels éléments complémentaires sont présents en l'espèce.

Selon la cour, des éléments objectifs produits, parmi lesquels le fait que le précompte professionnel, la T.V.A., les cotisations ONSS n'ont pas été payés et que la comptabilité n'était tenue que jusqu'au premier trimestre 2001, que diverses factures d'achats n'ont pas été comptabilisées et que les comptes annuels n'ont pas été terminés, ni même déposés, il ressort que l'activité commerciale déficitaire a été poursuivie sans aucune perspective d'un assainissement éventuel et/ou d'un quelconque avenir réaliste et avec un mépris incontestable des intérêts des créanciers.

Une telle manière de faire et la déclaration tardive de cessation de paiement qui y est liée constituent, à l'estime de la cour, des fautes graves et caractérisées qu'un gérant normalement prudent et diligent n'aurait pas commises et qui ont mené à une accumulation des dettes, ce qui a incontestablement contribué à la faillite de la SPRL J.

OBSERVATIONS

Nous avons toujours soutenu que les gérants à la tête d'une SPRL qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite ne peuvent pas bénéficier de la *faveur* établie par l'alinéa 2 de l'article 265 du Code des sociétés en faveur des *petites SPRL*. Ces gérants se trouvent, en effet, dans l'impossibilité d'établir le respect d'une des deux conditions *cumulatives* permettant de les libérer de leur responsabilité (à savoir prouver qu'au cours des trois exercices précédant la faillite, le chiffre d'affaires moyen était inférieur à 620.000 EUR), et donc ils demeurent tenus.

Cependant, certains juges² persistent à considérer que les dirigeants d'une société (SPRL ou SCRL, la faveur n'existant pas pour les SA) ayant moins de trois ans d'existence au jour de sa faillite profitent *d'office* du bénéfice des articles 265, alinéa 2 ou 409, alinéa 2 du Code des sociétés. Cette assimilation de toute société presque «morte née», et ce quelle que soit son importance économique, à une «petite» SPRL ou SCRL nous semble inadmissible au regard du texte légal, puisque le second alinéa des articles 265 et 409 du Code des sociétés se présente comme une *exception* au principe de responsabilité posé à l'alinéa premier, et plus précisément comme une restriction à son champ d'application, et que les exceptions sont de *stricte interprétation*.

Le présent arrêt offre une troisième approche, à savoir qu'il considère que si la société ne connaît pas trois exercices comptables, le chiffre d'affaires d'un exercice comptable incomplet doit être complété au *pro rata* pour ensuite vérifier si les conditions peuvent ou non être réunies.

La cour d'appel de Gand avait déjà initié cette jurisprudence dans un arrêt du 16 juin 2003³ confirmant un jugement du tribunal de commerce de Courtrai⁴, deux décisions qu'elle cite d'ailleurs dans l'espèce commentée.

La cour décidait qu'il lui revenait de tenter de cerner, par des projections, tant le chiffre d'affaires qui pourrait être réalisé durant le laps de temps nécessaire pour parvenir à trois exercices complets que le total du bilan qui pourrait être réalisé lors du dernier exercice, afin de pouvoir vérifier le respect des deux conditions chiffrées imposées par le législateur. Pour compléter le ou les exercice(s) incomplet(s) au *pro rata*, un expert pouvait être désigné afin d'effectuer les «savants calculs» nécessaires.

Nous ne partageons pas cette thèse pour les mêmes motifs que ceux développés ci-avant.

2. Voir par exemple Comm. Bruxelles (5^e ch.), 14 février 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241 et note M.A. DELVAUX. Sur cette question, voir notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. not., Tome XII, Livre IV, et Larcier, 2^e éd., 1997, n° 317-1, p. 270; C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *op. cit.*, p. 180; J.F. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 233-234; F. T'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. T'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103.

3. *J.D.S.C.*, 2005, n° 668, p. 188 et note M.A. DELVAUX intitulée «L'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL et SCRL: qui prouve quoi?»; *NjW*, 2004 (abrégé), liv. 65, p. 380, note M.T.

4. Comm. Courtrai, 5 mars 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 511, p. 221 et note M.A. DELVAUX, «La charge de la preuve des conditions pour bénéficier de l'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL», *R.W.*, 2001-2002, p. 748.

En outre, deux écueils doivent être soulignés. D'une part, l'arrêt commenté semble examiner uniquement la condition du bilan du «dernier exercice», et s'écarter de la condition clairement formulée relativement au chiffre d'affaires *moyen* des «trois derniers exercices» qui précèdent la faillite. D'autre part, comment imaginer extrapoler le chiffre d'affaires futur d'une société sur base des résultats déjà connus, alors même que de nombreuses circonstances (économiques, politiques, sociales, conjoncturelles, ...) sont susceptibles de bouleverser les prévisions? N'est-ce pas une tentative irréalisable, voire même fantaisiste?

Nous persistons donc à privilégier une application stricte du texte, en vertu de laquelle sont exclus du bénéfice des alinéas 2 des articles 265 et 409 du Code, les dirigeants des SPRL et SCRL n'ayant pas trois années d'existence.

370. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société – La responsabilité à l'égard de l'ONSS

N° 1102. – Anvers (5^e ch.bis), 13 octobre 2011¹

Présentation: Sous un chapitre intitulé «Responsabilité personnelle et solidaire des gérants et administrateurs de sociétés en cas de faillite», la loi-programme du 20 juillet 2006² a ajouté un second paragraphe aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'ONSS 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 sociale³.

Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date⁴.

La question s'est posée de savoir si le dirigeant pouvait être personnellement tenu de la dette ONSS d'une société dont la faillite a été déclarée *après* l'entrée en vigueur de ces dispositions, lorsqu'il a géré au moins deux autres sociétés dont la faillite a été prononcée *avant* ladite entrée en vigueur.

Sommaire: La responsabilité personnelle et solidaire, pour l'ensemble ou une partie des cotisations sociales, majorations de cotisations, intérêts de retard et indemnités forfaitaires dus au moment du prononcé de la faillite, incombe aux gérants des sociétés déclarées en faillite depuis le 1^{er} septembre 2006 qui se trouvaient à ce moment-là dans la situation visée à l'article 38, § 3octies, 8,

1102.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Limb. Rechtsl.*, 2012, liv. 4, p. 260 avec une note.

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

3. Article 38, § 3octies, 8^o de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

4. En vertu de l'article 59 de la loi-programme précitée.

de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

Pour l'application de ces dispositions, il n'est pas requis que les deux faillites visées à l'article 38, § 3^{octies}, 8 de la loi du 29 juin 1981 se soient produites après l'entrée en vigueur de l'article 265, § 2, C. soc. Cette constatation n'a pas pour effet de conférer un effet rétroactif à l'article 56 de la loi-programme du 20 juillet 2006, qui a introduit l'article 265, § 2 C. soc. Ce qui fait naître la possible responsabilité des gérants ou des administrateurs de fait visés à l'article 265, § 2, C. soc., c'est la faillite d'une société prononcée après son entrée en vigueur. Le fait que cette responsabilité incombe aux gérants, aux anciens gérants et aux administrateurs de fait qui répondent à certaines caractéristiques établies dans le passé ne confère pas à cette disposition un effet rétroactif.

Cette disposition n'a pas pour conséquence que ces personnes sont tenues responsables des dettes envers l'ONSS des personnes physiques ou morales déclarées en faillite avant le 1^{er} septembre 2006, mais seulement pour les dettes de la société déclarée en faillite après le 1^{er} septembre 2006.

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

OBSERVATIONS

Lorsque la loi-programme du 20 juillet 2006, qui aggrave substantiellement la responsabilité civile des dirigeants de société en les rendant personnellement responsables des cotisations et majorations ONSS en certaines circonstances, est entrée en vigueur, on s'est légitimement demandé si le dirigeant pouvait être personnellement tenu de la dette ONSS d'une société dont la faillite a été déclarée *après* cette entrée en vigueur au motif qu'il aurait géré au moins deux autres sociétés dont la faillite a été prononcée *avant* celle-ci.

Le tribunal de commerce de Bruxelles⁵ a répondu par la négative, après avoir souligné que la loi-programme ne contient aucune disposition de droit transitoire sur l'étendue d'application dans le temps; elle ne déroge donc pas au principe de la non-rétroactivité des lois. Le Tribunal considère dès lors qu'il doit être admis que ces dispositions ne régissent pas la réparation de dommages dont la cause (ou le fait générateur, soit en l'espèce avoir été impliqué dans au moins deux faillites laissant une ardoise sociale) est antérieure à leur mise en vigueur. Lorsque les deux faillites laissant une ardoise ONSS ont été prononcées *avant* l'entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006, le principe de non-rétroactivité de la loi exclut en effet, selon le Tribunal, que la responsabilité du dirigeant soit engagée sur cette base.

Un jugement de la 29^e chambre du tribunal de Commerce de Bruxelles du 9 décembre 2008⁶ confirme cette thèse selon laquelle, à défaut de dispositions transitoires dérogatoires, les conditions des paragraphes 2 des articles précités doivent être remplies *après* le 1^{er} septembre 2006. C'est la solution adéquate, selon notre analyse.

5. Comm. Bruxelles, 27 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, n° 915, p. 231 et obs. M.A. DELVAUX.

6. Comm. Bruxelles (29^e ch.), 9 décembre 2008, *R.W.*, 2009-10, liv. 6, p. 250; *J.D.S.C.*, 2010, n° 957, p. 149.

Cependant, le tribunal de Commerce de Tongres a considéré, dans un jugement du 9 octobre 2008⁷, que la disposition nouvelle prévoit une délimitation très claire dans le temps, à savoir la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite de la société, ce qui lui semble suffisant pour considérer que la disposition s'applique *immédiatement*, même si les faillites antérieures se sont produites *avant* la date de son entrée en vigueur.

C'est dans ce sens que va la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt annoté.

L'arrêt de la cour d'appel de Gand publié ci-après va également dans le même sens.

370. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société – La responsabilité à l'égard de l'ONSS

N° 1103. – Gand (7^e ch.), 19 décembre 2011¹

Présentation: Dans le cadre de sa responsabilité particulière à l'égard de l'ONSS, un dirigeant peut-il être personnellement tenu de la dette d'une société dont la faillite a été déclarée *après* l'entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006 lorsqu'il a géré au moins deux autres sociétés dont la faillite a été prononcée *avant* ladite entrée en vigueur?

La cour d'appel de Gand répond positivement, comme la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt précédent.

Au préalable, la cour refuse d'interroger la Cour constitutionnelle, comme demandé par l'intimé, relativement à la prétendue inégalité instaurée entre les administrateurs de SA, SPRL et SCRL d'une part, et les dirigeants des autres formes sociétaires, d'autre part, ces derniers échappant à cette responsabilité aggravée.

Sommaire: L'article 530, 2°, C. soc. ne dérogeant pas au principe de non-rétroactivité fixé à l'article 2 du C. civ., cette disposition qui prévoit un nouveau régime de responsabilité ne peut être appliqué qu'aux faillites prononcées après le 1^{er} septembre 2006 (date d'entrée en vigueur de l'article 58 de la loi-programme du 20 juillet 2006 modifiant l'article 530 C. soc.).

Le fait que cela génère la responsabilité de l'administrateur n'est apparu, n'a été exécuté et n'est devenu définitif qu'au moment de la faillite de la société.

Les conditions qui mènent à cette responsabilité (notamment deux faillites préalables précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi) peuvent toutefois se situer avant la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

D'autre part, l'administrateur est uniquement responsable pour la période pendant laquelle il a exercé le mandat d'administrateur.

Parties: ONSS c. V.F.

7. Comm. Tongres (2^e ch.), 9 octobre 2008, *R.W.*, 2008-09, liv. 25, p. 1.057; *J.D.S.C.*, 2010, n° 956, p. 144 et note M.A. DELVAUX intitulée «La responsabilité à l'égard de l'ONSS et le droit transitoire».

1103.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, liv. 3, p. 197.

(...)

La demande de l'intimé de suspendre l'actuelle procédure jusqu'au terme de la procédure pénale menée à l'initiative du curateur de la SA V. ne peut pas être acceptée.

L'article 4 du Titre Préliminaire du Code de Procédure pénale dispose que si l'action civile et l'action pénale ne naissent pas d'une même infraction, l'action civile est suspendue tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

La procédure civile ne doit être suspendue que si l'action pénale est intentée et s'il n'a pas été décidé de manière définitive sur celle-ci.

Cette règle n'a été instaurée qu'en vue d'éviter une contrariété ou une incompatibilité entre les décisions pénales et civiles, de sorte que cette règle ne s'applique que lorsque l'action civile se fonde sur les mêmes éléments que l'action pénale. L'objet et la cause des deux actions doivent être les mêmes.

La cour constate que rien ne montre que l'action civile et l'action pénale procèdent d'une même infraction et que l'objet et la cause de l'action pénale sont similaires à l'objet et la cause de l'action civile. L'objet de cette procédure d'appel civil est la demande de l'appelant pour que l'intimé soit déclaré personnellement et solidairement responsable de toutes les cotisations sociales, suppléments de cotisations, intérêts de retard et pénalités visées à l'article 54ter de l'arrêté d'exécution de la Sécurité Sociale (A.R. 28 novembre 1969, M.B., 5 décembre 1969) dus au moment de la faillite de la SA V., alors que dans la procédure pénale, le curateur vise apparemment l'apurement de l'ensemble du passif constitué depuis le 1^{er} septembre 2000.

Par la seule production de la citation qui lui a été signifiée devant le tribunal correctionnel d'Ypres et les conclusions déposées dans la procédure pénale, l'intimé ne démontre par conséquent pas à suffisance de droit que l'objet et la cause de l'actuelle procédure d'appel civil sont similaires à l'objet et à la cause de l'action pénale.

Enfin, la Cour constate que l'intimé n'a fourni aucune information relative à la situation actuelle de la procédure pénale invoquée, dans laquelle, selon les pièces produites, il devait se justifier devant le tribunal correctionnel le 6 décembre 2010, soit il y a déjà un an.

La prétendue inégalité – objet de la question préjudicielle visée – résulte selon l'intimé du fait que l'article 530, § 2, C. soc. (pour la SA), lu conjointement avec l'article 265, § 2, C. soc. (pour la SPRL) et l'article 409, § 2, C. soc. (pour la SCRL), limite la responsabilité personnelle et solidaire aggravée des administrateurs à ces trois formes de société, alors que cette limitation ne s'applique pas aux autres formes sociétaires.

Le législateur a prévu un éventail diversifié de types de sociétés, chacune avec leurs caractéristiques et potentialités propres.

Il est clair que l'intimé a lui-même choisi d'accepter un mandat d'administration au sein de la SA V.

Il n'y a donc pas lieu de poser une question préjudicielle comme l'intimé le propose. Le propre choix de l'intimé d'exercer un mandat d'administration au sein de V., du fait de la nature propre et des caractéristiques de V. en tant que SA, comporte des conséquences spécifiques par rapport aux administrateurs, également en ce qui concerne la responsabilité en matière de faillite.

Du fait qu'il n'y a pas de violation manifeste de la Constitution par l'article 530, § 2, C. soc., la Cour n'est pas tenue de répondre positivement à la demande de l'intimé de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle (article 26, § 2, de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle).

Par ailleurs, la cour constate encore que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 17 septembre 2009, a déjà décidé que l'article 530, § 2, C. soc., tel qu'il a été instauré par

l'article 58 de la loi-programme du 28 juillet 2006 et modifié par l'article 88 de la loi du 27 décembre 2006, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (M.B., 27 novembre 2009 (extrait), 74.249; R.W., 2009-2010, n° 28, 1.178).

La cour ne peut partager l'argumentation de l'intimé par laquelle il tente de présenter l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle comme irrelevant en la matière.

Sous le considérant B.4., la Cour constitutionnelle définit, en effet, la question préjudicielle concernée comme suit:

«La question préjudicielle concerne la compatibilité de la disposition en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle instaure, pour une catégorie déterminée d'administrateurs, une responsabilité personnelle et solidaire dérogatoire au régime de droit commun de la responsabilité, sur la base de la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale».

L'article 530, § 2, C. soc., qui est discuté en l'espèce prévoit la responsabilité personnelle et solidaire des «administrateurs, anciens administrateurs, et administrateurs de fait» de la société:

- soit lorsqu'ils ont commis une faute grave qui est à la base de la faillite;
- soit lorsque, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites entraînant des dettes à l'égard de l'Office National de Sécurité Sociale.

Le deuxième paragraphe de l'article 530 C. soc. a été ajouté par l'article 58 de la loi-programme du 20 juillet 2006 (M.B., 20 juillet 2006).

Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006.

Vu que cette loi ne déroge pas expressément au principe de non-rétroactivité inscrit à l'article 2 C. civ., cette disposition qui instaure un nouveau régime de responsabilité ne peut être appliquée qu'à des faillites qui sont prononcées après le 1^{er} septembre 2006.

L'appelant n'invoque pas le fait que l'intimé aurait commis une faute grave qui est à la base de la faillite.

L'appelant fonde sa demande sur le fait que l'intimé, au cours de la période de cinq années précédant la faillite de la SA V., a été impliqué dans au moins deux faillites avec des dettes à son égard.

L'intimé affirme que ce nouveau régime de responsabilité ne s'applique qu'à des faits qui mettent en cause cette responsabilité et qui se situent après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition. Toujours selon l'intimé, les conditions qui mettent en jeu la responsabilité de l'article 530, § 2, C. soc., doivent être remplies après l'entrée en vigueur de ces dispositions, soit après le 1^{er} septembre 2006, de sorte que l'appelant ne peut invoquer, pour fonder son action basée sur l'article 530, § 2, C. soc., que des faillites dans lesquelles l'intimé était impliqué après le 1^{er} septembre 2006.

Concrètement, l'intimé soutient que l'appelant ne peut invoquer la faillite de la SA V.A. qui a été prononcée par le jugement du 12 décembre 2005, soit avant l'entrée en vigueur de l'article 530, § 2, C. soc.

La cour estime que l'intimé ne peut être suivi dans cette argumentation.

La responsabilité de l'intimé ne commence à courir et n'est mise en cause que suite à la déclaration de faillite de la SA V. le 26 octobre 2007, soit après l'entrée en vigueur de l'article 530, § 2, C. soc.

Le fait que les deux autres faillites invoquées par l'appelant datent d'avant l'entrée en vigueur de la disposition précitée n'y porte pas préjudice.

Le fait qui génère la responsabilité de l'intimé n'a pris naissance, ne s'est réalisé et n'est devenu définitif qu'au moment de la faillite de la SA V., le 26 octobre 2007.

Le principe de la non-rétroactivité implique que les faits qui se sont produits sous l'ancienne loi et qui à l'époque n'étaient pas à même de faire naître ou d'éteindre une certaine relation juridique ne peuvent être appelés par la nouvelle loi, si cette nouvelle loi ne veut pas acquérir d'effets rétroactifs (W., VAN GERVEN, *Algemeen Deel, Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, 1973, p. 68).

L'appelant n'attache pas de responsabilité à la faillite qui s'est produite avant l'entrée en vigueur de l'article 530, § 2, C. soc.

L'appelant base la responsabilité personnelle et solidaire qu'il invoque à charge de l'intimé sur la faillite de la SA V. qui date d'après l'entrée en vigueur de l'article 530, § 2, C. soc.

Comme déjà mentionné ci-dessus, la constatation que l'implication de l'intimé dans la faillite de la SA VA. date d'avant l'entrée en vigueur de la disposition précitée n'y porte pas préjudice.

L'intimé ne peut donc pas être suivi dans son argumentation que les trois faillites auraient dû se produire après le 1^{er} septembre 2006 pour que l'appelant puisse invoquer avec succès l'article 530, § 2, C. soc.

Vu qu'il apparaît que:

- il a été respectivement impliqué en tant que gérant dans les faillites de la SPRL E. et de la SA V. et de la SA V.A.;
- les faillites de la SPRL E. (11 avril 2007) et de la SA V.A. (12 décembre 2005) se situent dans la période de cinq ans qui précède la faillite de la SA V. prononcée le 26 octobre 2007;
- le fait que dans les faillites de la SPRL E. et de la SA V.A., il existait des dettes à l'égard de l'Office National de Sécurité Sociale, ne laisse à l'estime de la cour aucun doute sur le fait que les conditions d'application de l'article 530, § 2, C. soc., sont effectivement remplies et que la responsabilité personnelle et solidaire de l'intimé est mise en jeu ici. (Cf. Bruxelles, 2 février 2011, 2009/1, AR1574, non publié; Anvers, 20 avril 2010, 2008/AR/3068, non publié; Comm. Bruges, 15 novembre 2010, A107/01609, non publié; Comm. Anvers, 27 mai 2009, AR0927407, non publié – pièces 9 à 12 de l'appelant.)

L'affirmation de l'intimé qu'au moment de la faillite de la SPRL E. et de la SA V.A., il n'était plus gérant et administrateur ne porte pas préjudice à ce qui précède.

La condition de l'implication à ces faillites n'exige pas que l'intimé était encore gérant ou administrateur au moment du prononcé de la faillite.

L'implication porte sur les dettes qui existent au moment du prononcé de la faillite d'au moins deux autres sociétés et qui sont apparues ou ont été augmentées alors que la personne en question était gérante de ces sociétés.

Des pièces produites, il ressort que:

- l'intimé avait été désigné à partir du 21 janvier 2003 comme gérant non statutaire de la SPRL E. (pièce 6 appelant) et qu'il l'est resté au moins jusqu'en avril 2004 (pièce 9 intimé);
- au cours de cette période durant laquelle l'intimé intervenait comme gérant de la SPRL E., des dettes ONSS sont apparues ou ont augmenté (pièce 7 appelant);
- l'intimé a été désigné comme administrateur de la SA V.A. au moins à partir du 23 juillet 2003 (pièce 3 appelant) et ce mandat courait encore au moment de la faillite de la SA V.A.;
- au cours de cette période durant laquelle l'intimé intervenait comme administrateur de la SA V.A., des dettes ONSS sont apparues ou ont augmenté (pièce 5 appelant).

De même, l'affirmation de l'intimé qu'au moment de la faillite de la SA V., il n'était plus administrateur ne porte pas préjudice à ce qui précède.

L'article 530, § 2, C. soc. dispose d'ailleurs expressément que la responsabilité personnelle et solidaire peut également être retenue dans le chef des anciens administrateurs de la société faillie.

A ce propos, il a déjà été relevé sous le numéro 8 que l'appelant n'invoque pas le fait que l'intimé a commis une faute grave qui est à la base de la faillite, mais qu'il fonde son action sur le fait que l'intimé, au cours de la période de 5 ans qui précède la faillite de la SA V., était impliqué dans au moins deux faillites comportant des dettes à l'égard de l'appelant.

Dans les circonstances données, l'argumentation développée par l'intimé pour le surplus en ce qui concerne l'absence de lien causal de la faillite de la SA V. apparaît sans incidence, de sorte que la cour n'a pas approfondi ce point.

Du fait que des pièces produites, il ressort que le mandat de l'intimé comme administrateur a pris fin au début du mois de juillet 2007, l'intimé fait observer à juste titre qu'il ne doit pas intervenir pour la totalité des montants réclamés par l'appelant.

Un examen du contenu de la pièce 2 précitée montre, en effet, qu'à part le montant de 14.205,73 EUR, tous les autres montants qui sont compris dans le montant précité de 45.824,17 EUR se rapportent au deuxième trimestre 2007 et se rapportent donc à une période au cours de laquelle l'intimé était encore administrateur de la SA V.

Seul le montant de 14.205,73 EUR qui se rapporte au troisième trimestre 2007 peut être porté en déduction de la demande originelle de l'appelant, de sorte que la demande formulée par l'appelant est susceptible d'être accordée en principal à concurrence d'un montant de 120.066,80 EUR (134.272,53 – 14.205,73).

La cour estime qu'il n'y a aucune raison d'accorder le montant précité seulement à titre provisionnel vu que depuis l'intentement de l'action, beaucoup de temps s'est écoulé et que l'appelant n'invoque aucun élément permettant de justifier une adaptation de ce montant dans le futur.

Sur ce montant, seuls des intérêts judiciaires au taux légal sont attribuables.

(...)

370. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société – La responsabilité à l'égard de l'ONSS

N° 1104. – *Comm. Mons, 2^e ch., 23 mai 2013¹*

Présentation: Monsieur FRANCIAMORE a été gérant de trois sociétés déclarées en faillite, la SPRL TRAMECA, la SCRL ALDELEC et la SPRL ALL CONSTRUCT.

En juillet 2010, l'ONSS l'assigne en vue d'obtenir sa condamnation à payer les cotisations sociales impayées par la SPRL ALL CONSTRUCT.

Par un premier jugement du 26 mai 2011², la 2^e chambre du tribunal de commerce de Mons pose à la Cour constitutionnelle la question de la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 265, § 2, du Code

1104.–1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte le numéro de R.G. A/10/799.

2. *J.D.S.C.*, 2011, n° 1012, p. 192.

des sociétés en ce qu'il prévoit un régime de responsabilité des gérants d'une SPRL distinct en ce qui concerne les dettes ONSS et les dettes de précompte professionnel et de T.V.A.

La Cour constitutionnelle a répondu par la négative dans un arrêt n° 52/2012 du 29 mars 2012³.

Le tribunal de commerce de Mons a tiré les enseignements de cet arrêt et a tranché le litige au fond dans la décision publiée ci-dessous.

Le tribunal considère qu'il dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer la part de cotisations à mettre à charge de l'administrateur concerné, ce que contestait l'ONSS qui voulait limiter l'analyse judiciaire à l'examen de la présence des conditions d'application de l'article 265, § 2.

Reste à préciser quels sont les critères d'appréciation pertinents...

Sommaire: L'article 265, § 2, du Code des sociétés reconnaît un pouvoir d'appréciation au tribunal qui condamne les organes de la société à payer la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire et qui peut déterminer la mesure de cette solidarité. Le tribunal ne se limite donc pas à la simple vérification des conditions d'application de l'article 265, § 2, du Code des sociétés, mais peut moduler la condamnation et ne mettre qu'une partie des cotisations, majorations, intérêts et indemnités à charge du gérant ou de l'administrateur. C'est la contrepartie de la présomption irréfragable de responsabilité mise à charge des organes de la société.

Parties: O.N.S.S. c. Rosario FRANCIAMORE

(...)

II. Discussion

1. Rappel

1.1. - Dans le précédent jugement, le tribunal a:

- relevé que les conditions d'application de l'article 265, § 2, C. soc., étaient remplies; il a rejeté la défense de M. FRANCIAMORE, qui invoquait son absence d'implication dans la faillite de la SPRL TRAMECA;
- rejeté la demande de surséance formée par M. FRANCIAMORE; celui-ci souhaitait que le tribunal attende la clôture de la faillite de la SPRL ALL CONSTRUCT;
- considéré que l'article 265, § 2, C. soc., ne créait pas de discrimination injustifiée du fait qu'il ne s'appliquait pas à la faillite d'une personne physique.

1.2. - Par ailleurs, le tribunal a posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, l'invitant à se prononcer sur la différence de traitement des organes de sociétés commerciales en ce qui concerne leur responsabilité pour absence de paiement des dettes sociales et fiscales de la société. L'article 265, § 2, C. soc., instaure, en effet, une présomption irréfragable de responsabilité des organes, résultant de l'absence de paiement des cotisations à

l'ONSS, une fois que les conditions prévues par cette disposition sont remplies. A l'inverse, les articles 442^{quater} du CIR 1992 et 93^{undecies} C du Code de la T.V.A. instaurent une présomption réfragable de responsabilité des organes, en cas d'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A. par la société.

Par arrêt du 29 mars 2012, la Cour constitutionnelle a relevé l'absence de discrimination injustifiée entre ces deux régimes: les conditions d'application de la responsabilité des organes de société en matière de dettes fiscales sont différentes et justifient qu'une possibilité de renversement de la présomption de responsabilité soit prévue, alors que cette possibilité n'existe pas pour les dettes sociales.

1.3. - Enfin, le tribunal constate que, dans ses dernières conclusions, M. FRANCIAMORE revient à nouveau sur des points déjà tranchés:

- il soulève son absence d'implication dans la faillite de la SPRL TRAMECA,
- il demande la surséance tant que la faillite de la SPRL ALL CONSTRUCT n'est pas clôturée.

Ces points ont déjà fait l'objet d'une décision. Le tribunal est donc dessaisi de ces questions. M. FRANCIAMORE ne pourrait dès lors remettre en cause la décision qu'en introduisant un appel contre le précédent jugement.

2. Le pouvoir d'appréciation du tribunal

2.1. - La seule question restant à trancher est la détermination du pouvoir d'appréciation du tribunal.

M. FRANCIAMORE demande la réduction de sa condamnation à un montant réduit, voire symbolique. Il invoque à cet égard sa bonne foi et son absence de malhonnêteté, ainsi que le fait que les faillites des trois sociétés dont il a été gérant sont dues aux répercussions d'autres faillites. Il invoque également le respect des plans d'apurement à l'égard de l'ONSS et l'accroissement de la dette de cotisations sociales de la SPRL ALL CONSTRUCT, résultant d'un contrôle relatif aux conditions d'utilisation privée des camionnettes de la société.

L'ONSS considère que le seul pouvoir d'appréciation du tribunal concerne la vérification des conditions d'application de l'article 265, § 2, C. soc. Il relève le montant très élevé des dettes de cotisations sociales des trois sociétés faillies. Enfin, il considère que M. FRANCIAMORE n'établit pas les circonstances qu'il invoque pour obtenir une réduction du montant de sa condamnation.

2.2. - Le tribunal ne partage pas la conception de l'ONSS en ce qui concerne l'ampleur de son pouvoir d'appréciation.

A ce sujet, la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt cité, a relevé que:

«Par ailleurs, en ce qu'elle prévoit que les personnes qu'elle vise peuvent être considérées comme étant personnellement et solidairement responsables «pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire», la disposition en cause permet à l'Office national de sécurité sociale et au curateur de déterminer la mesure de cette solidarité et le tribunal doit pouvoir examiner, en droit et en fait, le montant des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire dus, sur la base de l'action dont il est saisi. Par conséquent, relativement au montant des

3. M.B., 19 juillet 2012, pp. 39.443 et 39.444; J.D.S.C., 2012, n° 1051, p. 159 et obs. M.A. DELVAUX.

cotisations de sécurité sociale et suppléments dus, le tribunal compétent dispose, dans le cadre du traitement de l'action intentée, du même pouvoir d'appréciation que l'Office national de sécurité sociale et le curateur».

Il en ressort que:

- le texte légal prévoit que la responsabilité solidaire des organes de la société porte sur «la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire»,
- l'ONSS et le curateur peuvent donc «déterminer la mesure de cette solidarité» et que «le tribunal compétent dispose, dans le cadre du traitement de l'action intentée, du même pouvoir d'appréciation que l'Office national de sécurité sociale et le curateur.»

Le pouvoir d'appréciation du tribunal ne se limite donc pas à la simple vérification des conditions d'application de l'article 265, § 2, C. soc., relativement à ces conditions, le pouvoir d'appréciation du tribunal n'existe d'ailleurs pas: les conditions sont remplies ou elles ne le sont pas.

Mais, dès lors qu'il constate que les conditions d'application de la responsabilité solidaire des gérants sont présentes, le tribunal peut donc encore moduler la condamnation et ne mettre qu'une partie des cotisations, majorations, intérêts et indemnités à charge du gérant ou de l'administrateur. C'est la contrepartie de la présomption irréfragable de responsabilité mise à charge des organes de la société.

2.3. - Dans le cas présent, le tribunal constate effectivement l'absence d'indices de fraude dans le chef de M. FRANCIAMORE. Les décomptes produits par l'ONSS démontrent également l'existence de paiements de cotisations sociales effectués par les sociétés faillies. On n'a donc pas affaire à des sociétés qui ont totalement négligé leurs dettes sociales.

En revanche, les montants dus à l'ONSS sont élevés.

Si on tient compte uniquement des cotisations, à l'exclusion des majorations et intérêts, le passif des trois sociétés faillies à l'égard de l'ONSS est le suivant:

- SPRL TRAMECA: 118.287,50 EUR,
- SCRL ALDELEC: 114.828,83 EUR,
- SPRL ALL CONSTRUCT: 78.207,40 EUR.

Si on tient compte de l'intégralité de la créance de l'ONSS, le montant total de la dette des trois sociétés gérées par M. FRANCIAMORE est de 459.891,29 EUR. Sur ce montant, l'ONSS ne peut espérer récupérer à charge des gérants des sociétés faillies que la somme de 107.299,06 EUR, correspondant à la dette de la dernière société faillie, soit la SPRL ALL CONSTRUCT.

Bien que M. FRANCIAMORE soutienne qu'il a fait ce qui était en son pouvoir pour que les sociétés qu'il gérait apurent régulièrement leur dette à l'égard de l'ONSS, on constate néanmoins une accumulation importante de dettes de cotisations sociales.

M. FRANCIAMORE soutient qu'un administrateur de mauvaise foi aurait privilégié l'ONSS afin d'éviter que sa responsabilité ne soit mise en cause. Ce raisonnement est curieux: si mauvaise foi il y a, elle consiste généralement à payer systématiquement ses banquiers et fournisseurs et délaisser les créanciers institutionnels, comme le fisc ou l'ONSS.

2.4. - La demande de l'ONSS porte sur un montant total de 107.299,06 EUR, comprenant les cotisations, majorations et intérêt dus par la SPRL ALL CONSTRUCT lors de la faillite.

Compte tenu des considérations qui précèdent, le tribunal limite la condamnation à 80.000 EUR, intérêts compris.

III. Décision du tribunal

Le Tribunal,

(...)

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

Condamne M. FRANCIAMORE à payer la somme de quatre-vingt mille euros (80.000,00 EUR),

Déboute l'ONSS pour le surplus,
(...)

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° 1105. - *Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 7 octobre 2009¹*

Présentation: Les administrateurs de SA et de SCRL ainsi que les gérants de SPRL sont tenus de réunir une assemblée générale si l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social. Une nouvelle réunion est nécessaire si l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social². En ce cas, la dissolution est décidée valablement si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée³.

Ces assemblées doivent se tenir dans un délai bref: deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires. Elles doivent délibérer le cas échéant dans les formes prescrites pour la modification des statuts (intervention d'un notaire et conditions spéciales de présence et de majorité).

L'assemblée réunie en application de ces dispositions délibère sur la dissolution éventuelle de la société ou sur d'autres mesures annoncées dans

1105.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2010, liv. 5, p. 433.

2. Articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés.

Pour déterminer si les seuils définis à ces articles sont franchis, l'actif net doit être calculé sur la base d'une comptabilité qui est établie correctement et qui reflète fidèlement la situation de la société (Comm. Charleroi, 29 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 39 et note C. SANTVLIET).

3. Articles 332, alinéa 3 (SPRL), 431, alinéa 3 (SCRL) et 633, alinéa 4 (SA) du Code des sociétés.

l'ordre du jour. C'est le conseil d'administration ou l'organe de gestion qui doit formuler des propositions alternatives à la dissolution. Il doit justifier ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires/associés au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. S'il propose la poursuite des activités, il doit exposer dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Le Code des sociétés ne prévoit aucune condition de forme ou de fond pour ce rapport du conseil d'administration.

Lorsque l'assemblée générale a valablement délibéré et qu'elle a décidé la continuation des affaires sociales, la responsabilité du conseil d'administration est mise hors de cause.

Par contre, lorsque l'assemblée prend une décision alors que les rapports n'ont pas été rédigés et présentés conformément aux exigences légales, sa décision est nulle⁴.

Si l'assemblée n'a pas été convoquée dans le respect de l'exigence légale, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, *préssumé* résulter de cette absence de convocation.

Le dommage consiste pour les créanciers en la diminution des chances de recouvrement de leurs créances, résultant soit de l'accroissement du passif après le moment auquel l'assemblée générale aurait dû se réunir pour décider de la dissolution, soit du fait que des contrats ont encore été conclus, ce qui n'aurait pas été le cas si la société avait été dissoute.

L'espèce qui suit retient notre attention car le tribunal précise qu'il n'est pas établi que les conditions de la «sonnette d'alarme» étaient réunies, le seul fait que la société soit déclarée en faillite ne suffisant pas à établir que l'actif net s'était réduit à moins de la moitié ou du quart du capital social. Par contre, le gérant est tenu responsable puisqu'il n'a pas déposé les comptes annuels de la société gérée dans les délais requis.

Sommaire: Il ne peut être déduit du seul fait que la faillite est intervenue que l'actif net s'était réduit à moins de la moitié ou du quart du capital social et que la procédure de la sonnette d'alarme de l'article 332 C. soc. a été méconnue. Le défaut de dépôt des comptes annuels dans les deux années qui ont précédé la faillite entraîne la responsabilité du gérant sur la base de l'article 98 C. soc., selon lequel le dommage subi par les tiers est censé résulter de cette omission.

Parties: SA BOUW TECHNIEK COMPAKTA c. P.F.

(...)

4. Articles 332, alinéa 5 (SPRL), 431, alinéa 5 (SCRL) et 633, alinéa 3 (SA) du Code des sociétés. La prétendue inégalité – objet de la question préjudicielle visée – résulte selon l'intimé du fait que l'article 530, § 2, C. soc. (SA), lu conjointement avec l'article 265, § 2, C. soc. (SPRL) et l'article 409, § 2 (SCRL), limite la responsabilité personnelle et solidaire aggravée des administrateurs à ces trois formes de société, alors que cette limitation ne s'applique pas aux autres formes sociétaires.

EN FAIT

Le défendeur est l'ancien gérant de la SPRL GMP.

Cette dernière a été déclarée en faillite par le tribunal de céans le 9 octobre 2008.

La partie demanderesse est créancière de la SPRL GMP et elle a déposé une déclaration de créance dans la faillite pour un montant de 6.122,47 EUR suite à un contrat datant d'octobre 2007. Cette créance a été acceptée par le curateur.

La partie demanderesse soutient que les administrateurs et les gérants sont solidairement responsables envers la société et/ou les tiers de tous les dommages et intérêts résultant d'infractions au Code des sociétés ou aux statuts.

La partie demanderesse se réfère aux articles 98 C. soc. et 332 C. soc.

Dans le cas de la SPRL GMP, les derniers comptes annuels ont été déposés le 21 septembre 2006, à savoir tardivement pour 2005; et en ce qui concerne 2006, 2007 et 2008, aucun chiffre n'a été publié.

La partie demanderesse démontre que le défendeur était l'unique gérant de la SPRL GMP.

Les derniers comptes annuels ont été déposés le 29 septembre 2006.

La demanderesse affirme que les derniers comptes annuels déposés n'étaient pas positifs, ce qui fait croire que le bilan a été embelli.

Suivant la partie demanderesse, il est remarquable que le demandeur, depuis les derniers comptes annuels déposés, n'ait plus convoqué d'assemblée générale.

La partie demanderesse affirme que durant plus de deux ans, elle a été laissée totalement dans l'incertitude concernant la situation financière précaire de la société et qu'il est bien entendu évident qu'elle n'aurait plus contracté avec la société gérée par la partie défenderesse si elle avait été au courant de la situation financière de la SPRL GMP.

Le défendeur ne réagit pas, suivant la partie demanderesse, de sorte que l'on peut admettre qu'il y a une acceptation tacite de la demande de la demanderesse.

APPRECIATION:

Le tribunal peut vérifier, même en cas de défaut, s'il existe une base légale à la demande.

En l'espèce, il n'y a pas de bilan de la SPRL GMP pour 2006 et 2007.

Selon le bilan déposé par la demanderesse, le patrimoine de la SPRL GMP au 31 décembre 2005 était positif avec un montant de 38.322,00 EUR.

La demanderesse n'a pas démontré que par la suite, du fait de la perte subie, l'actif net serait tombé en-deçà de la moitié ou du quart du capital social et l'on ne peut le supposer du simple fait que la faillite est intervenue le 9 octobre 2008.

Les conditions pour une responsabilité sur la base de l'article 332, dernier alinéa, C. soc. ne sont pas présentes.

En revanche, les conditions pour une responsabilité sur la base de l'article 98 C. soc. sont présentes.

On peut admettre que la société elle-même, du fait du non-dépôt du bilan, n'a pas subi de dommage. Il y a donc place pour des dommages personnels de la demanderesse, qui doivent être distingués des dommages au patrimoine de la société.

(...)