

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Notes d'observations en matière de responsabilité des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL**

Delvaux, Marie-Amélie

*Published in:*

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

*Publication date:*

1999

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 1999, 'Notes d'observations en matière de responsabilité des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 195-249.

#### **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 administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.**

**GUJE – Livre 24  
DSC – Livre 12**

*Jurisprudence sélectionnée et commentée*

*par*

**Marie-Amélie DELVAUX**  
*Avocate au barreau de Namur*  
*Assistante aux Facultés universitaires de Namur*

070 à 090. **La notion de fondateurs – La double responsabilité des fondateurs – Peut-on échapper à la responsabilité spéciale attachée à la qualité de fondateur?**

*N° 78. – Comm. Bruxelles, 26 avril 1988<sup>1</sup>*

**Présentation:** Dans toute société, il convient de déterminer avec précision quelles personnes se voient attribuer la qualité de fondateur, avec les responsabilités corrélatives. Si, à première vue, cette qualité est liée à la comparution à l'acte de constitution de la société, ce n'est pas toujours le cas. Une fois reconnue la qualité de fondateur, les responsabilités particulières attachées à cette fonction doivent être examinées, sur pied du droit commun de la responsabilité aquilienne comme sur pied des dispositions particulières du droit des sociétés.

**Sommaire:**

1. Lorsqu'un capital social manifestement insuffisant a été souscrit lors de la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée déclarée plus tard en faillite et que les fondateurs tenus des engagements de la société (art. 123, 7° L.C.S.C.) sont cités par le curateur en payement du passif de la faillite, la preuve d'un lien de causalité entre l'insuffisance du capital social souscrit et la survenance de la faillite ne doit pas être rapportée.
2. Les fondateurs d'une société de personnes à responsabilité limitée faillie, qui sont tenus des engagements de la société en raison de la souscription d'un capital social manifestement insuffisant lors de la constitution de la société (art. 123, 7° L.C.S.C.), sont tous ceux qui ont comparu à l'acte même s'ils invoquent une participation de complaisance à cet acte.
3. Lorsque les fondateurs d'une société de personnes à responsabilité limitée faillie, tenus des engagements de la société, le capital social souscrit à l'acte constitutif étant manifestement insuffisant (art. 123, 7° L.C.S.C.), sont, à la requête du curateur, condamnés à payer à celui-ci le passif de la faillite, l'action en intervention et en garantie intentée par l'un des fondateurs contre un autre, codéfendeur, en sa qualité de gérant en raison d'une mauvaise gestion, n'est pas admissible: le dommage résulte de la condamnation en vertu de la loi et est sans lien causal avec les fautes contractuelles alléguées du gérant.

**Parties:** Me Baum-Ketelaar *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Stecrina / Huguet et Me Bailly *qualitate qua* faillite Vandenbossche et Moritz

(...)

Que la participation de complaisance d'un comparant à l'acte constitutif, dont excipe audacieusement M. Moritz pour sa défense, n'est pas de nature à faire échec à cet article; que, dans une S.P.R.L., contrairement à une S.A. (cf. art. 31 L.C.S.C.), les comparants à l'acte constitutif sont *toujours* considérés comme fondateurs et peuvent encourir à ce titre la

78.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1988, III, p. 110.

responsabilité solidaire dont question dans le présent litige (cf. art. 123, 7° L.C.S.C.; voir aussi AMERJUCKX, «Het financieel plan», *R.W.*, 1978-1979, col. 1453 et s., spéc. col. 1463, note 20);

(...)

### OBSERVATIONS

Dans les S.P.R.L. et les S.C., les personnes comparant à l'acte constitutif de la société<sup>2</sup> acquièrent par le fait même la qualité de «fondateur», nonobstant toute stipulation contraire et quoiqu'ils n'aient joué qu'un rôle «d'homme de paille», qu'ils aient immédiatement revendu leurs parts ou que leur participation en capital soit réduite<sup>3</sup>.

Par contre, les dispositions relatives aux S.A. permettent à certains comparants à l'acte constitutif de n'intervenir qu'en qualité de simple souscripteur<sup>4</sup>, avec la limitation subséquente de leur responsabilité. Ils n'échapperont toutefois pas à la responsabilité fondée sur l'article 35bis des L.C.S.C.<sup>5</sup>, puisque cette disposition se réfère expressément à l'article 30, 12°, qui vise toutes les personnes qui ont signé de leur main ou par mandataire l'acte constitutif de la société, et non à la notion de fondateur comme dans l'article 35.

Les responsabilités liées à la qualité de fondateur sont définies d'une part dans les L.C.S.C.<sup>6</sup>, d'autre part par l'article 1382 du Code civil<sup>7</sup>. Cette dernière disposition s'applique également dans les S.A. à toute personne ayant participé à la fondation de la société, quand bien même elle n'aurait pas la qualité de fondateur. Ainsi, la faute commise par un simple souscripteur et génératrice d'un dommage engage sa responsabilité aquilienne conformément au droit commun. Si la responsabilité aquilienne nécessite la triple preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité<sup>8</sup>, par contre, les dispositions particulières au droit des sociétés présentent l'avantage d'alléger la charge de la preuve en n'exigeant pas telle démonstration: il suffit en effet d'établir l'inobservation des règles légales relatives à la constitution pour que les fondateurs soient présumés irréfragablement être fautifs, la sanction de réparation du dommage causé étant expressément prévue par le texte, qui laisse toutefois au juge dans certaines hypothèses un pouvoir d'appréciation substantiel.

Deux autres divergences essentielles entre ces deux fondements de responsabilité doivent être signalées.

La première réside dans l'étendue du dommage réparable. Sur pied de l'article 1382 du Code civil, c'est *tout* le dommage qui doit être indemnisé, et ce dans le respect des articles 1149 et suivants du Code civil<sup>9</sup>. Sur pied des dispositions particulières du droit des sociétés en matière de responsabilité des fondateurs, par contre, dans certaines hypothèses, seule une

2. En personne ou par mandataire ayant procuration (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 27).

3. Comm. Bruxelles, 14 févr. 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326.

4. Art. 31, al. 2 L.C.S.C. et les conditions qu'il fixe.

5. Responsabilité pour la libération des actions souscrites en violation de l'article 29, § 6, des L.C.S.C.

6. Pour les S.A.: art. 35 et 35bis; pour les S.P.R.L.: art. 123; pour les S.C.R.L.: art. 147ter L.C.S.C.

7. Voir Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 janv. 1929, *Rev. prat. soc.*, 1933, n° 3286, p. 61 et les observations qui suivent.

8. La preuve de ce lien est la plus délicate, ce qui ôte souvent la possibilité d'un recours efficace sur la base de l'article 1382 du Code civil.

9. On notera tout spécialement la prise en compte du dommage prévisible quant à son existence, même si sa quotité était imprévisible, ainsi que du dommage indirect lorsqu'il est la suite immédiate et directe – c'est-à-dire nécessaire – de la faute (voir L. CORNELIS, «Le sort imprévisible du dommage prévisible», note sous Cass., 11 avr. 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 726).

partie du dommage pourra être réparée, le texte légal déterminant souvent lui-même les modalités de réparation de la faute commise (être réputé souscripteur de la part du capital non valablement souscrite, ...) sans prendre en considération l'étendue véritable du préjudice causé par la faute commise.

La seconde réside dans les modalités de la réparation: le droit commun implique une responsabilité individuelle de chaque fondateur, à moins qu'une faute commune ou que des fautes concurrentes aient été commises, d'où il résulterait une responsabilité solidaire ou *in solidum*<sup>10</sup>; les L.C.S.C. prévoient par contre la solidarité.

A noter que l'action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil trouve également un intérêt particulier dans l'hypothèse de la faillite d'une société intervenant plus de trois ans après sa constitution, ainsi que dans l'hypothèse de la fondation d'une société avec un objet civil.

### 130. Souscription minimale au capital et libération des apports

#### *N° 79. – Comm. Termonde (3<sup>e</sup> ch.), 3 novembre 1997<sup>1</sup>*

**Présentation:** Les L.C.S.C. fixent un capital minimum pour la constitution des S.A., des S.P.R.L. et des S.C.R.L. Quant à ces dernières, c'est la loi du 20 juillet 1991<sup>2</sup> qui a établi l'exigence d'une part fixe du capital social de 750.000 F. minimum<sup>3</sup>. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1991, les sociétés constituées avant cette date disposant d'un délai jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 1993 pour adapter leurs statuts aux exigences nouvelles<sup>4</sup>. Qu'en est-il de la responsabilité des fondateurs lorsque le capital de la S.C. qu'ils ont fondée avant le 1<sup>er</sup> novembre 1991 n'atteint pas le minimum légal nouvellement fixé à cette date butoir du 1<sup>er</sup> novembre 1993?

**Sommaire:** Selon l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions budgétaires, «à défaut de mise en concordance des statuts ou de transformation régulière avant l'expiration du délai prévu à l'article 165, les clauses statutaires contraires aux dispositions de la présente loi seront réputées non écrites et les dispositions impératives de celle-ci seront applicables. (...)».

Il ne peut pas être déduit de cette disposition que la loi du 20 juillet 1991 s'appliquerait aux situations juridiques nées et définitivement accomplies avant son entrée en vigueur. Le législateur n'a en effet prévu aucune rétroactivité explicite et il n'existe pas davantage d'éléments dont on peut déduire son intention tacite de faire rétroagir la loi.

La fondation est un acte juridique instantané qui est accompli une fois la société constituée. Puisque la disposition qui fixe le capital minimum légal

10. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 645.

79.- 1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 1998, p. 610; *T.G.R.*, 1998, p. 26; *T.R.V.*, 1997, p. 585 et note.

2. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses (*M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16 951 et s.).

3. Art. 147bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2 L.C.S.C.

4. Art. 1<sup>er</sup> et 2 A.R. du 11 oct. 1991 fixant la date de l'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 oct. 1991, p. 23 900).

à 750.000 F. pour les S.C.R.L. ne rétroagit pas au jour de la fondation de la société visée et puisque la fondation de cette société est accomplie, ses fondateurs ne peuvent pas être sanctionnés pour l'inexécution alléguée d'obligations qu'ils n'avaient même pas au moment où ces obligations devaient être remplies, c'est-à-dire lors de la fondation de la société.

*Parties:* Mr. J. Bogaert *qualitate qua* faillite S.C. Nieuwkuis Boetiek Wery / K. Wery, D. Roskam et A. Van der Linden

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

### OBSERVATIONS<sup>5</sup>

A plusieurs reprises, la jurisprudence a retenu la responsabilité des fondateurs d'une S.C. sur pied de l'article 147ter, 1<sup>o</sup>, des L.C.S.C., ce qui implique qu'ils soient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par l'article 147bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2<sup>o</sup>. Cette sanction est inadéquate à divers titres. Tout d'abord, si l'on s'en tient au postulat du *continuum* de la société coopérative, il n'y a pas eu lors de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991 de *constitution* d'une nouvelle société; on comprend donc mal en quoi l'article 147ter, 1<sup>o</sup>, pourrait trouver à s'appliquer au 1<sup>er</sup> novembre 1993 aux sociétés coopératives préexistantes à cette loi. Ensuite, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par cet article puisse être appliquée aux sociétés constituées avant le 1<sup>er</sup> novembre 1991<sup>7</sup>; en effet, introduit par la loi du 20 juillet 1991, l'article 147ter, 1<sup>o</sup>, crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui, elle aussi, est introduite par cette même loi. A l'époque de la fondation de la société, acte instantané, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au moment où ils ont fondé la société et la loi du 20 juillet 1991 n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expres-

5. Sur l'ensemble de cette problématique, voir M.-A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, pp. 588 à 595 et spéc. pp. 593-594.

6. Comm. Charleroi (1<sup>re</sup> ch.), 5 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 642 et s.; Mons (1<sup>re</sup> ch.), 1<sup>er</sup> déc. 1997, *non publié*, R.G. 96/749 et 96/831, en cause J. Gorrebeek c/ P.-H. Bataille et E. Simonetti c/ P.-H. Bataille, qui confirme Comm. Mons, 16 avr. 1996, également *non publié*; Gand (16<sup>e</sup> ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s., qui confirme Civ. Bruges, 28 févr. 1995, *non publié*, en cause Dekeyser c/ Staes et alii. L'arrêt de la cour d'appel de Gand, outre qu'il ne brille pas par sa rigueur juridique, est peu clair: en effet, au terme du dispositif, la cour semble retenir la responsabilité de l'assemblée générale (et donc des associés) sur base de l'article 147ter au motif que ce serait sur cet organe que repose l'obligation d'adapter les statuts sociétaires!!!

7. La décision rendue le 3 novembre 1997 par la troisième chambre du tribunal de commerce de Termonde ci-avant mentionnée expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147ter, 1<sup>o</sup>, aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991.

sément proclamée rétroactive, ce qui n'est pas le cas en l'espèce<sup>8</sup>. La doctrine s'est vigoureusement opposée à la mise en cause des fondateurs sur base de l'article 147ter, 1<sup>o</sup>. Cette sanction serait d'ailleurs à la source d'une grande insécurité juridique<sup>9</sup>: les fondateurs ne pourraient en effet plus jamais être sûrs, au moment où ils créent la société, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui pèsent ou pèseront prochainement sur eux. En outre, tout fondateur est susceptible de quitter à tout moment la société; n'est-il pas absurde de le rendre responsable sur base d'une loi entrée en vigueur après qu'il ait quitté celle-ci?

La responsabilité des fondateurs ne peut raisonnablement être engagée sur la base susdite.

Pourrait-on considérer néanmoins que les fondateurs sont *fautifs* d'avoir constitué une société ne disposant clairement pas des moyens suffisants pour développer ses activités de façon rentable tout en faisant face à ses engagements financiers? Pour les motifs que l'on vient d'expliquer, on ne pourra appliquer la responsabilité visée à l'article 147ter, 4<sup>o</sup><sup>10</sup>. Par contre, l'invocation de l'article 1382 du Code civil est envisageable<sup>11</sup>.

Cependant, l'application du droit commun de la responsabilité civile exige d'établir un lien de causalité strict entre la sous-capitalisation et la faillite, ce qui est malaisé<sup>12</sup>. Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite,

8. Aucune disposition transitoire de la loi du 20 juillet 1991 ne déroge à l'article 2 du Code civil en prévoyant une quelconque rétroactivité. Voir, dans ce sens, Cass. (vac.), 12 sept. 1940 (*Pas.*, 1940, pp. 215 et s.): «Attendu qu'aucune loi, fût-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur, à moins que, de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil». Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par Thimoty VERHOEST (sous Gand (16<sup>e</sup> ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.); Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (S.P.R.L. et application de l'article 123, 7<sup>e</sup>, introduit par la loi du 4 août 1978); Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (S.A. et application de l'article 35, 6<sup>e</sup>, introduit par la loi du 4 août 1978).
9. Voir l'excellente étude de Thimoty VERHOEST (*T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.) qui met en lumière les difficultés engendrées par une telle sanction extrême; voir également *Bilan*, n<sup>o</sup> 330, 22 oct. 1997, p. 5.
10. Hypothèse de la faillite dans les trois ans de la constitution de la société alors que la part fixe du capital social est manifestement insuffisante pour assurer l'exercice de l'activité projetée pendant deux ans; cette disposition a également été introduite dans les L.C.S.C. par la loi du 20 juillet 1991. Voir, en matière de S.A.: Civ. Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (spéc. p. 942); en matière de S.P.R.L.: Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, p. 30. A ce propos, on lira avec intérêt l'étude de A. BENOÎT-MOURY, «10 ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. dr.*, 1991, pp. 63-68, ainsi que l'ouvrage de M. COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. not.*, liv. IV, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 118-120 et 152-156.
11. Voir Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (preuve de la faute non apportée par le curateur); Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (et spéc. 944): «Er kan slechts sprake zijn van een fout in hoofde van de oprichters wanneer de ter beschikking gestelde middelen zo kennelijk ontoereikend zijn dat deze behoorden te weten dat de opgerichte vennootschap redelijkerwijze geen levenskansen had en dat zij haar verbintemissen niet zou nakomen». Le tribunal de commerce de Charleroi a considéré, dans un jugement du 10 janvier 1979, que «constitue une faute, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, le fait d'entreprendre une activité commerciale sans moyens proportionnés à celle-ci. (Le fondateur) savait ou devait savoir que les obligations contractées ne pourraient être exécutées dans des conditions et délais raisonnables. Le risque dans la création d'une entreprise ne peut être admis que pour autant que ce risque soit supporté par l'entrepreneur et son éventuel bailleur de fonds et non reporté sur d'autres personnes. C'est l'absence de moyens proportionnés à l'activité envisagée qui constitue la faute (...)» (in *J.C.B.*, 1979, pp. 510 et s.). Le tribunal de première instance de Bruges par contre, dans une espèce particulière jugée le 13 février 1984 (*Rev. prat. soc.*, 1984, pp. 198 et s. et spéc. p. 207), a refusé de retenir la responsabilité des fondateurs au motif qu'il n'était pas prouvé que, par la création d'une société dont ils auraient dû savoir immédiatement qu'elle serait un enfant mort-né, ils auraient témoigné d'un manque de sens des responsabilités.
12. Selon la cour d'appel de Gand (21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 943 à 945), le curateur qui veut mettre en cause la responsabilité des fondateurs sur base de l'article 1382 du Code civil doit prouver que la sous-capitalisation avait *nécessairement* comme conséquence que la société tomberait en faillite pour cette raison, avec les dommages corrélatifs pour la société et ses créanciers. C'est cette difficulté de prouver le lien causal entre la sous-capitalisation et la faillite, preuve nécessaire à la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil, qui a d'ailleurs conduit le législateur à adopter une disposition particulière en matière de responsabilité des fondateurs dans cette hypothèse.

indépendamment du faible montant de son capital initial. La charge de la preuve est donc plus lourde que si l'on avait pu mettre en œuvre l'article 147ter, 4°. L'intérêt de l'application du droit commun de la responsabilité réside notamment dans l'étendue du dommage réparable: contrairement à l'article 147ter, 1°, qui limite strictement leur charge à la différence entre le capital minimum légalement exigé et le capital souscrit et contrairement à l'article 147ter, 4°, qui laisse au juge le pouvoir considérable de fixer la proportion du passif à leur imputer, les fondateurs seraient ici tenus de réparer l'intégralité du dommage, quelle que soit son importance.

**200. Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant**

*N° 80. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 mars 1986<sup>1</sup>*

*Présentation:* L'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution et dont le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant deux ans au moins (art. 35, 6°, 123, 7°, et 147ter, 4° L.C.S.C.) appartient au curateur et est portée à la connaissance du juge de la faillite en vertu de l'article 574, 2°, du Code judiciaire.

*Sommaire:* Il résulte des articles 123, alinéa 2, 7°, et 35, 6°, des L.C.S.C. que le législateur a entendu organiser une action en responsabilité qui ne peut être introduite qu'en cas de faillite. Cette action découle directement de la faillite et ne peut naître en dehors de la faillite. Elle doit être soumise au juge dans le cadre de la procédure de faillite, de telle sorte que les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites. Seul le juge de la faillite peut dès lors en connaître.

*Parties:* Procureur général près la cour d'appel de Gand / Bruxelman et D'Anvers

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

---

80.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1986, I, p. 862; *R.D.C.*, 1986, p. 364 et note; *R.W.*, 1985-1986, col. 2706 et conclusions DUJARDIN; *J.T.*, 1987, p. 43; *Chron. not. Liège*, 1988, vol. IX, p. 160; *Arr. cass.*, 1985-1986, p. 98 et conclusions DUJARDIN; *Bull.*, 1986, p. 862.

## OBSERVATIONS

L'action fondée sur les articles 35, 6°, 123, 7°, ou 147ter, 4°, des L.C.S.C. est intimement liée à la faillite, ce qui implique, d'une part, qu'elle appartient au curateur<sup>2</sup> et, d'autre part, qu'elle relève de la compétence de la juridiction consulaire, avec application corrélatrice des règles de procédure du droit de la faillite<sup>3</sup>.

Une fois la faillite clôturée, les créanciers individuels se voient-ils reconnaître le droit d'agir eux-mêmes sur base de ces dispositions? La question reste très controversée dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

Les partisans de la réponse négative, s'appuyant essentiellement sur l'arrêt de cassation précité, se fondent sur ce lien tellement étroit entre ce type d'action et la faillite pour exclure que l'action puisse être intentée une fois celle-ci clôturée<sup>4</sup>.

Les tenants d'une réponse affirmative sont nombreux<sup>5</sup>. Le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi considéré dans un jugement du 14 février 1983<sup>6</sup> que si l'action en comblement de passif (art. 63ter, 133bis et 158, 9° L.C.S.C.) ne peut être introduite que par le curateur et s'éteint à la clôture de la faillite, il n'en va pas de même pour l'action contre les fondateurs pour capital de fondation manifestement insuffisant; dans ce dernier cas, à la clôture de la faillite, les créanciers reprennent l'exercice de leurs droits et peuvent intenter individuellement ce type d'action<sup>7</sup>. Dans le même sens, même s'il apparaît moins péremptoire, on lira l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 11 mars 1997<sup>8</sup>: si, en principe, un créancier n'a pas le droit d'agir contre les fondateurs d'une société anonyme faillie pour capital de départ insuffisant, pareille action n'appartenant qu'au curateur, «il reste qu'une fois la faillite clôturée (...), le curateur cesse de représenter la masse des créanciers et qu'un créancier individuel serait recevable à engager la procédure». Remarquez l'usage opportun du conditionnel, qui permet de louvoyer sans prendre clairement position ...

2. Voir Bruxelles, 16 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 448; Gand, 5 oct. 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 210 et *T.R.V.*, 1995, p. 197 et note M. WYCKAERT; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblio, 1996, n° 259. Ceci se justifie notamment par le fait que le tribunal, qui doit apprécier l'ampleur de la responsabilité des fondateurs, ne peut statuer adéquatement sur cette question que lorsqu'il a connaissance de l'ensemble des créances, ce qui est possible uniquement par le biais de l'intervention du curateur agissant comme représentant de la masse des créanciers. Sur l'exclusivité de la compétence du curateur pour introduire pareille demande, voir *infra*.
3. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 52 et les références citées en note 84.
4. Voir en ce sens: M. COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. not.*, t. XII, liv. IV, p. 153, n° 97-1; K. GEENS et H. LAGA, «Vennootschappen – Overzicht van rechtspraak (1986-1991)», *T.P.R.*, 1993, p. 1022, n° 101; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 52 et la référence citée: Liège, 22 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1484; J. RONSE et *alii*, «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, p. 983.
5. Notamment P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 350-351, qui ne distinguent pas entre l'action qui pourrait être introduite contre un fondateur, un administrateur, ou tout autre tiers auteur d'un préjudice («La procédure collective clôturée, il est logique que renaissent les droits individuels; en fin de compte, la faillite n'est qu'une parenthèse dans la vie du débiteur (...); le préjudice collectif n'est rien d'autre que la somme des préjudices subis par chacun des créanciers. La paralysie cesse en même temps que la faillite et chacun recouvre son droit d'agir»); Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, p. 768, n° 37; B. VAN BRUYSTEGEM, «Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal», *J.C.B.*, 1982, p. 145, n° 14; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 646.
6. *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326; *R.D.C.*, 1983, p. 602.
7. Extraits: Attendu que (...) «l'action a été introduite postérieurement à la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, c'est-à-dire à un moment où le curateur avait cessé de représenter la masse puisque celle-ci avait disparu (cf. VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, n° 2873); attendu que, par suite de la clôture de la faillite, les créanciers ont été rétablis dans l'exercice de leurs actions individuelles tant contre l'ex-failli que contre les tiers; (...) attendu qu'il résulte du libellé même de l'article 35 que, dans les six cas qu'il précise, les fondateurs sont tenus solidairement «envers les intéressés»; (...) que si le deuxième alinéa de l'article 29ter paraît effectivement viser le cas le plus courant où l'action, fondée sur l'article 35, 6°, est introduite alors que la faillite est en cours, il est hâtif d'en déduire que ladite action serait nécessairement réservée au seul curateur et qu'elle ne pourrait plus être introduite, par un créancier, après la faillite».
8. *R.R.D.*, 1997, p. 443.

On préférera cette thèse affirmative: davantage protectrice des droits des créanciers individuels sans méconnaître ou pervertir les termes des articles 35, 6°, 123, 7°, ou 147ter, 4°, des L.C.S.C., on ne découvre aucun argument contraire qui résisterait à l'analyse. S'il est vrai que ce type d'action est intimement lié à la faillite, cela n'empêche sa mise en œuvre par les intéressés (voir les articles précités: les fondateurs sont tenus *envers les intéressés*) une fois qu'il y a eu faillite et que celle-ci est clôturée; la déclaration de faillite est donc une condition d'ouverture de ce droit d'action, les articles précités n'imposant pas que l'action soit introduite *en cours* de gestion de la faillite.

Quelle que soit la thèse préférée, on n'oubliera pas que les créanciers individuels se voient toujours reconnaître le droit d'agir sur pied de l'article 1382 du Code civil une fois la faillite clôturée: les fondateurs ont en effet commis une imprudence fautive en ne prévoyant pas un capital social suffisant pour mener à bien les activités de la société qu'ils ont créée. La difficulté de prouver le lien de causalité entre cette faute et le dommage resurgit toutefois.

Une autre question proche de cette problématique est celle du pouvoir individuel des créanciers d'agir contre les fondateurs<sup>9</sup> en cas d'inertie du curateur. Ce droit est dénié par la majorité de la jurisprudence, déclarant irrecevable ce type d'action individuelle au motif que seul le curateur a qualité pour introduire une procédure avant la clôture de la faillite<sup>10</sup>. Il serait toutefois opportun de reconnaître au créancier individuel le droit de réclamer la réparation du préjudice qu'il subit à la suite de la carence du curateur de la société faillie, et ce sur pied des articles 1382-1383 du Code civil. La faute serait cependant délicate à établir dans la mesure où il conviendrait alors d'apprécier les chances de succès que présentait l'action en justice que le curateur a été en défaut d'introduire<sup>11</sup>. Quant au préjudice, il s'identifierait à la perte de ce que le créancier aurait pu percevoir (au prorata de sa créance) si l'action avait abouti.

P. COPPENS et F. t'KINT envisagent une alternative originale, même si irréaliste comme ils le reconnaissent eux-mêmes, qui serait de reconnaître une forme d'«action populaire» à chaque créancier individuel, l'autorisant à agir au nom et dans l'intérêt de la masse chaque fois que le curateur reste en défaut de le faire<sup>12</sup>. On lira avec intérêt les arguments qu'ils avancent pour la rejeter.

9. Et les administrateurs, un raisonnement semblable pouvant être tenu. Quant aux fondateurs, cette question présente un intérêt accru depuis l'adoption de la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription (*M.B.*, 17 juill. 1998, p. 23 544); cette loi ramène en effet le délai de prescription de l'action en responsabilité des fondateurs, initialement trentenaire, à cinq ans. Cette question est examinée ci-après, lors du commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1994 (n° 85).

10. Voir notamment Bruxelles, 13 janv. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 24; *R.D.C.*, 1990, p. 20; *T.R.V.*, 1990, p. 547; Bruxelles, 16 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 448; Anvers, 13 févr. 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; *R.D.C.*, 1990, p. 435; Gand, 7 nov. 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545 et 26 sept. 1989, *T.G.R.*, 1990, p. 24. Une jurisprudence et une doctrine minoritaires soutiennent toutefois la thèse opposée: voir les références citées par P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 349.

11. Il est tout à fait possible que le curateur ait estimé qu'une action était inopportune, et ce à divers motifs, ce qui a justifié son inaction. Ceci pose le problème du pouvoir d'appréciation du curateur quant aux voies à utiliser pour exercer sa mission de reconstitution d'un actif et de désintéressement des créanciers, de sa marge de manœuvre et de l'évaluation de la conformité de son comportement par référence au curateur normalement diligent et avisé. Etrangère à notre problématique concrète, cette problématique ne sera pas approfondie ici.

12. P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 349-350. Ces auteurs ajoutent que la situation du créancier individuel peut être rapprochée de celle de l'actionnaire, qui ne peut introduire l'action *mandati* à titre individuel à moins de présenter les conditions strictes imposées par l'article 66bis, § 2, alinéa 2, des L.C.S.C. relativement à la quotité d'actions détenues.

200 à 220. **Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant – Suppression du lien de causalité – Importance du plan financier**

N° 81. – *Comm. Bruxelles, 8 avril 1986*<sup>1</sup>

**Présentation:** Les articles 35, 6°, 123, 7°, et 147ter, 4°, des L.C.S.C. stipulent que l'insuffisance du capital n'engage la responsabilité des fondateurs que si elle est *manifeste*, ce qui implique la reconnaissance au juge d'un large pouvoir d'appréciation<sup>2</sup>. Quels éléments peut-il ou doit-il prendre en considération? Quels éléments sont suffisamment pertinents pour emporter sa décision?

**Sommaire:** Un plan financier sommaire qui se borne à évaluer le bénéfice annuel net attendu ne répond pas adéquatement à la notion de plan financier; le plan financier est en effet un plan budgétaire établi sur base du programme d'action des fondateurs et doit indiquer les moyens financiers que les fondateurs prévoient pour assurer la viabilité de la société pendant les deux premières années de son existence. D'autres éléments que le plan financier peuvent étayer le caractère raisonnable et sérieux des prévisions des fondateurs (études de rendement, ...). En outre, dans l'hypothèse d'une reprise d'exploitation, les fondateurs peuvent prendre en considération la valeur des éléments cédés (matériel, outillage et mobilier de bureau, clientèle, stock, ...) comme les charges et frais généraux de l'exploitation antérieure pour fixer raisonnablement le capital social. Le curateur qui déduit des résultats déficitaires de la société faillie le caractère manifestement insuffisant de son capital opère un raisonnement *a posteriori* contraire à l'esprit et au texte de la loi.

**Parties:** Me Gutt *qualitate qua* faillite S.A. Carrosserie Auto Européenne / S.A. Société nouvelle des autos-taxis de Bruxelles, G. Brison, J. Minot, C. Verbist et crts Maes

(...)

Attendu que les fondateurs doivent décider si le capital qu'ils se proposent d'investir est raisonnablement adapté au projet sociétaire et proportionné aux activités qu'ils ont l'intention d'exercer; que c'est normalement grâce au plan financier qu'ils pourront justifier qu'ils ont étudié sérieusement les besoins de l'entreprise à créer;

Que, cependant, la loi ne dispose pas que cette preuve ne peut être rapportée que par le plan financier; qu'elle ne frappe d'ailleurs d'aucune sanction spécifique le caractère som-

81.-1. Cette décision a été publiée dans *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 166; *R.R.D.*, 1987, p. 164.

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

maire du plan financier qui n'est pas de nature en soi à engager la responsabilité des fondateurs; que la loi n'interdit nullement aux fondateurs d'établir, grâce à d'autres éléments, le caractère raisonnable et sérieux des prévisions en capital;

Attendu, en l'espèce, que les fondateurs produisent les études de rendement réalisées avant la confection du plan financier;

Que, selon ces éléments, pendant les six premiers mois de l'exercice 1980, l'atelier de réparations et de carrosserie et l'activité accessoire de location de véhicules, qui furent cédés à la faillie, ont produit un chiffre d'affaires de 14.491.289 F., soit une moyenne mensuelle de 2.415.215 F.;

Que les fondateurs ont estimé pouvoir porter à 3.300.000 F. le chiffre d'affaires mensuel que réaliserait la nouvelle société; que ce chiffre prenait en compte à la fois les charges que la société aurait à supporter, une meilleure facturation des pièces de rechange et des matières utilisées, une réduction drastique des ristournes et remises et un accroissement raisonnable de la clientèle que pouvaient espérer les fondateurs grâce à leurs contacts professionnels;

Que de telles perspectives n'étaient pas déraisonnables; qu'elles l'étaient d'autant moins que l'atelier de réparations et de carrosserie avait produit un chiffre d'affaires en augmentation constante (7.781.379 F. en 1977 pour atteindre 25.415.128 F. en 1980);

Que le curateur déduit des résultats déficitaires enregistrés par la faillie que le capital était manifestement insuffisant; qu'en d'autres termes, il prétend, à tort, établir l'insuffisance du capital par référence au chiffre d'affaires que la faillie a effectivement réalisé;

Qu'en effet, la responsabilité des fondateurs édictée par l'article 35, 6<sup>o</sup>, des L.C.S.C. implique que soit pris en considération le chiffre d'affaires qui était normalement prévisible au moment de la constitution de la société; que le raisonnement du curateur aboutit à une appréciation *a posteriori* du caractère suffisant du capital contraire à l'esprit et au texte de la loi;

(...)

### OBSERVATIONS

Une chose est d'établir, avant de constituer une société, un plan financier cohérent et réaliste, à savoir une justification précise et complète du montant mis à la disposition de la société. Un tel document permet d'avoir la certitude que l'entrepreneur n'entame pas son activité commerciale à l'aveuglette, mais a réfléchi avant de lancer son entreprise<sup>3</sup>, une adéquation entre le capital proposé et le projet des activités étant fondamentale. En même temps, cette obligation imposée aux fondateurs représente une garantie qui leur est offerte par le législateur, garantie qui les protège «*contre tout arbitraire éventuel dans l'appréciation post-factum de ce qui a pu être considéré comme un capital suffisant dans les circonstances données, c'est-à-dire au moment de la création de la société*»<sup>4</sup>. Quant au contenu minimal de ce plan, «*le bilan prévisionnel indiquera au passif les ressources provenant du capital social de départ, ainsi que des capitaux empruntés (crédit bancaire, prêts des associés, subsides, etc.) et à l'actif les diverses utilisations des ressources (immobilisations, frais de premier établissement, créances, stocks, crédits aux clients, caisse, etc.). Un tableau de prévision des résultats d'exploitation complétera utilement le bilan prévisionnel*»<sup>5</sup>.

3. Loi du 4 août 1978, *Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 415/2, p. 142.

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

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

Un autre problème est de mettre en œuvre adéquatement ce plan en respectant ses modalités. On découvre parfois dans la pratique des situations où le plan financier avait été correctement et raisonnablement établi par les fondateurs (la société était «viable»), mais où il n'a pas été respecté par les administrateurs/gérants, ce qui a causé la faillite. On se réfère notamment à une décision du tribunal de commerce de Mons du 3 avril 1995 en ces termes: «Attendu que le bénéfice réalisé la première année démontre que les projections des fondateurs étaient raisonnables; (...) que la faillite est due à une série de fautes de gestion; (...) que ces fautes de gestion – pouvant également entraîner la responsabilité des gérants, mais sur une base juridique différente – ont entraîné le non-respect du plan financier et partant la faillite; attendu que l'insuffisance dès l'origine du plan financier n'est pas démontrée; (...) que si le plan financier avait été respecté, le capital (...) devait être suffisant; attendu en résumé que si l'on se place au moment de la constitution, les prévisions des fondateurs étaient raisonnables, même si l'on peut regretter qu'elles n'aient pas été plus précises et qu'elles n'aient contenu aucune explication des chiffres avancés»<sup>6</sup>. Dans une telle hypothèse, les fondateurs seront déchargés de toute responsabilité et c'est aux administrateurs qu'il appartiendra de répondre des fautes qu'ils ont commises<sup>7</sup>.

### 230. Capital manifestement insuffisant: cas d'application

#### N° 82. – Liège (7<sup>e</sup> ch.), 5 mai 1995<sup>1</sup>

**Présentation:** Voici une décision qui offre une illustration assez pertinente du pouvoir d'appréciation dont le juge dispose relativement à l'adéquation du plan financier.

**Sommaire:** L'établissement d'un plan financier par les fondateurs d'une S.P.R.L. leur est imposé pour les amener à étudier sérieusement les besoins de l'entreprise avant d'entamer l'activité sociale.

Ce plan financier est défini comme étant un état prévisionnel des activités à réaliser par la société à constituer et des moyens financiers à mettre en œuvre à cette fin. Il sera basé sur des prévisions raisonnables des dépenses et des recettes.

Le juge appelé à apprécier le caractère manifestement insuffisant ou non du capital se replacera au moment de la constitution de la société et fera référence au critère du fondateur raisonnablement prudent et consciencieux.

Il dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la proportion dans laquelle il met le passif social à charge des fondateurs. Il devra notamment tenir compte des avances consenties à la société par un administrateur et du désintéressement par celui-ci de l'un des créanciers.

Dans les relations entre administrateurs, le juge peut déterminer leur contribution respective à la dette compte tenu des qualifications particulières de

6. Comm. Mons, 3 avr. 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 186.

7. Sur cette question, voir nos observations aux numéros 350 et 360, v° *Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts et Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil.*

82.-1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 1997, p. 626; *R.R.D.*, 1995, p. 314.

l'un des administrateurs.

*Parties:* S.C. A4/Gustin

Attendu que le curateur de la faillite de la S.P.R.L. B.T.C. agissant sur pied de l'article 123, 7<sup>o</sup>, des L.C.S.C. postule la condamnation des fondateurs de la S.P.R.L. B.T.C. au remboursement du passif de la faillite qui s'élevait à 961.913 F. au jour de la citation introductive d'instance, réduit actuellement à 743.481 F. en raison de remboursements effectués par Raymond Gustin en qualité de caution;

(...)

*Antécédents*

1. Le 19 décembre 1984, après que le notaire Kumps les eût éclairés sur les conséquences de l'article 35 des L.C.S.C. relatif à la responsabilité des fondateurs lorsque la société est créée avec un capital manifestement insuffisant, Raymond Gustin et Christian Bodart déposent au rang des minutes de l'étude le plan financier de la société qu'ils se proposent de former.

2. Ce plan sommaire contient les rubriques suivantes:

- |  |              |
|--|--------------|
| a. le relevé des frais fixes annuels estimés à                               | 2.153.000 F. |
| b. le relevé des frais de premier établissement                              | 160.000 F.   |
| c. le relevé des investissements et frais fixes de première année            | 330.000 F.   |
| parmi lesquels on relève le poste «campagne publicitaire (chanson comprise)» | 20.000 F.    |
| d. différents modes de calcul des frais variables                            |              |
| e. le seuil de rentabilité calculé suivant trois hypothèses différentes      |              |
| f. les comptes d'exploitation prévisionnels des années 1985, 1986 et 1987.   |              |

3. Il n'est pas contesté que ce plan financier a été établi par Ch. Bodart, «choisi en raison de ses compétences certaines en qualité d'ingénieur commercial et de conseiller économique» (conclusions d'instance dossier R.G. 250/89, pièce 11, p. 4, avant-dernier §). Ch. Bodart déclare avoir agi «pour rendre service» (même pièce, p. 2, § 3) et que le plan fut élaboré sur la base des indications fournies par R. Gustin (conclusions d'appel, p. 3, § 3).

4. Le 19 décembre 1984, R. Gustin et Ch. Bodart constituent la S.P.R.L. Belgium Troc Company, en abrégé B.T.C., au capital totalement souscrit et libéré de trois cent cinquante mille francs.

Les trois cent cinquante parts sociales sont réparties entre les fondateurs à concurrence de trois cent trente-six pour le premier et quatorze pour le second.

«La société a pour objet (principal) tant en Belgique qu'à l'étranger ... toutes prestations de services se rapportant directement ou indirectement au domaine de l'achat, de la vente et de l'échange de tous biens tant mobiliers qu'immobiliers et plus particulièrement, en qualité d'intermédiaire, par la publicité et la promotion de la vente ou de l'échange de biens meubles et immeubles appartenant à des particuliers ou de services rendus par ceux-ci.»

Les fondateurs réunis en assemblée générale désignent Raymond Gustin en qualité de gérant.

5. Dès avant sa constitution officielle, la S.P.R.L. B.T.C. s'adresse à la S.C. A4 qui est chargée de l'organisation de sa campagne de lancement.

B.T.C. désire, en effet, organiser un marché d'échange et s'implanter dans la région bruxelloise.

Au cours des mois de décembre 1984, janvier, février et mars 1985, la S.C. A4 facture à B.T.C. des prestations intellectuelles en publicité et relations publiques, des emplacements publicitaires dans des journaux, la location de locaux pour l'organisation d'une conférence de presse, la confection de panneaux publicitaires mais également différents services de bureaux pour un montant total de 629.838 F.

6. Durant la même période et jusqu'au mois de mai 1985, R. Gustin consent à B.T.C., qui n'exerce et n'exercera jamais aucune activité génératrice de revenus, différentes avances pour un montant total de 1.872.680 F.

7. Le 3 février 1985, Ch. Bodart, après avoir, dit-il, à plusieurs reprises, attiré l'attention de R. Gustin «sur le non-respect du plan financier et le non-respect de la description initiale du projet» (conclusions dossier R.G. 250/89, pièce II, p. 5), écrit à R. Gustin pour lui faire part, «compte tenu des nombreuses dissensions qui nous ont opposés depuis la création de la S.P.R.L. B.T.C., de sa volonté de se défaire de ses quatorze parts au profit du gérant (treize parts) et d'une dame Sonia Hucubach (une part)».

8. Dans le courant du mois de mars 1985, le contrat B.T.C. - A4 est dénoncé (dossier A4, farde 1, facture 85/41 du 31 mars 1985).

9. B.T.C. met un terme en mai à des activités qui n'ont jamais réellement débuté et, à partir du mois de juin 1985, les écritures comptables ne sont plus tenues.

10. Le 14 juin 1985, A4 procède à une saisie-arrêt conservatoire entre les mains du receveur de la T.V.A. pour sûreté de sa créance estimée à 435.685 F., montant de ses factures impayées.

11. Le 10 juillet 1985, elle assigne au fond et obtient jugement le 7 avril 1987 après qu'une plainte du chef de faux et d'usage de faux déposée par B.T.C. contre ses responsables ait été classée sans suite.

12. La faillite sur aveu est prononcée le 4 juin 1987.

13. Par lettre du 14 septembre 1987, le curateur, aux motifs que «la faillite de la S.P.R.L. est intervenue dans les trois ans de sa constitution et (que) le capital social était, au moment de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité pendant une période de deux ans au moins», invitera les deux fondateurs à prendre rendez-vous pour envisager les modalités de remboursement du passif estimé à environ huit cent mille francs.

Le 17 septembre 1987, le conseil de R. Gustin notifie au curateur le refus de son client qui conteste l'allégation d'un capital insuffisant.

Le 18 septembre 1987, Ch. Bodart répond par l'intermédiaire de son conseil «ne pouvant être concerné par la faillite de la S.P.R.L. B.T.C.».

14. Le 2 février 1988, la société coopérative A4 prend l'initiative de la procédure suivie par les curateurs un an plus tard.

*Discussion**1. Responsabilité fondée sur la sous-capitalisation de la société (art. 123.7 L.C.S.C.)*

Attendu qu'en imposant l'établissement d'un plan financier (art. 120<sup>ter</sup>, § 29<sup>ter</sup> L.C.S.C.), le législateur a voulu «amener les fondateurs à étudier sérieusement les besoins de l'entreprise avant de s'engager dans l'aventure sociétaire, en sachant qu'en cas de sous-évaluation manifeste, ils prennent le risque considérable de devoir supporter personnellement tout ou partie des dettes sociales si la société est déclarée en faillite» (C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en matière de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 28, p. 763);

Que le capital visé par l'article 123, 7°, est constitué «du capital statutaire mais aussi (des) autres ressources disponibles. En effet, la viabilité d'une entreprise ne dépend pas seulement du capital statutaire, mais encore de l'ensemble des moyens qui sont mis à sa disposition. Dans cette optique, on prendra en considération les crédits normaux des fournisseurs, le crédit bancaire, les prêts ou la caution des associés et d'éventuels subsides» (PARMENTIER, *o.c.*, n° 31, p. 764);

Que «le juge prendra en considération l'activité réellement projetée par les fondateurs» (PARMENTIER, n° 32, p. 765; VAN OMMESLAGHE et DIEUX, «Les sociétés commerciales. Chronique», *R.C.J.B.*, 1994, n° 152, p. 738);

Que «le plan financier peut donc être défini comme étant un état prévisionnel des activités à réaliser par la société à constituer et des moyens financiers à mettre en œuvre à cette fin. Il sera basé sur des prévisions raisonnables des dépenses et des recettes nécessitées par la réalisation d'un programme d'action préalablement défini» (J. COLLEYE, «Le plan financier», tiré à part du n° 4 de la *Revue belge de la comptabilité et de l'informatique*, n° 5; C. PARMENTIER, n° 33, p. 766);

Que «le plan financier donnera la justification du capital de la société à constituer. Cette justification nécessite:

- a. l'exposé de la description de l'activité projetée, c'est-à-dire du programme d'action envisagé par les fondateurs;
- b. l'estimation du volume d'activité raisonnablement réalisable (chiffre d'affaires prévisionnel, par exemple);
- c. le calcul de la rentabilité prévisionnelle de l'entreprise: cette rentabilité est indispensable pour assurer la continuité de l'exploitation et le maintien des moyens financiers adéquats;
- d. partant du programme d'action défini par les fondateurs et des éléments prévisionnels b et c, il y aura lieu de déterminer:
  - le montant des investissements nécessaires à effectuer par la société:
    - immobilisations
    - fonds de roulement
    - trésorerie
  - le montant des ressources extérieures de financement pouvant raisonnablement être obtenues:
    - fournisseurs
    - établissement de crédit
    - ouverture de crédit hypothécaire
  - les garanties ou les cautions pouvant éventuellement être fournies par un ou plusieurs fondateurs intéressés à la constitution de la société» (J. COLLEYE, *o.c.*, n° 18);

Attendu que la notion de capital manifestement insuffisant «doit être appréciée par le juge en se replaçant au moment de la constitution de la société et en vérifiant si, à cette date, les prévisions des fondateurs étaient raisonnables. Le juge doit cependant se garder de toute appréciation *a posteriori*. Autrement dit, ne peuvent entrer en ligne de compte la survenance d'événements défavorables mais que les fondateurs ne pouvaient normalement prévoir»

(*T.P.D.C.*, t. 2, p. 532; Mons, 13 sept. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 8, cité par VAN OMME-SLAGHE et DIEUX, «Chronique», *R.C.J.B.*, 1994, n° 153, p. 737);

Attendu qu'en l'espèce, le plan financier élaboré par Ch. Bodart est particulièrement sommaire, ce qui n'est pas fautif en soi, même s'il ne décrit pas l'activité projetée;

Qu'il apparaît cependant dès l'abord complètement irréalisable en ce qu'il prévoit de financer le coût du fonctionnement de la société (estimé à 2.758.000 F.) durant les deux premières années au moyen uniquement du produit de ses activités;

Qu'il doit être tenu compte, en effet, de la nature particulière du projet, à savoir la mise en place d'un marché d'échange; que ce projet ne semble d'ailleurs pas avoir été précédé d'une étude de faisabilité;

Que les fondateurs n'avaient donc aucune idée précise du nombre de clients qu'ils pourraient effectivement atteindre;

Que le produit des activités de B.T.C., défini exclusivement en fonction du nombre de clients, était donc tout à fait aléatoire;

Que le calcul de rentabilité effectué à la page 2 du plan financier est ainsi purement théorique;

Que, de même, il peut être reproché aux fondateurs d'avoir largement sous-estimé leur budget publicitaire; que s'agissant d'un type d'activité commerciale hors du commun, une campagne publicitaire importante était indispensable pour laquelle le budget prévu (vingt mille francs) était totalement insuffisant;

Que B.T.C. ne disposait donc pas des ressources suffisantes lui permettant d'assurer son fonctionnement durant la période prévue par l'article 123, 7°, des L.C.S.C.;

Que les faits ont confirmé la réalité de cette analyse: au cours des six mois qui ont suivi sa constitution, B.T.C. a fonctionné uniquement grâce aux avances consenties par son gérant qui ont atteint 1.872.680 F. et elle a mis un terme à ses «activités» en mai 1985 sans avoir négocié la moindre transaction;

Que «l'action en responsabilité est (...) fondée lorsque les charges, dès la constitution, dépassaient de loin les recettes espérées et que la société manquait des moyens financiers minima indispensables à son activité commerciale. Il en va de même lorsque l'examen du plan financier révèle une insuffisance manifeste du capital social qui n'a pu échapper à l'attention des fondateurs qu'en raison de leur négligence ...» (A. BENOÎT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. dr.*, 1992, p. 65);

Que tel est le cas en l'espèce, le capital de départ de B.T.C. étant manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins;

Qu'un fondateur raisonnablement prudent et consciencieux n'aurait pas manqué de s'en rendre compte (voir Mons, 13 sept. 1989, déjà cité);

Qu'en raison de la faillite survenue le 4 juin 1987, les conditions d'application de l'article 123, 7°, des L.C.S.C. sont donc réunies et la responsabilité solidaire des fondateurs doit être retenue sans qu'il y ait lieu d'avoir égard aux fautes de gestion commises ultérieurement par le gérant R. Gustin, à la démission rapide de Ch. Bodart ni au fait que celui-ci est intervenu à la constitution de la société par simple complaisance;

Attendu que «le juge dispose (toutefois) d'un pouvoir d'appréciation quant à la proportion dans laquelle il met le passif social à charge des fondateurs. La cour d'appel de Mons en a fait usage, dans son excellent arrêt précité du 13 septembre 1989, retenant au bénéfice des fondateurs les avances importantes qu'ils avaient consenties à la société pour tenter de sortir de l'impasse» (VAN OMME-SLAGHE et DIEUX, *o.c.*, même référence);

Qu'en l'espèce également, il doit être tenu compte des importantes avances effectuées par R. Gustin (1.872.680 F.) mais également du fait que, depuis le 4 juin 1987, il a désintéressé complètement le créancier Locabel qui avait produit à la faillite pour un montant total de

237.549 F. (voir note déposée le 8 octobre 1991 par le curateur devant les premiers juges – dossier 169/88, pièce 25; dossier complémentaire du curateur, pièce 3);

Que, dans ce contexte, il n'y a lieu de ne prononcer la condamnation solidaire des fondateurs qu'à concurrence d'un principal de deux cent cinquante mille francs;

Attendu que, dans ce litige tout comme dans celui qui fut tranché par la cour d'appel de Mons, les deux fondateurs demandent, «au moins implicitement, la détermination de leur contribution respective à la dette, aspect de leur litige qui ne concerne que leurs relations personnelles»;

Que même si le plan financier a été élaboré sur la base des informations du seul Gustin et des engagements pris par celui-ci «de rigueur ferme quant à la gestion» (conclusions d'appel Ch. Bodart, p. 8, point b), il n'en demeure pas moins que Ch. Bodart qui se prévaut d'être «un analyste financier de bonne réputation» (conclusions dossier R.G. 250/89, pièce II, p. 4, dernier §) aurait dû attirer l'attention de R. Gustin sur le caractère tout à fait aléatoire du mode de financement retenu;

Qu'il s'impose donc, compte tenu du cadre spécifique de l'article 123, 7°, des L.C.S.C., des qualifications de Ch. Bodart et même si celui-ci n'était pas directement intéressé au projet, de partager les responsabilités par moitié;

(...)

### 230. Capital manifestement insuffisant: cas d'application

N° 83. – Mons (1<sup>re</sup> ch.), 26 mars 1998<sup>1</sup>

*Présentation:* Cet arrêt présente un double intérêt. D'une part, on appréciera l'examen attentif du plan financier qui est effectué par la cour d'appel de Mons; d'autre part, cet arrêt rappelle le caractère «automatique» de la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant une fois les deux conditions objectives réunies, et ce indépendamment des caractéristiques et compétences particulières de chaque fondateur comme de l'existence d'un lien de causalité entre l'insuffisance d'actif et la faillite.

*Sommaire:* Pour retenir la responsabilité des fondateurs, il suffit au juge de constater l'existence de deux conditions objectives, à savoir, d'une part, la survenance de la faillite dans les trois ans de la constitution de la S.P.R.L. et, d'autre part, l'insuffisance manifeste du capital social dont celle-ci a été dotée à l'origine.

Pour apprécier le caractère insuffisant du capital, il revient au juge de se replacer au moment de la constitution de la société et de ne tenir compte que des éléments d'appréciation dont les fondateurs ont pu avoir connaissance à ce moment-là.

Le juge détermine la proportion dans laquelle les fondateurs sont personnellement tenus des engagements de la société.

Compte tenu de la désinvolture avec laquelle les fondateurs ont fixé le capital social et de leur complète insouciance d'assurer à la S.P.R.L. une

83.-1. Cette décision a été publiée dans *J.T.*, 1998, p. 577.

quelconque chance de viabilité, il convient de les condamner solidairement à payer la totalité du passif de la société faillie.

*Parties:* L.../G...

Attendu que la cour de céans fait sienne la relation précise et complète des faits effectuée par le premier juge:

Attendu que la demande originaire du curateur *qualitate qua* tend à la condamnation des parties L... et B... en leur qualité de fondateurs et de gérants associés de la S.P.R.L. Phantijo Eurotherm en faillite au paiement de la somme provisionnelle de 1.020.744 F. outre les intérêts judiciaires, les frais et dépens;

Que cette action est fondée sur les articles 132, 133bis, 29ter et 123, 7°, des L.C.S.C. ainsi que sur pied des articles 4 et 7 de la loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises;

Attendu que le sieur L... fait grief aux premiers juges d'avoir fait droit à cette demande, en ce qui le concerne;

Attendu qu'en vertu des articles 35, 6°, et 123, 7°, des L.C.S.C., les fondateurs d'une S.P.R.L. sont tenus solidairement «des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins»;

Attendu que, pour cette raison, les fondateurs d'une S.P.R.L. sont obligés, dès avant la constitution de cette dernière, d'établir un plan financier dans lequel ils doivent justifier le montant du capital qu'ils rassemblent (*cf.* art. 29ter L.C.S.C.);

Attendu que ni les travaux préparatoires ni la loi ne précisent le contenu ou la présentation du plan financier;

Qu'eu égard au but poursuivi par le plan financier, ce document doit justifier «par des prévisions chiffrées que les moyens de financement mis à la disposition de la société correspondent aux capitaux nécessaires pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans» (*cf.* O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, 1996, p. 43 et *réf. citée*);

Attendu qu'ainsi, il suffit au juge de constater l'existence de deux conditions objectives pour retenir la responsabilité des fondateurs, à savoir: la survenance de la faillite dans les trois ans de la constitution de la S.P.R.L. et l'insuffisance manifeste du capital social dont celle-ci a été dotée à l'origine;

Que, pour le surplus, le juge n'a pas à apprécier dans quelle mesure chacun des fondateurs est intervenu dans l'évaluation du capital nécessaire à la viabilité de la société et ne doit pas davantage se préoccuper de l'existence de la causalité entre cette insuffisance d'actif et la faillite;

Qu'ainsi, le sieur L... ne peut tenter de dégager sa responsabilité de fondateur en invoquant le fait qu'il n'avait aucune expérience en matière de gestion de société à la différence du sieur B... qu'il décrit comme étant plus aux faits des questions commerciales et auquel, pour cette raison, il déclare avoir fait confiance;

Attendu que, pour apprécier le caractère insuffisant du capital, il revient au juge de se replacer au moment de la constitution de la société et «de ne tenir compte que des éléments d'appréciation dont les fondateurs ont pu avoir connaissance à ce moment» (*cf.* O. RALET, *o.c.*, p. 48);

Qu'à cet effet, il lui incombe de vérifier si «les fondateurs ont agi sans dépasser la marge de divergence d'opinions que pouvaient avoir des personnes raisonnables et consciencieuses

quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société» (cf. Rapport au Sénat, *Doc. parl.*, 1977-1978, n° 415/2, p. 142; CH. MATRAY, «Observations sur la responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés», *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, t. VII, E. Story-Scientia, 1989);

Qu'ainsi, il est sans pertinence pour le sieur L... de soutenir qu'il a avancé à la société, après sa constitution, une somme de 240.000 F. et que, de surcroît, au moment où la société a définitivement cessé ses activités en septembre 1992, il lui avait consenti des liquidités sous forme d'un compte courant pour un montant de 1.000.000 de F. (cf. p. 3 de ses conclusions principales);

Attendu que le plan financier figurant en annexe de l'acte constitutif de la société faillie dressé par le notaire Q... le 6 septembre 1991 prévoyait:

- la première année un chiffre d'affaires de 39.000.000 de F. et un bénéfice net de 885.000 F.;
- la deuxième année un chiffre d'affaires de 35.000.000 de F. et un bénéfice net de 994.000 F.;
- la troisième année un chiffre d'affaires de 39.000.000 de F. et un bénéfice net de 1.232.500 F. (cf. p. 2 du dossier du curateur);

Attendu qu'il ressort de l'objet social de la S.P.R.L. Phantijo Eurotherm repris à l'article 3 de l'acte constitutif de la société que celui-ci était des plus larges et couvrait tant des activités de service, d'intermédiaire, de vente, d'achat, d'importation, d'exportation et de distribution dans des secteurs les plus divers, lui permettant ainsi d'exercer une activité commerciale quasi illimitée (cf. *ibid.*, p. 1);

Que cette intention apparaît également de la longue liste d'activités figurant à la page 3 du plan financier que la société déclarait vouloir effectivement entreprendre;

Qu'en outre, l'examen du plan financier révèle que la mise en œuvre de ces projets nécessitait que la société supporte au préalable des coûts et frais élevés, chiffrés pour la première année à 38.115.000 F. outre l'achat de marchandises pour 21.000.000 de F.;

Attendu que partant, en l'absence de comptabilité tenue par les gérants associés ou de tout autre renseignement fourni par le sieur L..., force est d'admettre que le capital social de 750.000 F. dont fut dotée la S.P.R.L. Phantijo lors de sa constitution était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité commerciale envisagée pendant une période de deux années au moins;

Que, de plus, les éléments de la cause ne révèlent pas que la société eût pu disposer de moyens propres à financer ses projets;

Qu'en agissant de la sorte, les fondateurs ont adopté un comportement de toute évidence déraisonnable;

Attendu que le juge détermine souverainement la proportion dans laquelle les fondateurs sont personnellement tenus des engagements de la société;

Attendu que, compte tenu de la désinvolture avec laquelle les fondateurs ont fixé le capital social et de leur complète insouciance d'assurer à la S.P.R.L. Phantijo Eurotherm une quelconque chance de viabilité, il convient de les condamner solidairement à payer la totalité du passif de la société faillie;

Attendu qu'il y a lieu dès lors d'accorder au curateur la somme provisionnelle de 1.020.744 F. qu'il réclame à ce titre et dont il justifie le montant par le tableau de production des créances du 16 septembre 1993 et la déclaration de créance de l'O.N.S.S. du 29 septembre 1993 au sujet de laquelle l'appelant n'émet aucune contestation (cf. pp. 5 et 6 de son dossier);

Attendu que, pour le surplus, eu égard au fait que les fondateurs sont ainsi condamnés au paiement du passif de la société, il est sans intérêt de rechercher aux mêmes fins leur responsabilité à titre de gérants associés, tant sur pied des articles 63<sup>ter</sup>, 133<sup>bis</sup>, 132, 62 ou 140 des L.C.S.C., ou 4 et 7 de la loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises;

*Par ces motifs,*  
La cour,  
Confirme le jugement entrepris.

230. **Capital manifestement insuffisant: cas d'application**

*N° 84. – Comm. Namur, 16 juin 1997<sup>1</sup>*

*Présentation:* L'intérêt de la décision qui suit est la reformulation précise par le tribunal des ressources attendues et des charges prévisibles de la société lors de sa constitution. En quelque sorte, les juges namurois effectuent ce que les fondateurs eux-mêmes sont restés en défaut d'accomplir correctement et en temps utiles ...

*Sommaire:* Tout le passif de la société doit être mis, solidairement, à charge des fondateurs lorsque l'analyse du plan financier démontre qu'il a été établi de façon à donner une idée radicalement fautive des perspectives des deux premiers exercices et qu'il repose, en réalité, sur des données tout à fait déraisonnables.

*Parties:* Mes Ghislain *qualitate qua* faillite S.A. WM Leather / Heugens, Willaerts et crts

(...)

Attendu qu'en tant qu'elle est dirigée en cette qualité, l'action n'est pas prescrite parce que l'article 194 des L.C.S.C. ne leur est pas déclaré applicable et que, s'il fallait les considérer comme de simples actionnaires – *quod non* –, le point de départ du délai de cinq ans serait leur retraite de la société ou la dissolution de celle-ci qui n'ont pas eu lieu;

*Au fond*

Attendu qu'étaient fondateurs de la S.A. WM Leather, constituée le 12 juin 1987, tous les défendeurs à l'exception de M. Puspok;

Attendu que le demandeur *qualitate qua* leur réclame solidairement paiement du passif net de la société déclarée en faillite le 28 avril 1988, soit dix mois et demi après sa constitution, au motif que, lors de celle-ci, le capital social était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins (art. 35, 6° L.C.S.C.);

Attendu que la société avait pour objet statutaire, tant en Belgique qu'à l'étranger, de faire toute opération se rapportant directement ou indirectement à la vente, la distribution, l'importation d'articles de cuir en général et notamment de chaussures, de vêtements, de maroquinerie et accessoires, ainsi que toute opération s'y rapportant;

---

84.-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 1997, p. 447.

Attendu que le plan financier établi en exécution de l'article 29<sup>ter</sup> des L.C.S.C., qui est transmis au tribunal dans les cas visés à l'article 35, 6°, énonce: «la société a pour objet d'importer des chaussures et des vêtements de cuir d'Espagne et de les diffuser en Belgique via son propre réseau de magasins gérés par des indépendants. La position sur le marché est de vendre des produits de qualité en limitant au maximum les frais d'agencement et de structure et, dès lors, de présenter un prix attractif à la clientèle avec un soutien publicitaire en folders»;

Attendu que le plan financier prévoyait:

- l'ouverture d'un magasin fin juin 1987 et d'un autre fin septembre 1987, de trois magasins en 1988 et de trois magasins en 1989;
- un chiffre d'affaires annuel de douze millions par magasin;
- un investissement de 3,2 millions par magasin à charge de la société;
- une marge de 82% entre le prix d'achat augmenté du coût du transport et le prix de vente (on revend 2.000 F. ce qui a été acheté et expédié pour 1.100 F.);
- le paiement par chaque franchisé d'un pas de porte de 300.000 F.;
- la «rémunération» du gérant franchisé à raison de 15% du chiffre d'affaires;
- des biens et services divers (loyer, téléphone, déplacements, assurances, honoraires, frais de bureau, frais divers, franchises) pour 9.850.000 F. pendant le premier exercice de dix-neuf mois (1<sup>er</sup> juin 1987 au 31 décembre 1988);
- des frais de personnel pendant le premier exercice de 3.950.000 F.;
- des amortissements:
  - par magasin 10% sur 3.200.000 F. = 320.000 F.
  - véhicule 25% sur 600.000 F. = 150.000 F.
  - bureau 20% sur 400.000 F. = 80.000 F.

550.000 F.;

Attendu que le plan financier prévoit le premier exercice un chiffre d'affaires de 51 millions réalisé à partir d'achats de marchandises pour 28.050.000 F.  $\times 1,82 = 51.000.000$ , mais aussi qu'un stock de 3.000.000 sera constitué dès le premier exercice, ce qui a pour conséquence que le chiffre d'affaires du premier exercice ne sera que de 28.050.000 F. (achat) - 3.000.000 (stock au prix d'achat) = 25.050.000 F.  $\times 1,82 = 45.600.000$  F., ce qui a pour conséquence de réduire la rémunération des gérants franchisés à  $45.600.000 \times 15\% = 6.840.000$  F., de sorte que le total des biens et services divers est réduit à 9.040.000 F.;

Attendu enfin que l'on ne peut faire figurer, comme le fait le plan financier, parmi les produits d'exploitation  $5 \times 300.000$  F. de pas de porte payés par les franchisés lors de la signature du contrat de franchise des cinq magasins à ouvrir pendant le premier exercice, puisqu'il s'agit d'une rentrée exceptionnelle qui doit figurer au tableau de la page 4 du plan financier sous la rubrique «ressources»;

Attendu qu'il résulte des remarques qui précèdent que la prévision des résultats d'exploitation, en milliers de francs, pour le premier exercice du 1<sup>er</sup> juin 1987 au 31 décembre 1988, doit être rectifiée comme suit:

### Produits

|                                |          |
|--------------------------------|----------|
| Chiffre d'affaires             | : 45.600 |
| Autres produits d'exploitation | : 0      |

### Charges

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| Achat de marchandises    | : 28.500 |
| Biens et services divers | : 9.040  |

|                                       |                |
|---------------------------------------|----------------|
| Personnel                             | : 3.950        |
| Autres charges                        | : 200          |
|                                       | <u>41.240</u>  |
| Résultat avant amortissement          | : 4.360        |
| Amortissement                         | : 1.830        |
| Charges financières                   | : 1.800        |
| Résultats avant impôt                 | : 730          |
| Impôts ( ± 38,7%°)                    | : 280          |
| Résultat reporté                      | : 450          |
| Moyen acquis (cash flow): 1.830 + 450 | : <u>2.280</u> |

alors que le tableau qui figure au plan financier aboutit à des moyens acquis de 7.850;

Attendu que le tableau des ressources et emploi (en milliers de francs) doit être rectifié comme suit pour le premier exercice:

### Ressources

|  |            |
|--|------------|
| Capital souscrit et libéré   | : 1.250    |
| Crédit fournisseur   | : 5.934    |
| Etats  | : 383      |
| Moyens acquis  | : 2.280    |
| Profits exceptionnels (5 pas de porte)                             | : 1.500    |
| Compte courant associés dont il n'est question nulle part ailleurs | : <u>0</u> |
|  | 11.347     |

### Emplois

|  |              |
|--|--------------|
| Immobilisations                              |              |
| (5 x 3.200 = 16.000 – amortissement = 1.830) | : 14.170     |
| Stock  | : 3.000      |
| Crédits clients                              | : 110        |
| Autres débiteurs                             | : <u>208</u> |
|  | 17.488       |
| Situation nette                              | : -6.141     |

alors que le tableau qui figure au plan financier aboutit à une situation nette positive de 579;

Attendu que les observations qui précèdent peuvent être transposées, *mutatis mutandis*, dans les tableaux financiers relatifs au second exercice, ainsi qu'aux besoins de fonds de roulement des deux exercices;

Attendu qu'à la lecture du tableau des ressources du plan financier, on constate avec surprise que le capital libéré est compté pour 1.900.000 F. au lieu de 1.250.000 F.;

Attendu que l'analyse du plan financier démontre qu'à partir des éléments constitutifs théoriques qu'il énumère, il a été établi de façon à donner une idée radicalement fautive des perspectives des deux premiers exercices;

Attendu, d'autre part, que les données de base (éléments constitutifs) du plan financier sont parfaitement déraisonnables;

Attendu que le dossier répressif révèle que le premier magasin, de Huy, est le seul qui sera jamais ouvert; qu'il n'a été ouvert que le 1<sup>er</sup> août et non à la fin du mois de juin 1987 (d'où la perte d'un million de chiffre d'affaires théorique); que son aménagement a coûté plus de 3.200.000 F.; que, pour pouvoir s'y installer, il avait fallu, avant la constitution de la société, racheter le fonds de commerce de jouets qui y était exploité, pour 1.024.025 F., que ces jouets ne seront revendus que 200.000 F.; que c'est ainsi que le tribunal correctionnel,

statuant sur la prévention de banqueroute frauduleuse, a pu écrire que la société avait cessé ses paiements au moment de sa constitution;

Que le dossier répressif révèle encore que, dès le 7 août 1987, il apparaissait déjà aux administrateurs et aux fondateurs qu'il était indispensable de doubler le capital dans les prochaines semaines; qu'un mois plus tard, la nécessité de le tripler était devenue évidente;

Attendu que, pour paraphraser le jugement du tribunal correctionnel, il appartenait aux défendeurs «qui avaient décidé de fonder une société de s'entourer des informations nécessaires et de s'investir d'une élémentaire compétence avant de passer à l'action»;

Attendu que jamais le magasin de Huy n'a réalisé 1 million de chiffre d'affaires par mois; qu'une telle prévision était fantaisiste;

Attendu que, faute de moyens financiers et spécialement de capital suffisant, jamais les fondateurs de la société n'ont pu espérer sérieusement ouvrir d'autres magasins, ce qui condamnait à mort la société;

Attendu que les conseils de Heugens, de Contino et de Bajoux ont plaidé que le capital paraissait suffisant parce que les contrats de franchise mettaient à charge des franchisés non seulement les loyers, mais également l'aménagement des magasins;

Attendu que les deux contrats de franchise produits par Me Ghislain ne mettent nullement les frais d'aménagement du magasin à charge du franchisé; qu'il est stipulé au contraire que ce dernier reçoit une boutique «clé sur porte»; que la confusion dans l'esprit des conseils de certains défendeurs a pu naître de ce que la société est dénommée, dans les contrats, «concessionnaire» (*sic*);

Attendu que le tribunal estime que tout le passif doit être mis, solidairement, à charge des fondateurs Heugens, Willaerts, Contino et Bajoux.

*Par ces motifs,*  
(dispositif conforme aux motifs)

## 270. Responsabilité des administrateurs et des gérants: généralités

N° 85. – *Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 27 mai 1994*<sup>1</sup>

*Présentation:* L'article 194, alinéa 4, des L.C.S.C. 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 dol<sup>2</sup>. Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs/gérants, quel que soit son fondement

85.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1994, I, p. 522; *T.R.V.*, 1995, p. 54 et note M. WIJCKAERT; *R.D.C.*, 1994, p. 1011 et note; *R.W.*, 1994-1995, p. 673; *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 291; *Arr. cass.*, 1994, p. 544; *Bull.*, 1994, p. 522.

2. Et ceci même si la dissimulation n'est pas imputable au dirigeant concerné (Bruxelles, 28 sept. 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note STUCKMANS). Si la responsabilité du dirigeant est fondée sur un ensemble de faits ayant tous concourus à la survenance du dommage, la prescription ne prend cours qu'à dater du dernier fait (Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 180; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1972-1978)», *R.C.J.B.*, 1981, p. 392, n° 67).

juridique<sup>3</sup>. Il est intéressant dans la note de comparer la situation des administrateurs et gérants et celle des fondateurs sur le plan de la prescription, et ce d'autant plus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription<sup>4</sup>.

*Sommaire partiel:* 1° et 2° En vertu de l'article 194 des lois sur les sociétés commerciales coordonnées par l'arrêté royal du 30 novembre 1935, les actions contre les gérants, administrateurs, commissaires et liquidateurs pour faits de leurs fonctions sont prescrites par cinq ans à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits. Ce délai de prescription dérogeant au droit commun est aussi applicable lorsque l'action est fondée sur la faute quasi délictuelle du gérant, sans préjudice de l'application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale pour la réparation d'un dommage résultant d'une infraction à une loi pénale.

*Parties:* Pyck / Société de droit allemand «Deutscher Kraftverkerher GMBH»

(...)

*Quant à la première branche*

Attendu qu'en vertu de l'article 194 des L.C.S.C. par l'arrêté royal du 18 avril 1851, sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants 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;

Qu'en imposant un délai de prescription dérogeant au droit commun par une disposition générale et impérative qui est censée être applicable dans tous les cas, le législateur a subordonné les intérêts privés des créanciers aux intérêts supérieurs des relations commerciales;

Que, sans préjudice de l'application de l'article 26 du titre préliminaire contenant le Code de procédure pénale, lors de la réparation d'un dommage résultant d'une infraction à la loi pénale, ce délai vaut aussi lorsque l'action est fondée sur une faute quasi délictuelle commise par le gérant;

Attendu qu'après avoir constaté que la faute quasi délictuelle du demandeur qui consistait à avoir fait conclure un contrat par la société était en rapport avec les fonctions qu'il exerçait et qu'elle a été commise plus de cinq ans avant l'introduction de l'action, l'arrêt ne pouvait décider sans violer l'article 194 des L.C.S.C. par l'arrêté royal du 30 novembre 1935 que l'action y afférente n'était pas prescrite;

Que, dans cette mesure, le moyen en cette branche est fondé;

(...)

3. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1<sup>re</sup> éd., 1954, n° 636, p. 405; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 128, ajoute que si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle reste d'application, ce qui signifie que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action pénale (O. RALET, *o.c.*, pp. 129 et 324 à 327).

4. Loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription (*M.B.*, 17 juill. 1998, p. 23 544).

## OBSERVATIONS

Il faut déplorer une lacune importante des L.C.S.C. qui définissent un délai de prescription particulier et dérogoire au droit commun pour la responsabilité des administrateurs et gérants, mais semblent avoir «oublié» les fondateurs, l'article 194 ne s'appliquant pas à eux.

En conséquence, les fondateurs restent soumis au droit commun de la prescription, récemment complètement modifié par la loi du 10 juin 1998<sup>5</sup>. Ainsi, un nouvel article 2262*bis* dispose que toutes les actions personnelles se prescrivent par dix ans, l'alinéa second dérogeant à cette règle générale en prévoyant que les actions en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extra-contractuelle se prescrivent par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable.

Voilà enfin pratiquement supprimée<sup>6</sup> l'inégalité jusque-là irréductible qui existait entre les administrateurs et gérants, d'une part, et les fondateurs, d'autre part; ceux-ci supportaient une responsabilité bien plus lourde que ceux-là.

En effet, jusqu'il y a peu<sup>7</sup>, les fondateurs étaient soumis à la responsabilité trentenaire du droit commun (art. 2262 ancien C. civ.), ce qui rendait leur charge déraisonnablement lourde et excessive.

Aujourd'hui, les fondateurs bénéficient d'une prescription réduite à cinq ans, mais la prise de cours de ce délai laisse subsister une divergence importante avec le régime applicable aux administrateurs et gérants.

Pour ces derniers, le délai de cinq ans commence à courir à partir de la commission de la faute, ce point de départ ne pouvant être postposé que si les faits ont été celés par dol; dans ce cas, le délai ne commence à courir qu'à partir de la découverte des faits celés.

Quant au délai de prescription de l'action en responsabilité des fondateurs, il ne commence à courir qu'à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable (conditions cumulatives), sans prise en considération de la date de commission de la faute ou de la date de découverte de celle-ci en cas de dissimulation. Eu égard à cette différence, nous pouvons nous demander qui, du fondateur ou de l'administrateur, bénéficie aujourd'hui du régime le plus favorable.

Il semble qu'il s'agisse quand même encore et toujours de l'administrateur. Tout est question de cas par cas, mais la prescription quinquennale dont l'administrateur et le gérant bénéficient semble plus automatique que celle du fondateur, puisque seule l'hypothèse du cel des faits permet de retarder le point de départ du délai au-delà de la commission de la faute. Quant au fondateur, nombreuses et fréquentes sont les causes susceptibles de retarder la prise de cours de la prescription quinquennale. Il suffit de songer à l'hypothèse où le dommage ne se fait ressentir que bien après la commission de la faute, même non celée.

En outre, comment doit-on comprendre les termes «identité de la personne responsable»<sup>8</sup>? Suffit-il de déterminer que *les fondateurs* sont responsables, leur responsabilité étant soli-

5. On lira avec grand intérêt l'étude de J.-F. VAN DROOGHENBROECK et R.O. DALCQ, «La loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription», *J.T.*, 1998, pp. 705 à 709.

6. Voir *infra*: la suppression de l'inégalité ne vise que la *durée du délai* de prescription (dorénavant ramenée à cinq ans également pour les fondateurs), mais non son *point de départ* qui reste distinct.

7. La loi nouvelle est entrée en vigueur dix jours après sa publication au *Moniteur belge*, soit le 27 juillet 1998.

8. Nous imaginons qu'il s'agit de la personne que la victime *croit* responsable de son dommage; en effet, s'il fallait attendre la *certitude judiciaire* de la responsabilité (décision coulée en force de chose jugée), cette disposition n'aurait plus de sens et sa mise en œuvre serait délicate... Cette exigence de la connaissance de l'auteur du dommage trouve son terrain de prédilection dans des domaines bien différents de celui de la responsabilité des fondateurs de sociétés (exemple: quel médecin, quelle opération chirurgicale a engendré un dommage déterminé qui apparaît longtemps après le fait générateur?).

daire en vertu de la loi, sans devoir déterminer qui d'entre eux a commis spécifiquement la faute reprochée? Il semble que oui, d'autant plus que la solidarité légale ne peut être écartée par l'un ou l'autre des fondateurs<sup>9</sup>. Par contre, dans le cadre de la responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil, qui ne présuppose pas la solidarité mais exige pour l'appliquer<sup>10</sup> une preuve du caractère commun de la faute, la victime devra selon nous indiquer précisément l'identité de la/des personne(s) physique(s) responsable(s) pour que puisse prendre cours le délai de prescription.

Nombreuses sont les questions soulevées par la loi nouvelle modificative de certaines dispositions en matière de prescription et l'on ne peut que déplorer, avec J.-F. VAN DROOGHENBROECK et R. O. DALCQ, qu'une loi vienne «bouleverser tout le droit de la prescription en matière d'actions personnelles pour répondre à un besoin particulier» (celui des médecins et des assureurs)<sup>11</sup>.

320 et 360. **L'action minoritaire – La responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil**

**N° 86. – Comm. Audenarde, 19 avril 1994<sup>1</sup>**

**Présentation:** Les actionnaires minoritaires peuvent introduire une action sociale contre les administrateurs et gérants dans les conditions des articles 66bis, § 2, 132bis, alinéa 2, et 158, 8°, des L.C.S.C.

La présente décision nous donne l'occasion de corriger la confusion, très fréquemment commise, entre l'action individuelle d'actionnaires et l'action minoritaire.

**Sommaire:** Une action minoritaire introduite par des actionnaires individuels est non recevable. L'exception *obscuri libelli* ne peut cependant pas être soulevée par le simple fait que les demandeurs-associés introduisent en même temps une action minoritaire et une action individuelle.

**Parties:** S.J. et S.R. / S.P., D.W.M., D.V.C. et V.L.R.

(...)

En premier lieu, se pose en l'occurrence la question de savoir si l'action, telle que formulée par les demandeurs dans leur exploit introductif d'instance et mieux exposée dans leurs conclusions, est admissible en soi.

Dans leurs dernières conclusions, déposées le 8 mars 1994, les demandeurs déclarent que leur action ne concerne pas seulement une action individuelle des actionnaires, mais, en or-

9. Sauf dans l'hypothèse particulière visée à l'article 31, alinéa 2, des L.C.S.C.; voir les observations sous Comm. Bruxelles, 26 avr. 1988; *supra*, n° 78.

10. Ou, pour être plus précis, pour retenir une responsabilité *in solidum*.

11. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et R. O. DALCQ, *o.c.*, p. 706.

86.- 1. Cette décision a été publiée dans *V & F*, 1997, p. 325.

dre subsidiaire, également une action de la minorité telle que visée à l'article 66bis des L.C.S.C.

Cette thèse ne peut être suivie.

La présente action a en effet été intentée *ut singuli* par les demandeurs, en leur nom personnel, et non pour compte de la société par l'intervention d'un mandataire spécial, désigné conformément à l'article 66ter des L.C.S.C. par les actionnaires minoritaires qui ont décidé d'intenter l'action de la minorité, telle que visée à l'article 66bis, § 2, des L.C.S.C.

L'action est par conséquent inadmissible dans la mesure où elle porte sur une action de la minorité.

(...)

### OBSERVATIONS

Les actionnaires minoritaires qui désirent mettre en cause la responsabilité des administrateurs ou des gérants de la société disposent de deux possibilités, bien distinctes quoique souvent confondues, soumises chacune à des conditions propres.

#### 1. L'intentement d'une action minoritaire

La loi du 18 juillet 1991 a élargi aux actionnaires minoritaires la possibilité, autrefois réservée aux actionnaires majoritaires, d'introduire une action en responsabilité contre les administrateurs et gérants.

Introduite dans l'intérêt de la société<sup>2</sup> et non dans l'intérêt personnel des actionnaires agissant, cette action est conditionnée par le respect de seuils de participation distincts selon le type de société<sup>3</sup>, seuils qui nécessiteront fréquemment que les actionnaires minoritaires se fédèrent. Fondés sur un préjudice subi *par la société*, le bénéfice de cette action est tout naturellement versé à celle-ci.

Nous ne connaissons pas de cas d'application d'une action minoritaire dans la pratique. Ce type d'action est néanmoins susceptible de présenter un intérêt, servant dans certains cas de moyen de pression aux mains des actionnaires minoritaires à l'égard des administrateurs et gérants.

#### 2. L'intentement d'une action individuelle

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991, les actionnaires individuels ne disposaient que des articles 1382 et 1383 du Code civil pour pouvoir mettre en cause la responsabilité des administrateurs et gérants (au motif d'une violation des statuts, d'une violation des lois sur les sociétés ou d'une faute de gestion), et ce dans l'hypothèse spécifique où ils auraient subi un préjudice personnel.

Ce fondement de responsabilité, qui subsiste à l'introduction de l'action minoritaire, est soumis aux règles du droit commun de la responsabilité aquilienne. Ceci impose:

– la preuve positive d'un comportement fautif dans le chef de chaque administrateur/gérant; en outre, lorsqu'une condamnation *in solidum* est réclamée, la preuve d'une faute commune est nécessaire, c'est-à-dire qu'il convient d'établir que chaque administrateur/gérant a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion

---

2. Mais au nom propre des actionnaires agissant, et pas au nom de la société (à la différence de l'action sociale *stricto sensu*).

3. Art. 66bis, § 2, al. 2, 132bis, al. 2, et 156, 8° L.C.S.C.

dans laquelle la participation de chacun à la faute commune a concouru à la réalisation du dommage<sup>4</sup>;

– la preuve d'un préjudice personnel, c'est-à-dire non pas commun à l'ensemble des actionnaires (et lié à l'appauvrissement de la société), mais subi spécialement et spécifiquement dans son propre chef par l'actionnaire agissant;

– la preuve d'un lien de causalité entre la faute commise par les administrateurs/gérants et le préjudice personnel subi.

La jurisprudence relative à l'action individuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil est très peu abondante, la difficulté principale résidant dans la démonstration du caractère personnel du préjudice subi.

### 330. Qui peut être tenu pour responsable?

N° 87. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 décembre 1963<sup>1</sup>

**Présentation:** Outre les personnes formellement désignées pour exercer les fonctions d'administrateur/gérant, sont tenus responsables les administrateurs de fait.

**Sommaire partiel:** La personne qui assure la gestion exclusive de la société en est l'organe de fait et peut avoir, en tant qu'auteur avec la société, exécuté les infractions de banqueroute.

**Parties:** V. et B. / M.P.

(...)

Attendu que l'arrêt constate, en ce qui concerne le demandeur, que la société de personnes à responsabilité «M...» se trouve en état de faillite et que la gestion de cette société était assurée entièrement et exclusivement par lui; qu'il constate ainsi, dans le chef du demandeur, la qualité d'organe de fait, pénalement responsable pour la société faillie;

Qu'il s'ensuit que le demandeur a, en tant qu'auteur avec la société, exécuté les infractions de banqueroute et qu'il a été condamné comme tel;

(...)

### OBSERVATIONS

Cet arrêt a été rendu en matière pénale, mais ce principe de la responsabilité de toute personne exerçant *en fait* la fonction d'administrateur ou gérant vaut également en matière civile<sup>2</sup>. La difficulté réside dans la détermination de la qualité d'organe de fait. Ainsi, le sim-

4. Cass., 24 avr. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1151.

87.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1964, I, p. 346 et *Rev. prat. soc.*, 1965, p. 13 et obs. J. t'KINT.

2. Voir notamment Anvers, 28 avr. 1997, *T. Not.*, 1997, p. 521, en abrégé.

ple fait pour un associé de déposer le bilan de la société alors que celle-ci n'a plus de gérant ne suffit pas à permettre de le considérer comme dirigeant de fait<sup>3</sup>. Selon P. VAN OMME-SLAGHE et X. DIEUX, pour être qualifié de mandataire de fait, «il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées, que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait»<sup>4</sup>.

O. POELMANS distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents<sup>5</sup>:

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance<sup>6</sup>.

Les associés des «petites» sociétés peuvent-ils être qualifiés d'administrateurs/gérants de fait par le simple fait qu'ils exercent, conformément à la loi<sup>7</sup>, les pouvoirs d'investigation et de contrôle dévolus aux commissaires? Une réponse négative s'impose, puisque, contrairement aux commissaires qui exercent leur mission à titre fonctionnel, les associés ne l'exercent qu'à titre individuel et personnel, sans devoir rendre des comptes à la société<sup>8</sup>.

Toute autre est la question de savoir si la carence des associés à exercer leur mission légale de contrôle peut être sanctionnée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil. La réponse de principe est négative, dans la mesure où «la doctrine décèle dans les pouvoirs individuels de contrôle un droit de l'associé, non une obligation»<sup>9</sup>. La responsabilité des associés peut toutefois être engagée dans des circonstances particulières, au titre de négligence fautive<sup>10</sup>.

3. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 17 déc. 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 583.

4. P. VAN OMME-SLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 793, n° 130.

5. O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 78. Cet auteur se réfère notamment à l'arrêt célèbre rendu par la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire Bodart-Fillings (Bruxelles, 14 sept. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 171 et note; *T.R.V.*, 1989, p. 55 et note J. LIEVENS), en ces termes: «La cour rappelle d'abord que la qualité d'administrateur de fait apparaît lorsque quelqu'un, en toute indépendance et liberté, réellement et de manière positive, a pris en main l'administration de la société par la fixation de la politique commerciale et de l'organisation du personnel, la conclusion de contrats, l'achat de matériel, la participation à l'administration technique et administrative et le fait de contracter des emprunts. Les abstentions et les négligences pas plus que les suggestions, les conseils et la surveillance légale (par exemple comme fournisseur de crédit ou comme caution) ne suffisent pour caractériser une administration de fait». P. COPPENS et F. t'KINT soulignent que la cour adopte ainsi une conception très restrictive de la notion d'administrateur de fait («Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 489). Voir également M. DONY, «La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficultés», *J.T.*, 1990, p. 670.

6. En ce sens, O. POELMANS signale qu'un délégué syndical organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine ne dispose pas d'une telle indépendance d'action puisqu'il reste dans les liens de subordination; il ne peut donc être considéré comme administrateur de fait (Comm. Liège, 17 mai 1983, *J.L.*, 1983, p. 449 et note P. FRANÇOIS).

7. Art. 64, § 2, al. 2, 134 et 147octies, § 2 L.C.S.C.

8. O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 218, n° 151; K. GEENS cité par P. VAN OMME-SLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 698, n° 95; OLIVIER et AFSCHRIFT, *Vademecum des S.P.R.L.*, n° 149, toutes références citées par l'arrêt de la cour d'appel prémentionné. Sur cette question du contrôle dans les P.M.E., nous renvoyons au Livre 13 du *DSC*, intitulé «Contrôle externe des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.», et spéc. pp. 631 et 632.

9. M. DE WOLF, «Des devoirs de contrôle des associés non gérants et non fondateurs», note sous Comm. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 20 nov. 1995, *Rev. prat. soc.*, 1995, p. 355.

10. Comm. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 20 nov. 1995, *Rev. prat. soc.*, 1995, pp. 349 et s. et la critique pertinente formulée par M. DE WOLF dans la note qui suit (o.c.).

340 et 350. **Responsabilité pour faute de gestion – Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts**

N° 88. – Gand (12<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1989<sup>1</sup>

**Présentation:** La décharge, ou *quitus*, est proposée chaque année au vote spécial de l'assemblée générale ordinaire; elle couvre la responsabilité des administrateurs et gérants, l'assemblée générale exprimant par son vote l'entérinement par la société de la gestion au cours de l'année écoulée ainsi que la renonciation à l'exercice de l'*actio mandati*<sup>2</sup>. Elle n'est valable que si le bilan ne comporte ni lacune, ni tromperie<sup>3</sup> et si les actes accomplis en dehors des statuts ont été spécialement indiqués dans la convocation<sup>4</sup>.

**Sommaire partiel:** La décharge donnée par l'assemblée générale au gérant ou à l'administrateur est opposable au curateur lorsqu'il agit sur pied de l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, des L.C.S.C. mais non lorsqu'il agit sur pied de l'article 62, alinéa 2, des L.C.S.C. ou sur pied de l'article 1382 du Code civil.

**Parties:** Mes Vanneste et Pintelon *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Pollet / E. Pollet et *alii*

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

### OBSERVATIONS

Personnage bicéphale, le curateur représente à la fois la masse des créanciers<sup>5</sup> et la société faillie elle-même<sup>6</sup>. En conséquence, les implications du vote par l'assemblée générale ordinaire de la décharge aux administrateurs/gérants devront être distinguées suivant la qualité en vertu de laquelle agit le curateur: opposable au curateur qui agit sur pied de l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, des L.C.S.C. (*actio mandati*), la décharge n'est pas opposable au curateur qui

88.-1. Cette décision a été publiée dans *T.R.V.*, 1989, p. 434 et note M. WIJCKAERT.

2. Elle n'empêche que soit introduite par la suite une *action minoritaire* par des actionnaires n'ayant pas voté la décharge ou l'ayant votée non valablement (art. 66bis, § 2, al. 3, 132bis et 156, 8° L.C.S.C.).

3. Omission, fausse indication, erreur, ... Les omissions et indications fausses qui n'ont pas eu pour effet d'induire l'assemblée générale en erreur restent toutefois sans incidence sur la validité de la décharge. Voir Cass., 12 févr. 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 116 et *Pas.*, 1981, I, p. 639 et Comm. Bruxelles, 15 mars 1988, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 234.

4. Art. 79, al. 3, 137 et 158, 5° L.C.S.C.

5. A tout le moins ceux qui, suite à la faillite, ont fait leur déclaration de créance auprès de la curatelle dans le délai requis. Les autres créanciers, non représentés par le curateur, conservent en principe leur droit individuel d'action, mais ce droit est paralysé aussi longtemps que la faillite n'est pas clôturée, et, lorsque le failli est une société, disparaît inexorablement à la clôture; seuls les créanciers de personnes physiques commerçantes retrouveront leur droit individuel d'action après la clôture de la faillite de leur débiteur, à moins que ce dernier n'ait obtenu le bénéfice de l'excusabilité (art. 82 loi du 8 août 1997 sur les faillites).

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

introduit une action au nom de la masse des créanciers sur pied des articles 62, alinéa 2, ou 1382-1383 du Code civil<sup>7</sup>.

**350 et 360. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts – Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil**

**N° 89. – Comm. Charleroi, 10 septembre 1997<sup>1</sup>**

**Présentation:** Les L.C.S.C. fixent un capital minimum pour la constitution des S.A., des S.P.R.L. et des S.C.R.L. Quant à cette dernière, c'est la loi du 20 juillet 1991<sup>2</sup> qui a établi l'exigence d'une part fixe du capital social de 750.000 F. minimum (art. 147bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2 L.C.S.C.). Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1991, les sociétés constituées avant cette date disposant d'un délai jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 1993 pour adapter leurs statuts aux exigences nouvelles<sup>3</sup>. Quelle sanction frappe les gérants qui n'ont pas adapté la société qu'ils administrent à la nouvelle exigence légale en matière de capital minimum?

**Sommaire:** L'article 147ter des L.C.S.C. ne porte pas la sanction des administrateurs qui ont négligé d'adapter le capital de la société coopérative au nouveau minimum légal de sept cent cinquante mille francs prévu par l'article 147bis, § 2, tel que modifié par la loi du 20 juillet 1991. L'hypothèse de l'augmentation du capital visée à l'article 147ter ne correspond en effet pas à celle découlant du droit transitoire de la loi du 20 juillet 1991 de l'adaptation du capital au nouveau minimum légal. La responsabilité des administrateurs de sociétés coopératives pour non-respect de cette obligation ne peut, en conséquence, être poursuivie sur pied dudit article 147ter mais uniquement en application des articles 62, alinéa premier et deuxièmement, des L.C.S.C. et 1382 du Code civil.

**Parties:** Me Dermine *qualitate qua* faillite Trans Souco / Constant et Lotte

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

---

7. Voir la note de M. WIJCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», publiée sous cet arrêt, et principalement pp. 446-447.

89.-1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 1998, p. 1084.

2. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses (*M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16 951 et s.).

3. Art. 1<sup>er</sup> et 2 A.R. du 11 oct. 1991 fixant la date de l'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 oct. 1991, p. 23 900).

## OBSERVATIONS

La jurisprudence comme la doctrine ont cherché à de nombreuses reprises les voies permettant de protéger les créanciers d'une société coopérative sous-capitalisée tombée en faillite. Les fondateurs, les administrateurs, les associés ont ainsi vu leur responsabilité mise en cause, et ce sur diverses bases légales<sup>4</sup>.

Quant à la responsabilité des administrateurs, quelles pistes peut-on envisager?

On écartera d'emblée l'application de l'article 147ter, 1<sup>o</sup><sup>5</sup>. Ce fondement de la responsabilité des administrateurs, s'il ne heurte pas le principe de non-rétroactivité de la loi<sup>6</sup>, est critiquable dans la mesure où il va à l'encontre des termes mêmes de cette disposition, comme l'a décidé fort justement le tribunal de Charleroi dans le jugement du 10 septembre 1997 annoté.

Par contre, d'autres solutions s'ouvrent aux créanciers lésés.

Tout d'abord, l'article 158, 2<sup>o</sup>, des L.C.S.C. a instauré en 1991 pour les S.C.R.L. une responsabilité des administrateurs identique à celle des administrateurs d'une S.A. sur base de l'article 62 des L.C.S.C.

Si l'alinéa 1<sup>er</sup> ne présente qu'un faible intérêt (comptes à rendre vis-à-vis de la mandante, à savoir la société), l'alinéa second de l'article 62 intéresse au contraire directement les créanciers: en effet, pèse sur les administrateurs l'obligation de réunir une assemblée générale ayant pour objet l'adaptation des statuts de la société qu'ils gèrent aux nouvelles dispositions légales (art. 147bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2 L.C.S.C. imposant un nouveau montant pour la part fixe du capital social et art. 165 loi du 20 juill. 1991 imposant aux sociétés d'adapter leurs statuts). Leur défaillance peut être sanctionnée sur pied de l'article 62, alinéa 2, au titre de violation d'une disposition des L.C.S.C. (en l'espèce, l'article 147bis)<sup>7</sup>.

Ensuite, les gérants qui n'ont pas réuni une assemblée générale ayant pour objet l'adaptation des statuts de la société qu'ils gèrent commettent une faute grave. Or, l'article 158, 9<sup>o</sup>, des L.C.S.C. rend applicable aux coopératives à responsabilité limitée l'article 133bis relatif à l'action en comblement de passif, qui nécessite pour sa mise en œuvre la réunion de trois éléments: une faute grave et caractérisée, d'une part, la faillite et l'insuffisance de l'actif, d'autre part, et, enfin, la contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite<sup>8</sup>. Un jugement de la troisième chambre du tribunal de commerce de Liège<sup>9</sup> a bien développé ces trois éléments pour retenir la responsabilité de la gérante. Il a toutefois été réformé par arrêt

- 
4. Sur l'ensemble de cette problématique, voir M.-A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, pp. 588 à 595.
5. Michel GRÉGOIRE propose cette base de responsabilité des administrateurs «s'il doit y avoir augmentation de capital» (in «Quelques dispositions de droit transitoire et quelques problèmes posés à la pratique dans la loi du 20 juillet 1991», *Réforme du droit des sociétés – Lois des 18 et 20 juillet 1991 – Pratique notariale et formules d'actes*, Patrimoine XIV, pp. 137 et s. et spéc. 142). En application de cette disposition, les administrateurs seraient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum fixé par l'article 147bis.
6. Contrairement à ce qui a été dit à propos des fondateurs ci-avant, dans la note sous Comm. Termonde (3<sup>e</sup> ch.), 3 nov. 1997 (*R.D.C.*, 1998, p. 610; *T.G.R.*, 1998, p. 26; *T.R.V.*, 1997, p. 585 et note).
7. Pour un exemple d'application, voir Comm. Verviers, 18 nov. 1996 (*Bull. contr.*, 1998, p. 720) en ces termes: «Qu'il peut être tenu pour certain que la créance du demandeur aurait été mieux garantie par un capital adapté suivant l'article 147bis des L.C.S.C.; que cette faute suffit à elle seule pour que l'action du demandeur soit fondée; (...) que, cependant, dans la mesure où ils ne respectaient pas les prescriptions légales pour que la société fonctionne correctement, ils ont commis une faute qui a eu pour conséquence que les tiers ne pouvaient les actionner directement à cause de l'existence de cette société tout en ne pouvant actionner la société qui en fait n'a plus de consistance même si, juridiquement, elle existe toujours; que le dommage subi par le demandeur, soit le non-paiement de sa créance, est la conséquence de la carence des défendeurs (...).»
8. Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause (A. BENOÎT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. dr.*, 1991, p. 110).
9. Comm. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 13 févr. 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 606.

du 18 novembre 1997 de la septième chambre de la cour d'appel de Liège, dont le sommaire est repris ci-après<sup>10</sup>.

Enfin, la responsabilité aquilienne des administrateurs à l'égard des tiers peut être mise en cause. Diverses fautes peuvent être retenues à leur charge: ne pas avoir réuni l'assemblée générale pour se conformer à la loi nouvelle, avoir pris des engagements au nom de la société en sachant ou en devant savoir qu'ils ne sauraient les exécuter, accepter de gérer une société en infraction avec la loi, ... Un lien de causalité spécifique entre la faute commise et le dommage devra toutefois être chaque fois prouvé.

Si, dans la seconde hypothèse, le tribunal apprécie souverainement l'étendue de la réparation à charge des gérants (tout le dommage ou seulement une partie de celui-ci), les deux autres voies impliquent la réparation de l'intégralité du dommage subi.

Quant au caractère solidaire de la condamnation, il est de droit dans la première hypothèse, soumis à l'appréciation du juge dans la seconde et subordonné à l'établissement d'une faute conjointe dans la troisième (chaque administrateur/gérant a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion dans laquelle la participation de chacun à la faute commune a concouru à la réalisation du dommage)<sup>11</sup>.

**350 et 360. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts – Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil**

**N° 90. – Liège (7<sup>e</sup> ch.), 18 novembre 1997<sup>1</sup>**

**Présentation:** Les L.C.S.C. fixent un capital minimum pour la constitution des S.A., des S.P.R.L. et des S.C.R.L. Quant à cette dernière, c'est la loi du 20 juillet 1991<sup>2</sup> qui a établi l'exigence d'une part fixe du capital social de 750.000 F. minimum (art. 147bis, § 1<sup>er</sup>, al. 2 L.C.S.C.). Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1991, les sociétés constituées avant cette date disposant d'un délai jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 1993 pour adapter leurs statuts aux exigences nouvelles<sup>3</sup>. Quelle sanction frappe les gérants qui n'ont pas adapté la société qu'ils administrent à la nouvelle exigence légale en matière de capital minimum?

**Sommaire:** Les administrateurs d'une société coopérative qui n'a pas fait concorder ses statuts aux dispositions nouvelles de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses voient leur responsabilité engagée sur la base des articles 62, alinéa 2, et 158, 9<sup>o</sup>, des L.C.S.C., ainsi que 1382 et 1383 du Code civil. La faute qui entraîne cette responsabilité n'existe cependant qu'à partir du jour où la mise en concordance des statuts devait

10. Voir ci-après, décision n° 90.

11. Dans la mesure où la faute reprochée est une omission, on peut présumer son caractère commun à tous les administrateurs au vu du principe de la collégialité du conseil d'administration. Par contre, la faute positive ne sera pas nécessairement une faute commune mais pourra être imputée particulièrement à tel administrateur.

90.- 1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 1998, p. 1071.

2. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses (*M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16 951 et s.).

3. Art. 1<sup>er</sup> et 2 A.R. du 11 oct. 1991 fixant la date de l'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 oct. 1991, p. 23 900).

être réalisée, soit le 1<sup>er</sup> novembre 1993. Si, à ce moment, la situation de la société apparaît déjà définitivement compromise, qu'un terme est mis à ses activités et qu'aucune dette n'est postérieure à cette date, la faute des administrateurs consistant à ne pas avoir mis les statuts en concordance avec la loi est sans rapport avec la faillite et le dommage dont le curateur postule réparation.

*Parties:* Tilman / Me Biar *qualitate qua* faillite S.C.R.L. Vijac

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

### OBSERVATIONS

La cour d'appel de Liège réforme, de manière critiquable, un jugement de la troisième chambre du tribunal de commerce de Liège<sup>4</sup>: sans remettre en cause le principe de la responsabilité des administrateurs, retenue cette fois sur base des articles 62, alinéa 2, et 158, 1<sup>o</sup>, des L.C.S.C. ainsi que 1382 du Code civil<sup>5</sup>, la cour rejette cependant son application dans le cas d'espèce pour des considérations de fait (date de la cessation des paiements, date de l'assignation en faillite, ...) qui supprimeraient selon elle le lien de causalité entre la faute, bien établie, et le dommage. Cette motivation de fait ne nous convainc pas. D'une part, elle se fonde sur le fait que la situation de la société était déjà définitivement compromise au 1<sup>er</sup> novembre 1993 pour rejeter le lien de causalité entre la faute et la faillite, commettant par là une erreur de date. En effet, une assemblée générale ne se réunit pas du jour au lendemain (voir notamment l'art. 146, 4<sup>o</sup>, des L.C.S.C. ainsi que les dispositions statutaires propres à chaque société). En conséquence, la cour aurait dû déterminer avec précision le dernier *dé-lai utile* pour convoquer régulièrement une assemblée générale qui aurait pu adapter les statuts dans les exigences temporelles fixées par la loi/les statuts. Et c'est à ce moment-là qu'il aurait convenu de se placer pour apprécier la situation de la société et le lien de causalité entre la faute commise par les administrateurs et le dommage subi par la masse des créanciers. D'autre part, quelle que soit cette date, nous ne pouvons accepter ce raisonnement de la cour conduisant à dénier l'existence d'un lien de causalité en se fondant exclusivement sur la situation de la société à un moment donné, proche de la date d'entrée en vigueur des exigences nouvelles en matière de capital minimum. En effet, il est indubitable que si les administrateurs avaient accompli les diligences requises permettant une augmentation du capital à concurrence des exigences légales, le dommage, à savoir la faillite et le préjudice subi par la masse des créanciers, se serait peut-être bien produit *mais pas* tel qu'il s'est produit, pas dans les proportions qu'il a prises. En application de la théorie de l'équivalence des conditions qui a la faveur de notre Cour suprême<sup>6</sup>, toute faute sans laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto* doit être retenue comme causale. En l'espèce, si les administrateurs avaient procédé à l'augmentation de capital nécessaire, la société serait peut-être quand même tombée en faillite, mais le préjudice des créanciers se-

4. Comm. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 13 févr. 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 606.

5. Nulle mention de l'article 63<sup>ter</sup> (ou 133<sup>bis</sup> ou 158, 2<sup>o</sup> ou 9<sup>o</sup>) des L.C.S.C. et de la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite...

6. R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, pp. 696 et s.

rait moindre dans la mesure où l'actif permettant de les désintéresser serait à tout le moins supérieur<sup>7</sup>. Enfin, jusqu'au jugement déclaratif de faillite, les administrateurs sont tenus d'exécuter correctement leurs fonctions, et ce malgré l'adversité que connaît la société; peu importe donc qu'en l'espèce, la date de cessation des paiements ait été arrêtée au 13 juin 1993, puisqu'il était encore possible – et même vital – à ce moment-là de procéder à l'augmentation de capital nécessaire. Jusqu'au jour du prononcé de la faillite, les administrateurs étaient tenus de toutes les obligations légales imposées par leur fonction.

On rejettera donc la position prise par cet arrêt.

### 350. Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts

*N° 91. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 28 octobre 1988<sup>1</sup>*

*Présentation:* L'action fondée sur l'article 62, alinéa 2, des L.C.S.C. nécessite que soient prouvés, outre la faute (violation de la loi ou des statuts), un dommage et surtout un lien de causalité entre cette faute et le dommage prétendu, preuve très délicate à apporter.

*Sommaire:* Lorsque le rejet d'une demande de dommages et intérêts est fondé sur ce qu'il n'est pas établi que la faute du défendeur a causé un dommage au demandeur, le juge ne doit pas, en l'absence de conclusions sur ce point, constater expressément que toutes les conditions sont réunies pour conclure à l'absence de lien de causalité.

*Parties:* Leën et Vanhoyland / Van Poll-Suykerbuyck

(...)

Attendu que la seule circonstance qu'une mention n'apparaisse pas dans l'arrêt ne constitue pas une violation de l'article 97 de la Constitution, dès lors que les juges n'étaient pas tenus de répondre à des conclusions;

Attendu que les demandeurs ont dénoncé comme fautes dans le chef du défendeur, qui avait souscrit en sa qualité de gérant de la S.P.R.L. «Printmark» à une augmentation de capital de la S.A. «De Krant», le fait qu'il n'avait pas porté le solde de la libération des actions au bilan de la S.P.R.L. «Printmark» du 31 décembre 1975 et le fait qu'il n'avait pas respecté l'article 140 des L.C.S.C., alors que le bilan indiquait une perte supérieure au capital de 250.000 F; que, d'après les demandeurs, le dommage consistait en ce que, en raison du défaut d'actif, ils ne pouvaient procéder à l'exécution du jugement rendu le 15 juillet 1978 condamnant la S.P.R.L. «Printmark» à cette libération;

7. Dans le même esprit, voir la décision précitée Comm. Verviers, 18 nov. 1996 (*Bull. contr.*, 1998, p. 720) et un extrait de celle-ci repris dans notre note sous Comm. Charleroi, 10 sept. 1997; *supra*, décision n° 89.

91.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1989, I, p. 221; *T.R.V.*, 1989, p. 41 et note; *Arr. cass.*, 1988-1989, p. 244; *Bull.*, 1989, p. 221.

Attendu que l'arrêt décide que le reflet inexact de la réalité n'a pas causé de dommage et que le non-respect de l'article 140 des L.C.S.C. n'a pas davantage pu causer un dommage quelconque;

Attendu qu'en décidant que les demandeurs ne prouvent pas que les manquements du défendeur ont causé un dommage, l'arrêt justifie légalement le rejet de la demande de réparation; que, sans préjudice de leur obligation de répondre aux conclusions, dont aucune violation n'est toutefois invoquée par le moyen, les juges d'appel n'étaient pas tenus de relever explicitement dans l'arrêt que toutes les conditions permettant de conclure à l'absence d'un lien de causalité étaient remplies;

Que le moyen ne peut être accueilli;

(...)

### OBSERVATIONS

L'article 62, alinéa 2, des L.C.S.C. n'établit pas une *présomption de responsabilité*, dans la mesure où le seul établissement de la faute (en l'espèce, une violation des L.C.S.C. ou des statuts) est insuffisant à engager la responsabilité des administrateurs, le dommage et le lien causal entre ces deux éléments devant également être prouvés. L'arrêt annoté a la mérite de rappeler cette exigence essentielle de preuve.

L'article 62, alinéa 2, établit plutôt une véritable *présomption d'imputabilité*, puisque la violation de la loi ou des statuts sera présumée être le fait de *tous* les administrateurs, solidairement. Cette disposition est sévère pour les administrateurs, dans la mesure où elle instaure un renversement de la charge de la preuve: c'est à l'administrateur qu'il appartiendra, pour s'exonérer, d'établir trois éléments cumulatifs (art. 62, al. 3):

– son absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...);

– l'absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration – maladie, ...)²;

– la dénonciation par lui de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

«Un administrateur distrait, inactif, incompetent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations des L.C.S.C. ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même s'il n'en a pas connaissance»³.

On rappelle que les fondateurs voient également leur responsabilité engagée *solidairement* dans de nombreuses hypothèses et que seuls les fondateurs de S.A. peuvent se dégager – partiellement à tout le moins – de cette lourde charge en intervenant comme simples souscripteurs⁴.

On comparera également la responsabilité des administrateurs à celle des commissaires qui, en vertu de l'article 64octies⁵, sont responsables *solidairement* des fautes consistant en des violations des L.C.S.C. ou des statuts. A nouveau, l'exonération de cette responsabilité supposera la preuve *cumulative* par le commissaire que:

– il n'a pas pris part à l'infraction;

2. Voir Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261: «Attendu qu'aucun administrateur ne peut tirer argument de son absence à des réunions, alors qu'en raison de ses fonctions, il aurait dû y assister, et encore moins de son incompetence, qui aurait dû lui dicter de ne pas accepter une telle fonction».

3. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 97.

4. Voir *supra*, note sous Comm. Bruxelles, 26 avr. 1988, *Pas.*, 1988, III, p. 110; voir art. 31, al. 2 L.C.S.C. et les conditions qu'il fixe.

5. Voir également art. 134 (S.P.R.L.) et 147octies, § 1<sup>er</sup> (S.C.R.L.) L.C.S.C.

- il a accompli les diligences normales de sa fonction;
- il a dénoncé l'infraction au conseil d'administration et, dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait pas remédié au mal, il l'a dénoncée à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

De nombreux auteurs, francophones comme néerlandophones, ont écrit d'intéressants développements sur cette question de la responsabilité des administrateurs pour violation de la loi ou des statuts<sup>6</sup>.

### 360. Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil

N° 92. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 septembre 1990<sup>1</sup>

**Présentation:** L'article 9 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites<sup>2</sup> impose au commerçant de faire aveu de faillite au greffe du tribunal de commerce compétent dans le mois de la cessation de ses paiements. Auparavant, le délai pour faire cet aveu était de trois jours<sup>3</sup>. L'absence de déclaration en temps utile, bien que constituant indubitablement une violation de la loi, n'entraîne pas la responsabilité des administrateurs de la société sur pied de l'article 1382 du Code civil, à moins qu'ils n'aient eu ou dû avoir conscience, au moment où ils ont contracté avec le tiers, de l'état de faillite de la société qu'ils géraient.

**Sommaire partiel:** L'administrateur d'une société en faillite n'est personnellement responsable d'avoir omis de faire l'aveu prescrit à l'article 440 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis que s'il est démontré qu'il pouvait et devait avoir conscience du fait que la société se trouvait en état de faillite; pareille preuve ne peut être déduite du seul fait qu'il n'a pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans les trois jours suivant l'époque où, suivant le jugement du tribunal de commerce déterminant cette époque, la société en faillite a cessé ses paiements.

**Parties:** S.A. Expeditiebedrijf Frans Maas / Boudru

6. On en mentionne quelques-uns:

- J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 618 et s.;
- Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 968 et s.;
- P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Ed. Jeune Barreau, 1978, pp. 45 et s.;
- P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, n° 128, pp. 781 et s.;
- O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 96 et s.

92.-1. Cette décision a été publiée dans *Pas.*, 1991, I, p. 17; *T.R.V.*, 1991, p. 86 et note M. WIJCKAERT; *Arr. cass.*, 1990-1991, p. 18; *Bull.*, 1991, p. 17.

2. *M.B.*, 28 oct. 1997, p. 28 562.

3. Art. 440 loi du 18 avr. 1851 sur les faillites.

(...)

Attendu que, pour le surplus, il ressort de l'arrêt que la demanderesse considère comme étant une faute dans le chef des administrateurs de la société en faillite le fait de n'avoir pas fait l'aveu de la cessation des paiements prescrit dans le délai prévu à l'article 440 de la loi sur les faillites, banqueroutes et sursis;

Attendu que les administrateurs d'une société peuvent être déclarés pénalement et civilement responsables s'ils n'ont pas dans le délai prescrit fait l'aveu prévu à l'article 440 de la loi sur les faillites, banqueroutes et sursis;

Qu'à cette fin, il doit être prouvé que l'omission de faire l'aveu leur est imputable; que cette preuve ne ressort pas du simple fait qu'ils n'ont pas fait l'aveu de la cessation des paiements dans les trois jours suivant l'époque à laquelle, suivant le jugement du tribunal de commerce déterminant cette époque, la société en faillite a cessé ses paiements;

Qu'en décidant en fait par les motifs reproduits dans le moyen que la demanderesse n'apporte pas la preuve que les administrateurs de la société en faillite pouvaient et devaient avoir constaté que la société était en état de faillite, l'arrêt justifie légalement la décision de débouter la demanderesse de sa demande;

Que, dans cette mesure, le moyen en cette branche ne peut être accueilli;

(...)

### OBSERVATIONS

Dans le même sens, voir l'arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 22 septembre 1988<sup>4</sup> et la critique virulente de R.O. DALCQ<sup>5</sup>, ainsi que l'arrêt du 18 mai 1990<sup>6</sup>.

4. *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 180; *R.W.*, 1988-1989, p. 847; *J.T.*, 1989, p. 200; *Pas.*, 1989, I, p. 80; *R.C.J.B.*, 1990, p. 203. A noter que la demanderesse en cassation, créancière impayée d'une société faillie, est dans les deux cas la même, à savoir la S.A. Expeditiebedrijf Frans Maas. Elle développe du reste le même type d'argumentation dans son moyen.

5. R.O. DALCQ, «Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée», note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 22 sept. 1988, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 207 à 214: «La faute résulte de la violation en soi de (l')obligation légale impérative – d'autant plus qu'elle est ici pénalement sanctionnée). L'existence de cette violation étant établie, l'auteur de la transgression ne peut échapper à sa responsabilité que moyennant la preuve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité (...).» *Contra*: I. VEROUGSTRAETE et VAN BUGGENHOUT, «Faillissement en continuité van de onderneming», *T.P.R.*, 1990, p. 1750; D. MATRAY, «Responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés», *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, t. VII, E. Story-Scientia, 1989, p. 98; P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 489-491, qui qualifient la solution de la Cour de cassation de prudente et appellent à son approbation, puisqu'«une jurisprudence en sens contraire mettrait presque toujours, et en tout cas de manière automatique, à charge des administrateurs ou gérants le règlement à faire à tous les vendeurs, à tous les prêteurs et autres créanciers qui auraient contracté pendant la période suspecte». (...) En outre, «il ne faut pas oublier qu'au moment du jugement déclaratif, le tribunal ne connaît pas les données concrètes du déclin de l'entreprise et qu'il refoule le début de la période suspecte, par habitude et par prudence, au maximum légal de six mois. L'automatisme de cette pratique est bien connue» (et voir les références citées). Ces auteurs n'adhèrent donc pas à la solution «dure» retenue par DALCQ, soulignant d'ailleurs que la latitude que l'on peut constater en pratique sur le plan de la poursuite pénale de l'infraction de banqueroute doit nécessairement rejaillir sur les conséquences civiles du fait dommageable.

6. *Pas.*, 1990, I, p. 1069. Voir également Anvers, 13 févr. 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; *R.D.C.*, 1990, p. 434; Civ. Hasselt, 4 juin 1985, *L.R.L.*, 1985, p. 151; Gand, 7 nov. 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 545.

360. **Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil**

N° 93. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 novembre 1997<sup>1</sup>

**Présentation:** Cet arrêt consacre l'idée, avancée auparavant par certains auteurs de doctrine<sup>2</sup> mais non encore précisée en jurisprudence, selon laquelle les organes de société bénéficient de l'immunité relative de responsabilité des préposés et agents d'exécution<sup>3</sup>.

**Sommaire:** Lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

**Parties:** Dehasse/Samkha

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

**OBSERVATIONS**

On se contente de signaler cet arrêt qui étend le principe d'immunité des agents d'exécution aux organes de sociétés et qui sera commenté lors de la prochaine livraison.

Voir une curieuse décision en sens contraire, bien que postérieure: Civ. Bruxelles, 27 janv. 1998, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1089.

Sur cette problématique, on renvoie également à:

- P. WÉRY, «Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1998, p. 81;
- R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, «Examen de jurisprudence (1980-1986) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, pp. 602 à 607;
- I. MOREAU-MARGRÈVE et A. GOSSELIN, «Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile», *Act. dr.*, 1998, pp. 425-529 et spéc. 453 à 455.

---

93.-1. Cette décision a été publiée dans *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS.

2. Voir notamment R.O. DALCQ, «Examen de jurisprudence (1980-1986) sur la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, p. 604.

3. Sur cette immunité relative de responsabilité des préposés et agents d'exécution, voir Cass., 7 déc. 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376; *R.W.*, 1973-1974, col. 1597 et obs. J.-H. HERBOTS; *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317 et obs. J.-L. FAGNART.

360. Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil

N° 94. – Gand, 13 janvier 1995<sup>1</sup>

*Présentation:* Cet arrêt présente un intérêt dans la mesure où il s'agit d'une application concrète, et elles sont rares, de la responsabilité des administrateurs et gérants sur pied de l'article 1382 du Code civil.

*Sommaire partiel:* Est responsable l'administrateur qui, sur base de son expérience, de ses capacités et de sa connaissance de la situation de fait, aurait dû connaître la situation très obérée de la société, a néanmoins convaincu un fournisseur étranger à lui fournir de grandes quantités de marchandises, ce qui constitue une méconnaissance de l'obligation de prudence à laquelle il est tenu en tant qu'administrateur. Continuer l'activité d'une société après sa cessation de paiement constitue un acte illicite dans le chef de l'administrateur qui était au courant de la situation obérée de la société.

*Parties:* Egarfil et alii / Boillot et Ameloot

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

**OBSERVATIONS**

Même si elle ne l'indique pas expressément, c'est bien sur la base des articles 1382-1383 du Code civil que la cour d'appel de Gand a tranché et condamné les administrateurs intimés.

On lira également avec intérêt:

– Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261<sup>2</sup>;

94.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 1997, p. 179 et note.

2. «Attendu qu'il y a lieu d'observer également que la faute de gestion simple peut aussi engendrer la responsabilité aquilienne si elle constitue une violation de l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous et en particulier aux professionnels d'une activité, tels les commerçants; attendu qu'en pratique, il appartiendra à la cour d'examiner chacun des griefs qu'adresse le curateur aux administrateurs des diverses gestions (...); que la cour, dans cette appréciation, appliquera le critère classique de l'homme normalement prudent et vigilant placé dans les mêmes circonstances; qu'il va de soi, sans devoir entrer dans des considérations théoriques relatives à «l'appréciation marginale», que la cour aura égard au fait que celui qui gère une société ne peut pas maîtriser avec certitude toutes les conséquences des initiatives qu'il prend; que l'entreprise commerciale est par nature une entreprise qui comporte des risques; que l'on peut reprocher à un administrateur d'avoir choisi, sans aucun discernement ni analyse, une voie qui ne pouvait conduire qu'à un désastre, mais que l'on ne peut par contre lui reprocher d'avoir choisi de s'orienter dans une politique commerciale qui n'a pas conduit au succès mais qui n'était point insensée; attendu que c'est dès lors avec pertinence que les administrateurs mis en cause soulignent qu'une erreur d'appréciation n'est pas nécessairement une faute; qu'il faut se garder, en procédant à l'analyse *a posteriori* des causes d'une faillite, d'en déduire qu'au jour où certaines décisions furent prises, la perspective d'un aboutissement catastrophique n'aurait pu échapper à un homme normalement prudent et vigilant; que la vraisemblance commande même d'admettre qu'hormis des cas très particuliers, le gestionnaire d'une société tente de conduire celle-ci à la réussite commerciale et non au désastre.»

- Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 175, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 9 octobre 1987 (*J.T.*, 1988, p. 401 et note J. VAN RYN et X. DIEUX<sup>3</sup>);
- Bruxelles, 15 mars 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 227 et observations critiques d'I. CORBISIER, «Sanction, au profit de tiers, de l'application d'une clause d'agrément discrétionnaire sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil»; *T.R.V.*, 1992, p. 258 et note T. TILQUIN; *R.D.C.*, 1991, p. 894 et *R.W.*, 1991-1992, p. 1975;
- C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, pp. 746 et s. et spéc. 750, quant à la preuve du lien de causalité;
- en extrapolant sur le devoir particulier de loyauté du dirigeant dont le non-respect peut être sanctionné sur pied de l'article 1382 du Code civil, on lira la doctrine et la jurisprudence françaises suivantes: B. DAILLE-DUCLOS, «Le devoir de loyauté du dirigeant», *J.C.P.*, éd. E., 1998, n° 39, pp. 1486-1490; Cass. com., 27 févr. 1996, *J.C.P.*, éd. G., 1996, II, p. 22 665; Cass. com., 24 févr. 1998, *J.C.P.*, éd. E., 1998, n° 17, p. 637.

### 360. Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil

N° 95. - Trib. arr. Verviers, 21 juin 1996<sup>1</sup>

*Présentation:* Devant quelle juridiction *ratione materiae* doivent être portées les actions en responsabilité formées contre les administrateurs et gérants? La controverse subsiste.

*Sommaire:* Lorsque l'action en responsabilité dont le curateur, agissant au nom des créanciers, a pris l'initiative est fondée simultanément sur des textes spéciaux et sur le droit commun de la responsabilité des dirigeants de sociétés, cette action est de la compétence du tribunal civil.

*Parties:* Me Frédérick *qualitate qua* faillite S.A. Pacific Export / Van Tilborgh et alii

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

### OBSERVATIONS

Bouteille à encre du droit judiciaire des sociétés, cette question épineuse de la détermination du tribunal compétent pour connaître des actions en responsabilité contre les administrateurs

3. Une faute aquilienne peut être légalement déduite des circonstances de la cause lorsqu'il apparaît que les administrateurs ont également violé une obligation qui s'impose à tous et que «l'imprévoyance des administrateurs et, après le festival, leur inertie coupable, leur indifférence envers les devoirs de leurs fonctions, leur mépris envers les intérêts des créanciers dont ils avaient sollicité la collaboration pour le festival, forment un ensemble de comportements que n'aurait pas adopté une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter, pour autrui, de sa conduite».

95.-1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 1997, p. 650 et note C. PARMENTIER.

suscite une controverse irréductible, à laquelle pourrait mettre fin l'adoption d'une proposition de loi déposée le 25 février 1997 par Monsieur Luc WILLEMS<sup>2</sup>.

Quel est le nœud du problème et quelles certitudes pouvons-nous dégager?

Le plus fréquemment, c'est au moment de la faillite de la société que se posent les problèmes de responsabilité des administrateurs<sup>3</sup>; c'est donc le curateur qui, en vue de recomposer le patrimoine actif de la société et de désintéresser la masse des créanciers, va agir contre les administrateurs, tantôt sous la casquette de représentant de la société, tantôt sous la casquette de défenseur des créanciers impayés.

En outre, dans une volonté de placer toutes les chances de son côté, le curateur visera dans son action le plus grand nombre de bases de responsabilité adéquates, relevant du droit commun (art. 1382 et 1383 C. civ.) comme des lois coordonnées sur les sociétés. Devant quelle juridiction va-t-il porter son action en responsabilité?

Lorsque le curateur agit exclusivement en qualité de représentant de la société (*actio mandati*), il porte nécessairement le litige devant le tribunal de commerce en vertu de l'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire, et ce quel que soit le fondement juridique de son action<sup>4</sup>.

Lorsque le curateur agit en qualité de représentant de la masse des créanciers ou lorsqu'il intervient simultanément en sa double qualité, des distinctions s'imposent.

- 
2. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1996-1997, n° 939/1, pp. 1 à 4; cette proposition est discutée en sous-commission de la justice, à huis clos, depuis le 7 mai 1998, le rapporteur étant Monsieur Jean-Jacques VISEUR. Elle s'exprime en ces termes: «A l'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire, les mots 'réviseurs d'entreprises' sont remplacés par les mots 'réviseurs d'entreprises, entre curateurs et administrateurs ou gérants, et entre tiers et administrateurs ou gérants'». Cette proposition dépasse donc le cadre de la présente note, dans la mesure où, dans une volonté d'uniformité, elle englobe également les actions en responsabilité intentées par les tiers.
  3. Au cours de la vie «active» et rentable de la société, on constate que ce type d'action est bien moins fréquent: en effet, les administrateurs ont été désignés par l'assemblée générale, le conseil d'administration se présentant comme une émanation de l'actionnariat majoritaire de la société et la collusion entre les administrateurs et les actionnaires majoritaires étant fréquente. De telles actions en responsabilité ne trouvent donc leur place que lors d'éventuels changements de majorité au sein de l'assemblée (à la suite d'une O.P.A., ...) ou lors de l'exercice d'actions minoritaires (voir ce Livre, n° 320).
  4. Compétence du tribunal de commerce pour connaître, même lorsque les parties ne sont pas commerçantes, des contestations pour raison d'une société de commerce entre associés et administrateurs.

S'il agit exclusivement<sup>5</sup> sur pied de l'article 63ter, 133bis ou 158, 9°, des L.C.S.C. (action en comblement de passif), il porte également le litige devant la juridiction commerciale, en vertu de l'article 574, 2°, du Code judiciaire cette fois<sup>6</sup>.

S'il agit cumulativement sur les articles 1382-1383 du Code civil et sur une ou des dispositions des L.C.S.C., la doctrine comme la jurisprudence sont très divisées<sup>7</sup>, deux thèses s'affrontant.

Selon un premier courant, minoritaire toutefois, dès que l'article 1382 du Code civil est invoqué, l'action doit être portée devant le tribunal de première instance en vertu de sa compétence ordinaire. Aucune disposition en effet ne permet d'établir la compétence de la juridiction consulaire (l'exercice d'un mandat de gestion n'est pas un acte de commerce au sens de l'article 2 du Code de commerce<sup>8</sup> et les administrateurs n'ont pas la qualité de commerçant – au sens de l'article 1<sup>er</sup> du même Code – par le simple fait de leurs fonctions de gestion; les conditions de l'article 573 du Code judiciaire ne sont donc pas remplies, pas plus

5. Car si un autre fondement est invoqué et que ce fondement relève de la compétence ordinaire du tribunal de première instance, l'application de l'article 566 du Code judiciaire implique la compétence du tribunal de première instance (respect de l'ordre de préférence fixé par l'article 565, 2°, du Code judiciaire) pour connaître de l'ensemble du litige et des fondements de responsabilité (Comm. Gand, 23 mars 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 58; *contra*: Gand, 8 oct. 1984, *R.D.C.*, 1986, p. 62 et note; Comm. Charleroi, 11 oct. 1995, *R.R.D.*, 1997, p. 55, qui considère que l'action fondée sur l'article 63ter est de la compétence exclusive du tribunal de commerce et emporte sa compétence même si elle est exercée en même temps qu'une action qui ressort du tribunal de première instance). Voir cette question du fondement multiple de l'action en responsabilité ci-après.
6. Compétence du tribunal de commerce pour connaître, même lorsque les parties ne sont pas commerçantes, des actions et contestations qui découlent directement des faillites et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites. Les deux conditions sont réunies lorsqu'une action est intentée sur pied de l'article 63ter. Voir Cass., 7 mars 1986, *R.D.C.*, 1986, p. 364 et note; *Pas.*, 1986, I, p. 862; *R.W.*, 1985-1986, 2707, concl. DUJARDIN; Cass., 12 févr. 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 507 et note I. V.; *Pas.*, 1988, I, p. 695; *T.R.V.*, 1988, p. 106 et note; *R.W.*, 1988-1989, p. 334; Gand, 5 oct. 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 196; Bruxelles, 17 mai 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 554; Bruxelles, 17 janv. 1984, *R.W.*, 1985-1986, col. 1359; Comm. Bruxelles, 14 févr. 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326; *R.D.C.*, 1983, p. 602 et obs.; Trib. arr. Gand, 8 oct. 1984, *R.D.C.*, 1986, p. 62. Voir également L. FRÉDÉRICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Bruxelles, Bruylant, 1981, IV, p. 524, n° 2661; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *J.C.B.*, 1986, p. 779, n° 54; J. RONSE, «La compétence du tribunal de commerce pour connaître des actions du curateur de faillite fondées sur les articles 63ter et 133bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», *J.T.*, 1984, p. 249; I. VEROUGSTRAETE, «L'action en comblement de passif», *Les créanciers et le droit de la faillite*. C.V.D.A., 1983, p. 442; M. WIJCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», note sous Comm. Bruxelles, 14 févr. 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 442. On tiendra le même raisonnement pour les actions introduites sur pied des articles 35, 6°, 123, 7°, et 145ter, 4°, des L.C.S.C. (voir Cass., 7 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 862; *R.D.C.*, 1986, p. 364 et note; *R.W.*, 1985-1986, p. 2707, concl. DUJARDIN; *Arr. cass.*, 1985-1986, n° 457, concl. DUJARDIN; *J.T.*, 1987, p. 43; Cass., 12 févr. 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 695; *T.R.V.*, 1988, p. 106 et note; *R.W.*, 1988-1989, p. 334; *R.D.C.*, 1988, p. 507 et note I. VEROUGSTRAETE; *J.T.*, 1989, p. 200; Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, p. 30; Trib. arr. Bruges, 5 nov. 1982, *J.T.*, 1984, p. 32 et note J. RONSE; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, pp. 741 et s. et spéc. pp. 769 et 779).
7. Sauf lorsque le curateur agit exclusivement comme représentant des tiers sur pied des articles 62, alinéa 2, des L.C.S.C. ou 1382-1383 du Code civil; dans cette hypothèse précise, une large majorité se rencontre relativement à la compétence du tribunal de première instance (F. HELLEMANS, «De aanpassing van het kapitaal van een N.V. aan de nieuwe minimumvereisten: wie doet wat?», note sous Civ. Anvers, 9 nov. 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 190 et spéc. p. 194 et les références citées; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 247).
8. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 98, p. 83 et n° 595, p. 389.

que n'est rencontrée une hypothèse de l'article 574, 1<sup>o</sup>) et c'est l'article 568 du Code judiciaire qui trouve son application<sup>10</sup>.

Les tenants de la thèse opposée, à savoir la compétence du tribunal de commerce comme juge naturel des conflits mettant en cause la responsabilité des administrateurs, et ce quelle que soit la base invoquée, sont également nombreux<sup>11</sup>. Les justifications de cette thèse sont de divers ordres<sup>12</sup>:

– assimilation du curateur à un liquidateur, avec application corrélatrice de l'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire<sup>13</sup>;

– assimilation de toute action en responsabilité introduite par le curateur à une action liée au droit de la faillite, avec application corrélatrice de l'article 574, 2<sup>o</sup>, du Code judiciaire<sup>14</sup>;

– considération que le tribunal de commerce est particulièrement compétent et spécialisé dans le traitement de ce type de litige, en est le «juge naturel», d'autant plus qu'il est déjà adéquatement informé des éléments de la cause puisqu'il a prononcé la faillite<sup>15</sup>.

Même si c'est la seconde thèse qui nous paraît la plus logique et la plus congruente, le tribunal de commerce se plaçant en spécialiste du droit des sociétés, contrairement aux juridictions civiles qui se montrent parfois maladroites en ces matières, l'état actuel du droit judiciaire ne peut que nous contraindre à nous rallier à la première. C'est pourquoi nous appelons de nos vœux l'adoption la plus prompte possible de la proposition de loi déposée par Monsieur Luc WILLEMS, qui permettra de faire coïncider enfin le droit et les exigences de la pratique<sup>16</sup> et de mettre fin aux débats longs et passionnés qui occupent (inutilement) les juridictions confrontées à la problématique de leur compétence en telle hypothèse. En

9. A. FETTWEIS, *Eléments de la compétence civile*, Liège, P.U.L., 1983, n° 192, p. 101.

10. Voir la décision ci-annotée ainsi que Trib. arr. Charleroi, 15 juin 1977, *Rev. prat. soc.*, 1978, p. 228; Civ. Courtrai, 2 oct. 1980, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 252; Comm. Gand, 23 mars 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 59; Trib. arr. Gand, 11 juin 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 99; Comm. Bruges, 20 févr. 1996, *non publié*; en doctrine, voir P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 386; Cl. PARMENTIER, note sous Trib. arr. Bruxelles, 27 avr. 1987, *R.D.C.*, 1990, p. 448, note sous Trib. arr. Verviers, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 650 et note sous la décision ci-annotée; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 176 et s.; D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, «Vennootschapsrecht. 1996-1997», *T.R.V.*, 1997, p. 379. Voir la critique formulée par D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT dans leur chronique, *T.R.V.*, 1996, p. 485: ces auteurs expriment leur doute quant à la qualité de juge naturel que l'on reconnaîtrait au tribunal civil pour ce type de litige dans lequel le droit commercial et le droit des sociétés s'appliquent bien plus que le droit commun de la responsabilité civile; voir, dans le même sens, F. HELLEMANS, «De aanpassing van het kapitaal van een N.V. aan de nieuwe minimumvereisten: wie doet wat?», note sous Civ. Anvers, 9 nov. 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 190 et spéc. pp. 193-194.

11. Voir les jugements des tribunaux d'arrondissements de Gand, 8 oct. 1984, *R.D.C.*, 1986, p. 62 et les deux notes qui le suivent; de Bruxelles, 27 avr. 1987, *R.D.C.*, 1990, p. 448; de Charleroi, 21 mars 1989, *R.R.D.*, 1989, p. 333 et de Namur, 18 nov. 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 77. Voir également I. VEROUGSTRAETE, *Manuel du curateur de faillite*, Bruxelles, Swinnen, 1987, p. 37, n° 23.

12. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 177-178.

13. Compétence du tribunal de commerce pour connaître, même lorsque les parties ne sont pas commerçantes, des contestations pour raison d'une société de commerce entre associés et liquidateurs. Voir, dans ce sens, Comm. Charleroi, 12 oct. 1976, *Rev. prat. soc.*, 1976, p. 143, décision citée par O. RALET; l'argument est aisément contré dans Trib. arr. Courtrai, 13 mai 1980, Vandenbulcke/Carette, *inédit*, cité par Civ. Courtrai, 2 oct. 1980, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 254.

14. *Supra*. Voir, dans ce sens, Comm. Bruxelles, 8 déc. 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 228; Trib. arr. Bruxelles, 27 avr. 1987, *R.D.C.*, 1990, p. 448; Trib. arr. Charleroi, 21 mars 1989, *R.R.D.*, 1989, p. 333 («Qu'en outre, parmi les reproches faits aux administrateurs – et constitutifs, selon le curateur, de fautes engageant leurs responsabilités –, il en est qui imposeront un examen du droit particulier de la faillite, tels que, d'après les motifs de la citation et des conclusions du demandeur, la poursuite d'activités commerciales devenues déficitaires, la persistance à ne pas admettre un état de cessation de paiement»); *contra*, voir notamment: Mons, 16 mai 1979, *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 158; Civ. Courtrai, 2 oct. 1980, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 252. Toutes ces décisions sont citées par O. RALET, *o.c.*

15. Comm. Charleroi, 15 janv. 1980, *Rev. prat. soc.*, 1980, p. 144; Comm. Bruxelles, 8 déc. 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 228; voir L. FRÉDÉRICQ, *Précis de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 16.

16. «Nous estimons que, dans les contestations dans lesquelles des sociétés commerciales sont parties, le tribunal de commerce est la juridiction qui est la plus à même d'apprécier les demandes, quel que soit leur fondement juridique et quelle que soit la qualité de ceux qui ont fait la demande ou au nom de qui elle a été faite», selon les termes mêmes de Luc WILLEMS.

outré, elle mettra fin au caractère déplorable de la situation actuelle dans laquelle nombre de curateurs n'osent plus fonder subsidiairement leur action en responsabilité contre les administrateurs sur l'article 1382 du Code civil par crainte que le tribunal de commerce ne se déclare incompétent ...

**370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.**

*N° 96. – Comm. Termonde (3<sup>e</sup> ch.), 31 décembre 1997<sup>1</sup>*

*Présentation:* L'application de l'article 63<sup>ter</sup> nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave qu'au niveau de l'imputabilité distincte de celle-ci à chacun des administrateurs (en fonction du rôle joué dans sa commission, des obligations particulières pesant sur lui, ...)<sup>2</sup>.

*Sommaire partiel:* Les administrateurs sont solidairement responsables de l'ensemble du passif de la faillite – dans la mesure où l'actif est insuffisant pour payer le passif – sur base de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C., lorsqu'est retenue dans leur chef une «faute lourde», qu'un administrateur raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise, qui perturbe les règles essentielles de la vie de la société et dont l'auteur aurait dû comprendre qu'un dommage serait très vraisemblablement né de par son fait ou son omission. Cette faute grave manifeste peut être une faute bien déterminée ou peut aussi découler d'un ensemble de fautes qui, par leur concours, constituent le caractère de gravité manifeste. Cependant, dans le cadre de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C., le tribunal dispose d'une certaine possibilité d'appréciation, en ce sens que la responsabilité de ceux qui, de par leur gestion journalière, avaient la meilleure connaissance des affaires est dès lors plus lourde que celle des autres administrateurs.

*Parties:* B.J. et G.N. *qualitate qua* faillite S.A. W.D. / B.H., B.F., B.B., V.A., S.P.R.L. B.H., S.A. I., M.P. et A.C. *qualitate qua* W.D.I. S.A.

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

---

<sup>96.-1.</sup> Cette décision a été publiée dans *T.G.R.*, 1998, p. 77.

<sup>2.</sup> Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207.

370. **Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.**

N° 97. – *Comm. Bruxelles (5° ch.), 14 février 1989*<sup>1</sup>

*Présentation:* L'article 133bis des L.C.S.C. relatif à l'action en comblement de passif dans les S.P.R.L. et les S.C.R.L. (art. 158, 9°, qui renvoie à cette disposition) prévoit une exception en faveur des «petites» sociétés, définies selon des critères cumulatifs<sup>2</sup>:

- chiffre d'affaires moyen hors T.V.A. inférieur à 25.000.000 F. au cours des trois exercices précédant la faillite;
- total du bilan inférieur ou égal à 15.000.000 F. au terme du dernier exercice.

Les gérants de ces petites sociétés ne peuvent se voir appliquer l'action en comblement de passif.

Le tribunal de commerce de Bruxelles en déduit que l'action en comblement de passif ne peut être introduite lorsque moins de trois années séparent la constitution de la société et sa faillite.

*Sommaire partiel:* Le deuxième alinéa de l'article 133bis des L.C.S.C. contient un triple seuil minimum dont les composantes doivent être remplies simultanément et qui doit être dépassé avant que la protection déposée dans ledit deuxième alinéa ne disparaisse. Par conséquent, la responsabilité aggravée du premier alinéa n'est pas applicable au gérant d'une S.P.R.L. qui tombe en faillite avant le troisième exercice comptable de la constitution.

*Parties:* Me C. Van Buggenhout *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Sytex / J.C. Pauwels et *alii*

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

### OBSERVATIONS

Lire également la critique de M. WIJCKAERT dans sa note «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», note sous Comm. Liège, 7 décembre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. p. 445.

97.-1. Cette décision a été publiée dans *T.R.V.*, 1989, p. 436 et note.

2. J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 311; F. t'KINT, «La responsabilité des dirigeants de S.A. et de S.P.R.L.», *R.R.D.*, 1980, p. 110.

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, à juste titre selon nous<sup>3</sup>. En effet, le second alinéa de l'article 133bis instaure une *exception* au principe posé à l'alinéa premier et, plus précisément, une restriction à son champ d'application. Les exceptions étant de stricte interprétation, il apparaît que la société n'ayant pas au moins trois années d'existence ne peut bénéficier de la disposition favorable du second alinéa et se voit donc appliquer le principe général, sans pouvoir trouver d'échappatoire.

Un second argument vient soutenir cette critique: on verra *infra*<sup>4</sup> que la jurisprudence considère que ce n'est pas à la curatelle qu'il appartient d'établir que la société n'entre pas dans les conditions fixées à l'article 133bis, alinéa 2, pour pouvoir mettre en cause la responsabilité des administrateurs, mais bien à ces derniers d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les trois conditions leur permettant d'échapper à la lourde responsabilité instaurée par l'alinéa 1<sup>er</sup>. En conséquence, chaque fois que les administrateurs/gérants gèrent une société qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite, ils sont en défaut de remplir l'une des trois conditions permettant de les libérer de leur responsabilité et donc sont tenus en application de l'article 133bis, alinéa 1<sup>er</sup>. Il serait contradictoire, et même aberrant, de soutenir en même temps que ce sont les administrateurs qui doivent prouver que leur société entre bien dans les conditions de l'alinéa second et que les administrateurs bénéficient d'office du régime favorable de l'alinéa second lorsqu'une des conditions de sa mise en œuvre ne peut pas, par nature, être remplie.

Curieusement, ce ne sont pas ces raisonnements logiques que suit le tribunal de commerce de Bruxelles, préférant considérer en quelque sorte que la société ayant moins de trois ans d'existence profite *d'office* du bénéfice de l'article 133bis. Comment admettre cette assimilation de toute société qui tombe en faillite dans les trois ans de sa constitution, et ce quelle que soit son importance, à une petite société? Le tribunal se réfère à la *ratio legis* de cet alinéa 2, ajouté sur initiative gouvernementale afin d'éviter que les petits indépendants craignent d'acquérir la personnalité juridique si une telle épée de Damoclès pesait sur eux<sup>5</sup>. Il en tire toutefois une conséquence non voulue, selon nous, par le législateur. Certains soulignent du reste le caractère incohérent et contradictoire de la volonté du législateur: «On voulait à la fois marquer la responsabilité personnelle des dirigeants maladroits ou aventureux et, d'un autre côté, on fermait les yeux sur les sociétés dans lesquelles ce danger était notoirement le plus aigu»<sup>6</sup>.

On notera que, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1996, date d'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, c'est à l'article 133bis des L.C.S.C. et non plus à l'article 63ter que se réfère l'article 158 (mesures dans l'intérêt des tiers dans les coopératives); ceci témoigne de la volonté du

3. Voir notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. not., t. XII, liv. IV, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 270; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 180; 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 S.A. et de S.P.R.L.», *R.R.D.*, 1980, p. 103.

4. Note sous Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 643.

5. Initialement, l'article 133bis des L.C.S.C. avait été adopté pour faire face aux pourvoyeurs de main-d'œuvre et engager leur responsabilité dans les trop nombreuses hypothèses de faillite de leurs sociétés tout juste constituées. L'alinéa second a été introduit en vue «de ne pas décourager les nouveaux et surtout les jeunes qui entament une profession indépendante». Il fallait «éviter que, par suite d'une rédaction trop rigoureuse du texte, de jeunes entrepreneurs ne renoncent à l'avenir à constituer des S.P.R.L., ce qui ne serait évidemment pas de nature à favoriser l'emploi». Un équilibre devait donc être trouvé entre la nécessaire protection des créanciers et cette volonté d'éviter de susciter l'inquiétude et de créer une menace pour l'emploi. C'est pourquoi le législateur a voulu qu'un grand nombre de petites entreprises (non pas en fonction du nombre de travailleurs – ce qui pourrait être préjudiciable à l'emploi – mais en fonction du capital) ne soient pas visées par la loi (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 415/2, pp. 152 à 154).

6. P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 492.

législateur de protéger également les petites coopératives en leur permettant de bénéficier à leur tour de l'exception visée à l'alinéa 2 de l'article 133bis.

**370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.**

**N° 98. – Comm. Charleroi, 7 janvier 1997<sup>1</sup>**

**Présentation:** C'est aux administrateurs qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par l'alinéa 2 de l'article 133bis pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par l'alinéa 1<sup>er</sup>, et non à la curatelle d'établir le contraire.

**Sommaire:** Lorsque les chiffres de la comptabilité ne sont pas probants en raison de leur caractère fragmentaire ou de leur irrégularité, les administrateurs n'apportent pas la preuve qu'ils se trouvent dans les conditions pour échapper à la responsabilité instaurée par l'article 133bis, puisque seule une comptabilité régulièrement tenue peut se voir reconnaître une valeur probante. Toutefois, si la comptabilité est susceptible d'être reconstituée et, notamment, si le total du bilan peut être calculé sur base de pièces probantes disponibles, le tribunal doit rouvrir les débats afin de permettre aux administrateurs de rapporter adéquatement la preuve que la société qu'ils gèrent entre bien dans les conditions fixées par l'article 133bis, alinéa 2.

**Parties:** Me F. Bringard *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Bracke and Bernard Cycles / Di Bernardo / Etat belge

(...)

Attendu que l'alinéa 2 de l'article 133bis exclut du champ d'application de l'action en comblement de passif les S.P.R.L. dont le chiffre d'affaires moyen, au cours des trois exercices qui ont précédé la faillite, est inférieur à 25 millions de francs hors T.V.A. et dont le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 15 millions de francs, l'exception ne jouant que lorsque les deux conditions sont réunies;

Attendu que les parties ont confié amiablement à un expert-comptable, Monsieur Lefèvre, la mission de vérifier si, de ce point de vue, l'article 133bis était susceptible de s'appliquer à la société faillie;

Attendu que le curateur fait valoir que l'expert Lefèvre n'a pu reconstituer le bilan de l'exercice 1988, dernier exercice avant la faillite, en sorte que le total du bilan ne peut être chiffré; que de la sorte, Monsieur Di Bernardo ne rapporterait pas la preuve lui incombant en tant que dirigeant de la société qu'il peut se prévaloir de l'exception à l'application de l'article 133bis des L.C.S.C.;

---

98.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 1997, p. 643.

Attendu que Monsieur Di Bernardo soutient qu'il appartient au contraire à la curatelle de justifier des conditions d'application de l'action en comblement de passif et donc notamment du fait que la société dont les dirigeants sont mis en cause ne répond pas aux critères de la «petite S.P.R.L.»;

Attendu qu'en matière d'action en comblement de passif, le droit commun veut que les dirigeants de S.P.R.L. soient, ainsi que les dirigeants de S.A., soumis à une responsabilité aggravée dans les conditions édictées par l'article 63ter des L.C.S.C. auquel renvoie l'article 133bis des L.C.S.C.;

Attendu que le curateur peut ainsi se limiter à rencontrer les conditions de mise en œuvre de l'article 63ter;

Que si les dirigeants de S.P.R.L. entendent repousser l'application de cet article, il leur appartient conformément à l'article 870 du Code judiciaire de démontrer que la disposition de l'article 63ter ne peut leur être opposée au motif que la société dont ils assumaient la gestion rencontrait les critères de l'article 133bis, alinéa 2, pour la définition de la «petite S.P.R.L.»;

Attendu que lorsque les chiffres de la comptabilité ne sont pas probants, en raison de leur caractère fragmentaire ou de leur irrégularité, les dirigeants ne rapportent pas la preuve qu'ils se trouvent dans les conditions pour échapper aux dispositions légales puisque seule une comptabilité régulièrement tenue peut se voir reconnaître une valeur probante (C. comm., livre 1<sup>er</sup>, art. 20) (voir Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, p. 780, n° 57/0; RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Larcier, 1996, p. 180, n° 125);

Attendu qu'en l'espèce, l'expert Lefèvre a déterminé positivement que le chiffre d'affaires de la S.P.R.L. Bracke and Bernard Cycles était jusqu'à la faillite toujours demeuré inférieur au montant de 25 millions de francs hors T.V.A. déterminé par l'article 133bis;

Attendu qu'il reste ainsi à démontrer que le total du bilan au terme du dernier exercice (année 1988) n'a pas dépassé 15 millions de francs;

Qu'à cet égard, Monsieur Lefèvre indique dans son rapport (page 3) qu'il est possible de reconstituer la comptabilité pour le dernier exercice, les pièces étant disponibles;

Que le tribunal réservera à statuer pour permettre à Monsieur Di Bernardo de préciser s'il entend faire le nécessaire dans ce sens en vue de rapporter la preuve qui lui incombe, de ce que la société faillie est «une petite société» au sens de l'article 133bis;

(...)

**370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.**

*N° 99. – Comm. Termonde (2<sup>e</sup> ch.), 5 septembre 1997<sup>1</sup>*

*Présentation:* Toute faute commise par un administrateur ne constitue pas forcément une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner la responsabilité sur pied de l'article 63ter; le tribunal se voit reconnaître un grand pouvoir d'appréciation dans la qualification de la faute grave et caractérisée.

99.-1. Cette décision a été publiée dans *T.G.R.*, 1998, p. 75.

*Sommaire partiel:* Sur base de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C., la responsabilité des administrateurs d'une société faillie ne peut être retenue que s'il s'agit d'une faute grave et caractérisée. Toute faute d'appréciation n'entraîne en effet pas de responsabilité et de surcroît l'appréciation marginale est également de mise en la matière.

*Parties:* D.B. *qualitate qua* faillite S.P.R.L. ASB & Co / S.B., J.E. et A.H.

(...)

«Concernant la responsabilité sur base de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C.

Le curateur indique que des calculs du prix de revient erronés sont à la base des mauvais résultats du chiffre d'affaires et retient ceci comme faute grave.

Tout d'abord, les calculs du prix de revient ne sont pas présentés, de sorte que le degré d'erreur, les circonstances dans lesquelles ces erreurs ont été commises ainsi que le caractère grossier ou non des erreurs ne peuvent être sérieusement appréciés par le tribunal.

Ensuite, lors de l'application de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C., il faut également tenir compte du fait que le tribunal doit procéder à une appréciation marginale. Toute faute d'appréciation ne met en effet pas en cause la responsabilité. Il convient en outre d'apporter la preuve qu'il s'agit d'une faute grave. Au regard des chiffres présentés ci-dessus par le curateur, de l'importance des éventuels calculs erronés du prix de revient, nous sommes d'avis que si une erreur a été commise, cette erreur n'est pas grave au point de donner lieu à l'application de l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C.

Le tribunal est d'avis que l'action fondée sur l'article 63<sup>ter</sup> apparaît également non fondée.»

(...)

### OBSERVATIONS

Sur cette question, on lira avec intérêt l'article de doctrine française suivant: «La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif - Pratique judiciaire» par M. BOURRIÉ-QUENILLET, paru dans *J.C.P.*, éd. E., 1998, pp. 455 à 461.

On ajoutera que le domaine de prédilection de l'attribution de la qualification de «faute grave et caractérisée» est la situation de la poursuite par les administrateurs d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif)<sup>2</sup>.

2. P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 488. Voir par exemple Bruxelles, 31 oct. 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201 et obs. Cl. PARMENTIER.

370. **Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une S.C.**

*N° 100. – Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997<sup>1</sup>*

*Présentation:* Le curateur bénéficie-t-il d'un monopole pour intenter l'action en comblement de passif? Ou cette action appartient-elle à chaque créancier individuel?

*Sommaire:* L'action fondée sur l'article 63<sup>ter</sup> des L.C.S.C. est une action en comblement de passif qui, appartenant à l'ensemble des créanciers, doit être intentée par les curateurs. Ce monopole n'est pas contraire à l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que l'article 63<sup>ter</sup> susdit ne confère aucun droit subjectif aux créanciers particuliers mais uniquement à la masse faillie.

*Parties:* S.A. S.N.C.I. et *alii* / Alba et *alii*

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

**OBSERVATIONS**

Une question de même ordre a déjà été envisagée lorsqu'on a évoqué la responsabilité des fondateurs sur pied de l'article 35, 4<sup>o</sup>, des L.C.S.C. Ces deux dispositions ont d'ailleurs été introduites dans les L.C.S.C. par une même loi, à savoir la loi du 4 août 1978 de réorganisation économique. Si la situation des créanciers individuels à l'égard des fondateurs d'une société sous-capitalisée déclarée en faillite reste controversée, l'unanimité semble se former autour de la question du pouvoir d'intenter l'action fondée sur l'article 63<sup>ter</sup>: seul le curateur peut introduire l'action en comblement de passif<sup>2</sup>.

Dans le même sens que l'arrêt annoté, le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi considéré, dans un jugement du 14 février 1983<sup>3</sup>, que si l'action contre les fondateurs pour capital de fondation manifestement insuffisant peut, à la clôture de la faillite, être introduite

100.-1. Cette décision a été publiée dans *D.A.O.R.*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT.

2. Voir la motivation de l'arrêt annoté: «Que ce dommage et le droit à réparation qui en résulte sont communs à l'ensemble des créanciers (Cass., 2 mars 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 569; Cass., 12 févr. 1981, *R.C.J.B.*, 1983, p. 5), sans qu'une somme quelconque ne doive revenir à un créancier déterminé; (...) qu'en effet, une telle action tend (...) à réparer un dommage collectif (...) et vise donc à reconstituer la masse faillie». Voir Bruxelles, 7 déc. 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 106; Comm. Bruxelles, 22 oct. 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 244; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 778; O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, pp. 75 et 77-78 (ce dernier auteur signale que l'action fondée sur l'article 63<sup>ter</sup> devrait être qualifiée d'*action en reconstitution d'actif*, plutôt qu'*action en comblement de passif*, soulignant davantage le rôle joué par le curateur); O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 182; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 795; I. VERUGSTRAETE, «L'action en comblement de passif», *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.V.D.A., 1983, p. 441 et *Manuel du curateur de faillite*, Bruxelles, Swinnen, 1987, n° 835.

3. *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326; *R.D.C.*, 1983, p. 602 et obs.

par les créanciers, ces derniers reprenant l'exercice de leurs droits et pouvant donc l'intenter individuellement, il n'en va pas de même pour l'action en comblement de passif qui ne peut être introduite que par le curateur et s'éteint à la clôture de la faillite<sup>4</sup>.

En réalité, la formulation même de l'article 63ter est distincte de celle de l'article 35, 6°, dans la mesure où ce dernier établit l'obligation solidaire des fondateurs *envers les intéressés*, stipulation absente de l'article 63ter.

Reste au créancier individuel la possibilité de fonder ses prétentions sur l'article 1382 du Code civil, avec les difficultés corrélatives susmentionnées.

Notons que diverses décisions ont été rendues dans le cadre de cette affaire «Forges de Clabecq» qui a fait couler beaucoup d'encre<sup>5</sup>.

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

N° 101. – *Comm. Charleroi, 11 octobre 1995 et 19 juin 1996*<sup>1</sup>

**Présentation:** Il arrive, dans certaines petites sociétés, que le conseil d'administration et l'assemblée générale soient composés de manière totalement identique, les personnes se réunissant tantôt en leur qualité d'administrateurs, tantôt en leur qualité d'associés. Toutefois, l'article 103 des L.C.S.C. ne peut se satisfaire d'une simple réunion effective de tous les membres de l'assemblée générale, réunion au cours de laquelle aurait été discutée de façon informelle la situation financière de la société; il exige que ces membres aient effectivement traité le problème des pertes alarmantes de la société et, suite à l'examen de propositions précises justifiées par le conseil d'administration dans un rapport spécial, décident de la poursuite de l'activité ou de toute autre mesure alternative appropriée.

**Sommaire:** Dans le cas où les administrateurs s'identifient exactement aux associés et se réunissent régulièrement, on ne peut considérer que, malgré l'absence formelle de convocation de l'assemblée générale, ces administrateurs associés échappent à la mise en cause de leur responsabilité sur base de l'article 103 des L.C.S.C., dès lors qu'il n'apparaît pas que les intéressés se soient posés en pleine connaissance de cause la question de la dissolution, ainsi que la leur imposait cet article.

Les administrateurs associés ne peuvent s'exonérer de la responsabilité résultant du non-respect de l'article 103 des L.C.S.C. par la démonstration que, disposant de toutes les parts de la société, ils n'auraient pas voté la dissolution s'ils avaient envisagé plus tôt le prescrit de cette disposition lé-

4. Voir également Civ. Liège, 12 févr. 1982, *J.C.B.*, p. 625 et note Y. DUMON; Comm. Bruxelles, 22 oct. 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 244.

5. On lira spécialement Bruxelles (9° ch.), 10 févr. 1997, *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 155 et note W. DERIJCKE; *Rev. Banq.*, 1997, p. 241; *J.L.M.B.*, 1997, p. 300; *Journ. proc.*, 1997, p. 27, note P.C.; *J.T.*, 1997, p. 176; *R.D.C.*, 1997, p. 269, reflet R. PARJS; *V & F*, 1997, p. 164; Comm. Nivelles (réf.), 22 janv. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 234 et note P.H.; *D.A.O.R.* (abrégré), liv. 43, p. 53 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT; *Journ. proc.*, 1997, p. 28; *V & F*, 1997, p. 160.

101.-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 644.

gale.

L'article 103 des L.C.S.C. qui prévoit que l'assemblée générale doit être réunie dès que l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social doit être mis en œuvre lorsque, concrètement, y compris en dehors des obligations légales ou statutaires mises à leur charge, les administrateurs ont pu prendre conscience de la perte du capital social.

*Parties:* Me De Clercq *qualitate qua* faillite S.A. Electro-System / Milioni, Mondus et Di Sipio

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

### OBSERVATIONS

Dans l'hypothèse prédéfinie, une attitude fréquente, et à première vue logique, des administrateurs est de soutenir que, même réunis formellement en assemblée générale, ils auraient pris la même décision que celle adoptée (dissolution ou refus de dissolution de la société). Cet argument est rejeté par la jurisprudence qui considère que l'article 103 des L.C.S.C. impose un formalisme qui doit nécessairement être respecté à la lettre, étant la seule voie utile pour se poser réellement et concrètement la question de la poursuite des activités de la société, et ce dans l'intérêt des tiers.

Présent dès 1873 dans les lois relatives aux sociétés, en vue de protéger les associés par une forme de garantie de maintien du capital de la société, l'article 103 a connu une profonde modification lors de l'adoption de la loi du 5 décembre 1984, facilitant grandement la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et prenant en considération la protection également nécessaire des tiers quant au maintien du capital. En effet, si, autrefois, les tiers connaissaient des difficultés à apporter la preuve du lien causal entre le défaut de convocation de l'assemblée générale par les administrateurs et leur préjudice (accroissement de la perte entre l'époque où l'assemblée aurait dû être convoquée et le moment où le passif social a été définitivement cliché, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est dissoute)<sup>2</sup>, dorénavant, ce lien est présumé par l'alinéa 4 de l'article 103 (renversement du fardeau de la preuve), cette présomption étant toutefois réfragable<sup>3</sup>. La présomption doit être bien comprise: il ne s'agit pas d'établir fictivement que l'assemblée générale, si elle avait été adéquatement convoquée, aurait décidé la dissolution de la société

2. Voir X. FOSSOUL, «Modifications apportées au régime juridique de la S.A. par le projet 210/390», *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1983, p. 376 et les références citées; J. RONSE et J. LIEVENS, *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune-Barreau, 1985, pp. 203-204. Voir également Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 643, qui choisit une voie originale pour apprécier le dommage subi par les tiers: considérant que le terme «aggravation du passif» est inadéquat dans la mesure où cette aggravation est susceptible d'être compensée par une augmentation d'actif, le tribunal préfère se référer à l'évolution de l'actif net «c'est-à-dire en réalité à l'évolution de la valeur comptable de la société». Une telle solution est toutefois discutable.

3. La loi du 13 avr. 1995 a instauré une présomption de causalité semblable en ce qui concerne le défaut d'établissement et de dépôt des comptes annuels – article 80, dernier alinéa, des L.C.S.C. (voir liv. XII du droit des sociétés commerciales, n° 480).

ou à tout le moins aurait pris des mesures adéquates, mais bien de présumer le lien nécessaire de cause à effet entre l'absence de convocation et le dommage subi par les tiers<sup>4</sup>.

Dans sa nouvelle formulation, cet article présente bien des avantages aux tiers lésés, puisque et la faute (violation de la loi dans des conditions qui reposent sur des critères comptables) et le lien de causalité (préssumé) sont aisément établis. Ceci explique sa fréquente invocation contre les administrateurs.

Comment l'administrateur pourra-t-il se dégager de sa (lourde) responsabilité? Au vu de la précision apportée, il ne conviendra pas de prouver que, même réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité ou aurait adopté d'autres mesures adéquates, cette preuve n'ayant qu'un faible intérêt<sup>5</sup>. Par contre, soit l'administrateur se libérera en prouvant les conditions d'application de l'article 62, alinéa 3, des L.C.S.C., soit les administrateurs établiront l'absence de lien de causalité entre leur faute et le dommage (renversement de la présomption)<sup>6</sup>.

- 
4. Et non par les associés eux-mêmes; ne bénéficiant pas de pareille présomption (voir le texte clair de l'article 103, dernier alinéa), ceux-ci devront, conformément au droit commun, apporter la preuve du lien de causalité (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 160).
5. Voir, en ce sens, la décision annotée, pp. 59-60, ainsi que la note de P.-E. GHISLAIN qui la suit. J. RONSE et J. LIEVENS (*Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 204) soulignent que cette preuve reste d'ailleurs peu convaincante, puisqu'on imagine mal comment les administrateurs seraient susceptibles de prouver le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu... *Contra*: P. FRANÇOIS, «Questions relatives à la dissolution des sociétés», *Rev. not. belge*, 1985, pp. 787 et s.
6. Par exemple: l'accroissement de la perte trouve son origine dans des événements ou opérations antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée (X. FOSSOUL, *o.c.*, p. 377) ou est inhérent à l'arrêt des activités (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 160 et les références citées). On notera que même si l'application de l'article 103 des L.C.S.C. est rejetée en l'espèce, les administrateurs peuvent toujours voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382-1383 du Code civil pour poursuite fautive d'une activité déficitaire (avec toutefois les difficultés de preuve corrélatives).