

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

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

Delvaux, Marie-Amélie

Published in:

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

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2008, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 145-227.

General rights

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

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

Take down policy

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

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

GUJE, 2^e édition – Livres 24.2 et 24bis.2
DSC, 3^e édition – 2006 – Livres 12 et 13

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Marie Amélie DELVAUX
Avocate au Barreau de Namur
(Cabinet DELVAUX, VAN DE LAER, ROSIER & GILSON)
Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
Assistante aux Facultés universitaires Saint-Louis

040. Faute commune et faute concurrente
367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1382 du Code civil

N° 841. – Cass. (1^{ère} ch.), 17 novembre 2006¹

Présentation: Cet arrêt a été prononcé dans deux causes distinctes² impliquant les mêmes parties et qui ont dès lors été réunies.

Une société commerciale n'a pas payé le précompte professionnel et l'Etat belge poursuit ses deux dirigeants à titre personnel.

Le juge d'appel avait constaté que la société disposait encore de moyens financiers et que l'absence de paiement ne résultait pas de problèmes de liquidités dans son chef. Même si l'obligation de payer le précompte professionnel incombe à la société, c'est sur les dirigeants que repose l'obligation de veiller à ce que la société gérée respecte ses obligations légales, et plus particulièrement fiscales en l'espèce. Les dirigeants avaient été condamnés *in solidum* à réparer le préjudice causé à l'Etat belge, sur pied de l'article 1382 du Code civil.

L'un des dirigeants a introduit un pourvoi en soutenant que l'arrêt de la cour d'appel le condamnant lui faisait porter de manière inadéquate une responsabilité incombant à la société, moyen rapidement balayé par la Cour de cassation qui souligne qu'une lecture attentive de l'arrêt attaqué permet de constater que le fondement de la responsabilité est bien l'article 1382 du Code civil.

L'autre dirigeant a introduit un pourvoi en soutenant que les dirigeants n'auraient pas du être condamnés *in solidum*, mais bien de façon solidaire, ce à quoi la Cour répond que son recours est sans intérêt puisqu'une condamnation solidaire a des implications plus lourdes et donc plus préjudiciables pour lui qu'une condamnation *in solidum*.

Sommaire: Le juge du fond qui estime que les administrateurs commettent une faute en méconnaissant sciemment l'obligation légale impérative de verser le précompte professionnel ne tient pas ces administrateurs pour responsables sur la base d'une violation d'une obligation légale qui n'incombe qu'à la société, mais sur la base d'une violation du devoir général de prudence.

Un débiteur n'a pas intérêt à alléguer en cassation que les juges du fond ne pouvaient prononcer de condamnation *in solidum* mais bien la solidarité passive. En effet, comparée à la condamnation *in solidum*, la condamnation solidaire a des effets supplémentaires qui sont fondés sur l'idée de représentation mutuelle entre les débiteurs. Ces effets supplémentaires de la solidarité aggravent la situation du débiteur.

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

841.-1. Cette décision a été publiée dans T.R.V., 2007, liv. 2, 138.

2. Affaire C.03.0425.N et affaire F.03.0042.N.

Publication:

1. Les juges d'appel ont constaté que «puisque la société dispose encore de suffisamment de fonds pour poursuivre son activité et pour payer les rémunérations nettes pendant une longue période, il est prouvé que la société dispose encore de moyens» et que «la preuve n'est pas rapportée que l'absence de versement du précompte professionnel est due à des problèmes de liquidité insurmontables dans le chef de la société».

Les juges d'appel ont jugé, par conséquent, que «l'obligation légale de payer le précompte professionnel reposait sur le contribuable, en l'espèce la société» et qu'«il incombait au demandeur et au deuxième défendeur, en leur qualité d'administrateurs, de veiller à ce que la société respecte ses obligations légales et fiscales impératives».

2. Sur cette base, les juges d'appel ont conclu que le demandeur et le deuxième défendeur avaient consciemment fait le choix de poursuivre l'activité de la société en méconnaissant l'obligation légale reposant sur celle-ci de payer le précompte professionnel et qu'«en méconnaissant sciemment et volontairement une obligation légale impérative dans le cadre de l'administration de la société, le demandeur et le deuxième défendeur ont commis une faute en vertu de laquelle ils sont tenus d'indemniser la victime, conformément à l'article 1382 du Code civil».

3. Se fondant sur ces motifs, les juges d'appel ont jugé que les administrateurs avaient porté atteinte au devoir général de prudence.

4. Le moyen qui invoque que l'arrêt contesté a jugé le demandeur et le deuxième défendeur responsables parce qu'ils avaient méconnu une obligation légale impérative qui incombait à la société, repose sur une mauvaise lecture de l'arrêt.

Le moyen n'est pas fondé en fait.

(...)

9. La condamnation solidaire a, par rapport à la condamnation *in solidum*, des effets complémentaires qui sont fondés sur l'idée que les débiteurs se représentent l'un l'autre.

Ces effets complémentaires de la condamnation solidaire aggravent la situation du débiteur.

10. Il s'ensuit que le demandeur n'a pas d'intérêt à invoquer que les juges d'appel ne pouvaient pas prononcer une condamnation *in solidum*, mais devaient prononcer une solidarité passive entre lui et la partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

En conséquence, le moyen n'est pas recevable.

(...)

080. et 200. Responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant sur pied de l'article 1382 du Code civil ou de l'article 229, 5° du Code des sociétés
367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied de l'article 1382 du Code civil
370. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite
440. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour défaut de convocation de l'assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net
480. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de dépôt des comptes annuels

N° 842. – Bruxelles, 22 décembre 2005¹

Présentation:

Cet arrêt retient l'attention car dans le cadre de la faillite d'une SPRL dont toutes les parts moins une appartiennent à une seule personne, la part restante revenant à son épouse, le curateur a littéralement «tiré à boulets rouges» sur le fondateur et gérant, tentant de soutenir sa responsabilité sur un grand nombre de fondements. On loue la démarche de la cour qui examine avec précision la présence ou non des fautes alléguées, et surtout le lien causal avec le dommage.

Le curateur tente tout d'abord de mettre en œuvre l'article 229, 5° du Code des sociétés contre Mr SIPLET en sa qualité de *fondateur*, vu l'indigence du plan financier. La société existe cependant depuis plus de trois ans au jour de la faillite, ce qui exclut l'application de cet article; l'article 1382 du Code civil peut néanmoins être utilisé, mais la cour constate en l'espèce qu'il n'est pas établi que si le plan financier avait été rédigé d'une manière plus complète, la société n'aurait pas connu de difficultés financières, l'absence de preuve adéquate du lien causal excluant la responsabilité sur cette base.

Le curateur tente ensuite d'engager la responsabilité de Mr SIPLET en sa qualité de *dirigeant*, de nombreuses fautes pouvant lui être reprochées en l'espèce: il en est ainsi de l'absence de dépôt des comptes annuels à la BNB (la cour exclut cependant tout lien causal avec le dommage) et de l'absence de convocation de l'assemblée générale alors qu'il y a une perte substantielle de l'actif (la cour reconnaît la responsabilité pour l'aggravation du passif résultant de la poursuite de l'activité déficitaire de la société). Par contre, l'abandon de la société, la négligence de faire aveu de faillite et l'absence de comptabilité probante (absence du livre centralisateur et caractère incomplet du livre des inventaires, qui n'a pas été visé par le tribunal de commerce, fautes auxquelles il a cependant été remédié avant la faillite) ne sont pas retenus à charge du dirigeant. L'action en comblement de passif est également rejetée, s'agissant en l'espèce d'une «petite» SPRL au sens de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. La cour rappelle que c'est au dirigeant qu'il appartient de démontrer la réunion des critères comptables de cette disposition, preuve difficile en l'espèce puisque les comptes annuels n'ont pas été déposés à

842.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 2006/8, p. 846, avec une note de J. WINDEY.

la BNB; cependant, la reconstitution du chiffre d'affaires et du total du bilan peut se faire *a posteriori* par toutes voies de droit, et la cour se réfère aux comptes annuels qui ont été approuvés par les différentes assemblées générales.

Sommaire partiel: En l'absence de rapport spécial lors de la procédure d'alarme pour perte grave de l'actif net, la décision de l'assemblée est nulle. Elle est donc censée n'avoir jamais été convoquée. Il s'en déduit que le gérant est présumé responsable du dommage subi par les tiers.

Parties: P. Sippet c/ Me F. De Vulder *qualitate qua* faillite de la SPRL Vidiletex

Décision:

(...)

III. Faits et antécédents de la procédure

1. Le 7 février 1997, M. Sippet constitue avec son épouse la société Vidiletex au capital de 750.000 FB. Il souscrit 749 parts et son épouse la part restante. Son épouse est désignée comme gérante de la société.

La société a pour objet l'achat et la vente de tous produits textiles. Elle occupe une surface commerciale au Shopping Center de Huy où elle a son siège social.

L'exercice social commence le 1^{er} août pour se terminer le 31 juillet. Le premier exercice se termine exceptionnellement le 31 juillet 1998.

Le plan financier suivant est déposé:

	1997	1998	1999
Ventes	6.500.000	6.700.000	6.800.000
Prix de revient	-3.800.000	-3.950.000	-3.980.000
Bénéfice brut	2.700.000	2.750.000	2.820.000
Frais	1.650.000	1.700.000	1.750.000
Bénéfice net	1.050.000	1.050.000	1.070.000

L'assemblée générale du 27 juillet 1998 désigne M. Sippet en qualité de gérant en remplacement de son épouse, et l'assemblée du 28 juillet 1998 transfère le siège social rue Saint Martin, 6 à 4500 Huy.

2. Le premier exercice se clôture par une perte de 2.045.465 FB.

Sur proposition de M. Sippet, l'assemblée générale du 18 septembre 1998 décide de poursuivre l'activité et motive comme suit sa décision:

La société va s'occuper de la gestion de deux commerces de textiles (achats, compostages des articles, livraison dans les différents points de vente).

La dette envers les fournisseurs sera apurée par versements mensuels. Tous les fournisseurs ont été très compréhensifs ce qui permettra à la société de pouvoir respecter ses engagements. Il en est de même pour la dette envers la BBL.

Le 15 avril 1999, l'assemblée générale décide de transférer le siège social rue Omer Lepeux 4/10 à 1081 Bruxelles.

L'exercice au 31 juillet 1999 se clôture par une perte de 1.664.405 FB, portant ainsi la perte reportée à 3.709.870 FB.

L'assemblée générale du 17 septembre 1999 décide à nouveau de poursuivre l'activité de la société sur la motivation suivante:

Pour l'exercice prochain, il ne reste que 24.362 FB à amortir. Le préavis a été donné au seul membre du personnel, ce qui représente une économie de 989.241 FB.

Des frais ne sont pas à supporter (loyer shopping, honoraires, frais fournisseurs, téléphone, électricité, etc.) pour un montant de 132.816 FB. Ce qui fait un total d'économie de 1.122.057 FB. Avec la différence d'amortissements, nous arrivons à un montant de 1.889.974 FB.

De plus, le gérant va étendre ses activités à d'autres firmes.

L'exercice au 31 juillet 2000 se clôture par une perte de 407.111 FB, portant ainsi la perte reportée à 4.116.981 FB.

L'assemblée générale du 15 septembre 2000 décide de déposer le bilan.

3. Par exploit du 11 octobre 2000, l'ONSS fait citer Vidiletex en faillite, faisant état d'une créance impayée de 508.778 FB.

Par jugement du 6 novembre 2000, le Tribunal de commerce de Bruxelles fait droit à cette demande et désigne Me De Vulder comme curateur.

Par exploit du 14 juin 2001, le curateur fait citer M. Sipler devant le Tribunal de commerce de Bruxelles sur la base des articles 262, 263 et 265 du Code des sociétés, et de l'article 1382 du Code civil. Il sollicite le paiement, à titre provisionnel, de 1.300.038 FB, soit l'équivalent des créances qui ont été admises au passif de la faillite sur un total provisoire de créances déclarées de 5.864.849 FB.

Le jugement attaqué fait droit à cette demande.

4. M. Sipler interjette appel de cette décision dont il postule la mise à néant.

À l'audience du 6 décembre 2005, le curateur signale à la cour que le montant des créances admises a été réduit à € 28.407,90 (cf. tableau des créances établi au 5 décembre 2005, inséré dans le dossier du curateur) et que sa demande provisionnelle peut être réduite à concurrence de ce montant, dans l'attente de la détermination définitive du passif de la société.

IV. Discussion

5. Les fautes imputées par le curateur à M. Sipler sont les suivantes:

- absence de plan financier régulier;
- absence de comptabilité probante;
- absence de rapport spécial en vue de la poursuite des activités;
- abandon de la société et négligence de faire aveu de faillite;
- non-dépôt des comptes annuels.

1. Sur l'application de l'article 265 du Code des sociétés

6. Le curateur se fonde à titre principal sur cette disposition légale pour mettre à charge de M. Sipler toutes les dettes sociales de la société faillie à concurrence de l'insuffisance d'actif, considérant que les fautes qu'il a commises sont graves et caractérisées et qu'elles ont contribué à la faillite.

M. Sipler fait valoir que le chiffre d'affaires moyen de Vidiletex au cours des trois exercices qui précèdent la faillite fut inférieur à € 620.000 et que le total du bilan n'a jamais dépassé € 370.000, avec la conséquence que l'article 265 du Code des sociétés n'est pas applicable.

7. Les comptes annuels n'ont pas été déposés à la Banque nationale. Par ailleurs, l'administration des contributions directes a considéré, lors du contrôle de l'exercice 1998, que la comptabilité de Vidiletex n'était pas régulière en raison de l'absence du livre centralisateur

et du caractère incomplet du livre des inventaires qui n'avait pas été visé par le tribunal de commerce.

Il s'en déduit qu'il appartient à M. Sipler, en sa qualité de gérant de Vidilex, de démontrer lui-même la réunion des critères comptables de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. La reconstitution du chiffre d'affaires et du total du bilan peut se faire *a posteriori* par toutes voies de droit.

Les comptes annuels qui ont été approuvés par les différentes assemblées générales font état des chiffres suivants:

(...)

S'ils sont conformes à la réalité, la moyenne annuelle du chiffre d'affaires est inférieure à € 620.000 et le total du bilan à € 370.000.

Il résulte de la décision du 9 avril 2001 du directeur régional des contributions directes de Liège, chargé d'examiner la réclamation introduite contre la cotisation à l'impôt des sociétés (pièce 10.k du dossier du curateur) que la seule rectification qui a été apportée aux comptes annuels approuvés par l'assemblée générale concerne le chiffre d'affaires qui a été reconstitué à partir d'une base forfaitaire à 17.783.106 FB, soit une différence de 1.027.340 FB ou € 25.467,93. Cette différence n'a pas pour effet que le chiffre d'affaires moyen dépasse € 620.000.

Par ailleurs, il a été remédié avant la faillite à l'absence du journal centralisateur (pièce 13 du dossier du curateur). Celui-ci a été visé par le greffier du Tribunal de commerce de Huy le 25 janvier 2000 et contient les reports des différents journaux qui ont servi de base à l'élaboration des bilans approuvés par les assemblées générales. Les écritures sont enregistrées jusqu'au 31 octobre 2000.

Les écritures constatées dans ce journal centralisateur et notamment la faiblesse des achats et des ventes au cours des deux derniers exercices permettent de conclure que les seuils visés à l'article 265 du Code des sociétés n'ont pas été dépassés.

Il s'en déduit que cette disposition légale n'est pas applicable au cas d'espèce et que, pour chacune des fautes imputées par le curateur, il lui appartiendra de démontrer l'existence du lien causal entre celle-ci et le dommage dont il réclame réparation.

2. Sur le plan financier

8. L'article 215 du Code des sociétés dispose que préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social à constituer.

Dès lors que la faillite de la société a été prononcée plus de trois ans après la constitution, l'article 229, 5° du Code des sociétés n'est pas d'application.

9. Le plan financier proposé par M. Sipler est plus que sommaire. Il ne s'agit que d'un compte de résultat prévisionnel de cinq lignes qui ne justifie pas du montant du capital à constituer.

Les immobilisations ne sont pas prévues, alors qu'il résulte du premier bilan qu'elles furent de 1.009.619 FB. De même, il n'est pas mentionné que la société allait solliciter des crédits bancaires dont les charges financières se sont élevées à 265.841 FB. Par ailleurs, le chiffre d'affaires projeté, et par voie de conséquence les achats correspondants, sont très largement sous-évalués.

Il s'en déduit que M. Sipler a fait preuve de négligence et de légèreté coupable en élaborant, comme il l'a fait, son plan financier.

Il ne peut s'exonérer de sa faute en reportant celle-ci sur le notaire instrumentant qui, selon lui, ne l'aurait pas informé du caractère sommaire de ce plan financier et des conséquences qui en découleraient.

La relation causale entre cette faute et le dommage allégué, ainsi que la détermination de celui-ci, seront examinés plus loin.

3. *Sur la régularité de la comptabilité et le non-dépôt des bilans à la Banque nationale*
10. Le fait de ne pas tenir tous les livres comptables prévus par la loi et de ne pas déposer les bilans à la Banque nationale constituent incontestablement une faute.

Il y a cependant lieu d'observer que les livres ont été régularisés avant la faillite. Par ailleurs, l'article 98 du Code des sociétés dispose que si les comptes annuels n'ont pas été déposés, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission.

Ce dommage peut, notamment, consister dans l'augmentation des encours consentis par les créanciers qui, s'ils avaient été informés de la situation réelle de la société, n'auraient pas accepté de nouer ou de poursuivre des relations commerciales avec une société en difficulté.

L'étendue de ce dommage sera examinée plus loin.

4. *Sur l'absence de rapport spécial en vue de la poursuite des activités*

11. L'article 332 du Code des sociétés dispose qu'en cas de pertes sociales réduisant l'actif net à la moitié ou au quart du capital social, l'organe de gestion doit justifier dans un rapport spécial tenu à la disposition des associés quinze jours avant l'assemblée générale, les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société s'il propose la poursuite des activités.

L'absence du rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale.

12. Il n'est pas contesté que M. Siplet n'a pas rédigé un tel rapport.

Les explications données par M. Siplet lors des différentes assemblées générales ne constituent pas le rapport spécial prévu par la loi. Tout au plus, s'agit-il d'explications qui peuvent entrer dans le cadre du rapport de gestion prévu aux articles 95 et 96 du Code des sociétés.

Lors de l'assemblée générale du 18 septembre 1998, M. Siplet s'est contenté de signaler que la société va s'occuper de la gestion de deux commerces de textiles (achats, compositions des articles, livraison dans les différents points de vente) sans autres précisions notamment quant aux bénéfices qu'il comptait retirer de cette nouvelle activité permettant de résorber la perte de 2.045.465 FB. De même, lors de l'assemblée générale du 17 septembre 1999, il déclarait uniquement que le gérant va étendre ses activités à d'autres firmes.

Ces informations plus que lacunaires n'ont pas pu permettre à l'assemblée générale de délibérer correctement en connaissance de cause.

Le fait qu'il s'agisse d'une petite société familiale dans laquelle M. Siplet possède la quasi-totalité des parts sociales ne l'exonère pas de son obligation de respecter l'article 332 du Code des sociétés.

En l'absence de rapport spécial, la décision de l'assemblée est nulle. Elle est donc censée n'avoir jamais été convoquée. Il s'en déduit que M. Siplet est présumé responsable du dommage subi par les tiers dont l'étendue sera examinée plus loin.

5. *Abandon de la société et négligence de faire aveu de faillite*

13. Le curateur reproche à M. Siplet d'avoir réduit les activités de la société début 1999, de l'avoir ensuite abandonnée et d'avoir tardé à faire l'aveu de faillite.

14. Ainsi que cela ressort du procès-verbal de l'assemblée générale du 17 septembre 1999, la vente au détail dans le Shopping Center a été abandonnée pour une activité de courtage.

Le compte de résultat au 31 juillet 1999 fait état de 706.115 FB «d'autres produits d'exploitation». Celui au 31 juillet 2000 mentionne encore 372.000 FB de commissions dont 29.645 FB au cours du mois de juillet 2000 (cf. journal centralisateur, p. 43, pièce 13 du dossier du curateur).

Certes, le journal centralisateur fait apparaître que la société n'a plus enregistré de rentrées depuis le 1^{er} août 2000, mais, en revanche, il résulte du compte courant de M. Siplet que ce dernier a payé, depuis cette date, de ses deniers personnels, de nombreuses dettes de la société, à concurrence de 487.134 FB.

Il ne peut donc lui être reproché d'avoir abandonné la société.

À l'assemblée générale du 15 septembre 2000, M. Siplet a proposé de déposer le bilan. Comme la citation en faillite a été signifiée le 11 octobre 2000, il ne peut lui être fait grief de ne pas avoir fait aveu de faillite dans le mois. M. Siplet n'a pas été poursuivi de ce chef et le curateur n'a pas demandé de reporter la date de la cessation des paiements.

Les fautes alléguées ne sont donc pas établies.

6. Sur l'étendue du dommage et la relation causale

15. Il n'est pas établi que si le plan financier avait été rédigé d'une manière plus complète, la société n'aurait pas connu de difficultés financières.

Les immobilisations et les crédits bancaires qui les financent constituent des comptes d'actif qui sont censés se compenser. Ils n'ont aucune influence sur le compte de résultat, sauf en ce qui concerne les frais financiers.

Pour apprécier l'adéquation du capital investi, il faut en outre tenir compte des avances consenties par M. Siplet, soit, en l'espèce, 986.020 FB (cf. son compte courant créditeur, pièce 4 de son dossier).

M. Siplet pouvait donc raisonnablement estimer que, dans ces conditions, un capital de 750.000 FB était suffisant.

Par ailleurs, il ne se déduit d'aucune pièce du dossier que M. Siplet devait s'attendre, lors de la constitution de la société, à un résultat nettement déficitaire nécessitant un apport en capital plus important.

Il y a lieu en effet de rappeler qu'en cette matière le juge doit se placer au moment de la constitution de la société. Il doit se garder d'évaluer l'insuffisance du capital investi sur la seule base des résultats obtenus qui peuvent trouver leur cause dans des circonstances qui ne pouvaient être prévues au départ.

En réalité, la perte trouve son origine dans une marge brute trop faible et dans des frais généraux trop importants.

En effet, alors que la marge brute prévue était de 40 %, la marge réelle ne fut que de 20 %, ce que M. Siplet explique par le fait qu'il a procédé à un achat sans bénéfice pour pouvoir bénéficier de conditions de prix plus avantageuses, ce qui a d'ailleurs été admis par l'administration fiscale.

Quant aux «frais», M. Siplet avait prévu 1.650.000 FB pour 12 mois, ou 2.475.000 FB pour le premier exercice de 18 mois. En réalité, ces frais furent de 5.277.342 FB, soit plus du double.

Mais si Vidiletex avait pu bénéficier d'une marge de 40 % sur la totalité de son chiffre d'affaires, soit $16.791.180 \text{ FB} \times 0.4 = 6.716.472 \text{ FB}$, elle aurait pu absorber la totalité de ces frais généraux.

La perte résulte donc de circonstances qui n'étaient pas prévisibles lors de la constitution de la société.

Dès lors, il n'existe pas de relation causale entre la faute relative à l'établissement du plan financier et le dommage allégué.

16. Entre le 31 juillet 1998 et le 31 juillet 1999, l'encours des dettes commerciales n'a pas augmenté puisqu'il est passé de 1.427.893 FB à 1.143.062 FB. Au 31 juillet 2000, cet encours est réduit à 763.370 FB.

La non-publication des bilans n'a donc pas pu avoir pour conséquence de tromper les tiers sur la situation financière réelle de la société en les incitant à conclure de nouveaux marchés avec elle.

La relation causale entre la faute relative à la non-publication des bilans à la Banque nationale et le dommage allégué n'est pas établie.

17. Ainsi que cela a été dit plus haut, M. Siplet est présumé responsable de l'augmentation du passif résultant de la poursuite de l'activité déficitaire de la société après le 31 juillet 1998.

Face à l'ampleur de la perte et à l'existence de capitaux propres négatifs à concurrence de $750.000 - 2.045.465 = -1.295.465$ FB, M. Siplet devait prendre conscience que l'activité de la société était irrémédiablement condamnée à moyen terme et proposer, soit une recapitalisation, soit une cession du fonds de commerce, soit la cessation pure et simple de l'activité, afin d'éviter que la perte n'augmente et que les tiers subissent un préjudice encore plus élevé. Ce n'est qu'au début de l'année 1999 que le magasin a été fermé et qu'il a décidé d'entreprendre une activité de gestion et de courtage en rapport avec le commerce de textile. Mais les revenus générés par cette nouvelle activité n'ont même pas permis de couvrir les frais généraux.

M. Siplet est donc tenu de supporter l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 dont il y a lieu de déduire les 986.020 FB qu'il a versés depuis le 19 août 1998 pour le compte de la société et qui ont été inscrits à son compte courant.

Contrairement à ce qu'il soutient, il n'y a pas lieu de prendre en considération les sommes payées après la faillite à la banque (942.123 FB) et à Lee Cooper (197.754 FB) puisqu'il est normalement subrogé dans les droits de ces créanciers à l'égard de la masse faillie.

18. Selon les comptes annuels, cette augmentation serait de 1.664.405 FB au 31 juillet 1999 et de 407.111 FB au 31 juillet 2000, soit un total de 2.071.516 FB ou € 1.351,54. Aucun élément n'est fourni sur l'étendue de la perte entre le 31 juillet et le 6 novembre 2000.

Le curateur fait cependant état de créances déclarées à concurrence de € 175.972,52.

Il y a lieu d'en déduire la perte existante au 31 juillet 1998, soit 2.045.465 FB ou € 50.705,75 et les apports de M. Siplet, soit 986.020 FB ou € 24.442,80.

Le dommage subi en relation causale avec la faute ne peut donc dépasser € 100.823,97.

Comme la somme provisionnelle demandée par le curateur est inférieure à ce montant, il y a lieu de condamner provisoirement M. Siplet à la lui payer, dans l'attente de la détermination définitive de l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 jusqu'à la date de la faillite.

V. Conclusion

Pour ces motifs, la cour, statuant contradictoirement:

1. Dit l'appel recevable et partiellement fondé.
2. Réforme le jugement attaqué, sauf en ce qu'il a reçu la demande.
3. Statuant à nouveau,

Dit la demande du curateur fondée dans la mesure ci-après:

Dit pour droit que le dommage subi par la masse des créanciers en relation causale avec les fautes commises par M. Siplet ne peut dépasser € 100.823,97.

Condamne M. Siplet à payer au curateur sur ce montant la somme provisionnelle de € 28.407,90.

4. Renvoie la cause au rôle général pour le surplus.

Le compte de résultat au 31 juillet 1999 fait état de 706.115 FB «d'autres produits d'exploitation». Celui au 31 juillet 2000 mentionne encore 372.000 FB de commissions dont 29.645 FB au cours du mois de juillet 2000 (cf. journal centralisateur, p. 43, pièce 13 du dossier du curateur).

Certes, le journal centralisateur fait apparaître que la société n'a plus enregistré de rentrées depuis le 1^{er} août 2000, mais, en revanche, il résulte du compte courant de M. Siplet que ce dernier a payé, depuis cette date, de ses deniers personnels, de nombreuses dettes de la société, à concurrence de 487.134 FB.

Il ne peut donc lui être reproché d'avoir abandonné la société.

À l'assemblée générale du 15 septembre 2000, M. Siplet a proposé de déposer le bilan. Comme la citation en faillite a été signifiée le 11 octobre 2000, il ne peut lui être fait grief de ne pas avoir fait aveu de faillite dans le mois. M. Siplet n'a pas été poursuivi de ce chef et le curateur n'a pas demandé de reporter la date de la cessation des paiements.

Les fautes alléguées ne sont donc pas établies.

6. Sur l'étendue du dommage et la relation causale

15. Il n'est pas établi que si le plan financier avait été rédigé d'une manière plus complète, la société n'aurait pas connu de difficultés financières.

Les immobilisations et les crédits bancaires qui les financent constituent des comptes d'actif qui sont censés se compenser. Ils n'ont aucune influence sur le compte de résultat, sauf en ce qui concerne les frais financiers.

Pour apprécier l'adéquation du capital investi, il faut en outre tenir compte des avances consenties par M. Siplet, soit, en l'espèce, 986.020 FB (cf. son compte courant créateur, pièce 4 de son dossier).

M. Siplet pouvait donc raisonnablement estimer que, dans ces conditions, un capital de 750.000 FB était suffisant.

Par ailleurs, il ne se déduit d'aucune pièce du dossier que M. Siplet devait s'attendre, lors de la constitution de la société, à un résultat nettement déficitaire nécessitant un apport en capital plus important.

Il y a lieu en effet de rappeler qu'en cette matière le juge doit se placer au moment de la constitution de la société. Il doit se garder d'évaluer l'insuffisance du capital investi sur la seule base des résultats obtenus qui peuvent trouver leur cause dans des circonstances qui ne pouvaient être prévues au départ.

En réalité, la perte trouve son origine dans une marge brute trop faible et dans des frais généraux trop importants.

En effet, alors que la marge brute prévue était de 40 %, la marge réelle ne fut que de 20 %, ce que M. Siplet explique par le fait qu'il a procédé à un achat sans bénéfice pour pouvoir bénéficier de conditions de prix plus avantageuses, ce qui a d'ailleurs été admis par l'administration fiscale.

Quant aux «frais», M. Siplet avait prévu 1.650.000 FB pour 12 mois, ou 2.475.000 FB pour le premier exercice de 18 mois. En réalité, ces frais furent de 5.277.342 FB, soit plus du double.

Mais si Vidiletex avait pu bénéficier d'une marge de 40 % sur la totalité de son chiffre d'affaires, soit $16.791.180 \text{ FB} \times 0.4 = 6.716.472 \text{ FB}$, elle aurait pu absorber la totalité de ces frais généraux.

La perte résulte donc de circonstances qui n'étaient pas prévisibles lors de la constitution de la société.

Dès lors, il n'existe pas de relation causale entre la faute relative à l'établissement du plan financier et le dommage allégué.

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

**GUJE, 2^e édition – Livres 24.2 et 24bis.2
DSC, 3^e édition – 2006 – Livres 12 et 13**

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Marie Amélie DELVAUX

Avocate au Barreau de Namur

(Cabinet DELVAUX, VAN DE LAER, ROSIER & GILSON)

*Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
Assistante aux Facultés universitaires Saint-Louis*

040. Faute commune et faute concurrente
367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1382 du Code civil

N° 841. – Cass. (1^{ère} ch.), 17 novembre 2006¹

Présentation: Cet arrêt a été prononcé dans deux causes distinctes² impliquant les mêmes parties et qui ont dès lors été réunies.

Une société commerciale n'a pas payé le précompte professionnel et l'Etat belge poursuit ses deux dirigeants à titre personnel.

Le juge d'appel avait constaté que la société disposait encore de moyens financiers et que l'absence de paiement ne résultait pas de problèmes de liquidités dans son chef. Même si l'obligation de payer le précompte professionnel incombe à la société, c'est sur les dirigeants que repose l'obligation de veiller à ce que la société gérée respecte ses obligations légales, et plus particulièrement fiscales en l'espèce. Les dirigeants avaient été condamnés *in solidum* à réparer le préjudice causé à l'Etat belge, sur pied de l'article 1382 du Code civil.

L'un des dirigeants a introduit un pourvoi en soutenant que l'arrêt de la cour d'appel le condamnant lui faisait porter de manière inadéquate une responsabilité incombant à la société, moyen rapidement balayé par la Cour de cassation qui souligne qu'une lecture attentive de l'arrêt attaqué permet de constater que le fondement de la responsabilité est bien l'article 1382 du Code civil.

L'autre dirigeant a introduit un pourvoi en soutenant que les dirigeants n'auraient pas du être condamnés *in solidum*, mais bien de façon solidaire, ce à quoi la Cour répond que son recours est sans intérêt puisqu'une condamnation solidaire a des implications plus lourdes et donc plus préjudiciables pour lui qu'une condamnation *in solidum*.

Sommaire: Le juge du fond qui estime que les administrateurs commettent une faute en méconnaissant sciemment l'obligation légale impérative de verser le précompte professionnel ne tient pas ces administrateurs pour responsables sur la base d'une violation d'une obligation légale qui n'incombe qu'à la société, mais sur la base d'une violation du devoir général de prudence.

Un débiteur n'a pas intérêt à alléguer en cassation que les juges du fond ne pouvaient prononcer de condamnation *in solidum* mais bien la solidarité passive. En effet, comparée à la condamnation *in solidum*, la condamnation solidaire a des effets supplémentaires qui sont fondés sur l'idée de représentation mutuelle entre les débiteurs. Ces effets supplémentaires de la solidarité aggravent la situation du débiteur.

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

841.-1. Cette décision a été publiée dans T.R.V., 2007, liv. 2, 138.

2. Affaire C.03.0425.N et affaire F.03.0042.N.

Publication:

1. Les juges d'appel ont constaté que «puisque la société dispose encore de suffisamment de fonds pour poursuivre son activité et pour payer les rémunérations nettes pendant une longue période, il est prouvé que la société dispose encore de moyens» et que «la preuve n'est pas rapportée que l'absence de versement du précompte professionnel est due à des problèmes de liquidité insurmontables dans le chef de la société».

Les juges d'appel ont jugé, par conséquent, que «l'obligation légale de payer le précompte professionnel reposait sur le contribuable, en l'espèce la société» et qu'«il incombait au demandeur et au deuxième défendeur, en leur qualité d'administrateurs, de veiller à ce que la société respecte ses obligations légales et fiscales impératives».

2. Sur cette base, les juges d'appel ont conclu que le demandeur et le deuxième défendeur avaient consciemment fait le choix de poursuivre l'activité de la société en méconnaissant l'obligation légale reposant sur celle-ci de payer le précompte professionnel et qu'«en méconnaissant sciemment et volontairement une obligation légale impérative dans le cadre de l'administration de la société, le demandeur et le deuxième défendeur ont commis une faute en vertu de laquelle ils sont tenus d'indemniser la victime, conformément à l'article 1382 du Code civil».

3. Se fondant sur ces motifs, les juges d'appel ont jugé que les administrateurs avaient porté atteinte au devoir général de prudence.

4. Le moyen qui invoque que l'arrêt contesté a jugé le demandeur et le deuxième défendeur responsables parce qu'ils avaient méconnu une obligation légale impérative qui incombait à la société, repose sur une mauvaise lecture de l'arrêt.

Le moyen n'est pas fondé en fait.

(...)

9. La condamnation solidaire a, par rapport à la condamnation *in solidum*, des effets complémentaires qui sont fondés sur l'idée que les débiteurs se représentent l'un l'autre.

Ces effets complémentaires de la condamnation solidaire aggravent la situation du débiteur.

10. Il s'ensuit que le demandeur n'a pas d'intérêt à invoquer que les juges d'appel ne pouvaient pas prononcer une condamnation *in solidum*, mais devaient prononcer une solidarité passive entre lui et la partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

En conséquence, le moyen n'est pas recevable.

(...)

080. et 200. Responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant sur pied de l'article 1382 du Code civil ou de l'article 229, 5° du Code des sociétés
367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied de l'article 1382 du Code civil
370. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite
440. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour défaut de convocation de l'assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net
480. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de dépôt des comptes annuels

N° 842. – Bruxelles, 22 décembre 2005¹

Présentation:

Cet arrêt retient l'attention car dans le cadre de la faillite d'une SPRL dont toutes les parts moins une appartiennent à une seule personne, la part restante revenant à son épouse, le curateur a littéralement «tiré à boulets rouges» sur le fondateur et gérant, tentant de soutenir sa responsabilité sur un grand nombre de fondements. On loue la démarche de la cour qui examine avec précision la présence ou non des fautes alléguées, et surtout le lien causal avec le dommage.

Le curateur tente tout d'abord de mettre en œuvre l'article 229, 5° du Code des sociétés contre Mr SIPLET en sa qualité de *fondateur*, vu l'indigence du plan financier. La société existe cependant depuis plus de trois ans au jour de la faillite, ce qui exclut l'application de cet article; l'article 1382 du Code civil peut néanmoins être utilisé, mais la cour constate en l'espèce qu'il n'est pas établi que si le plan financier avait été rédigé d'une manière plus complète, la société n'aurait pas connu de difficultés financières, l'absence de preuve adéquate du lien causal excluant la responsabilité sur cette base.

Le curateur tente ensuite d'engager la responsabilité de Mr SIPLET en sa qualité de *dirigeant*, de nombreuses fautes pouvant lui être reprochées en l'espèce: il en est ainsi de l'absence de dépôt des comptes annuels à la BNB (la cour exclut cependant tout lien causal avec le dommage) et de l'absence de convocation de l'assemblée générale alors qu'il y a une perte substantielle de l'actif (la cour reconnaît la responsabilité pour l'aggravation du passif résultant de la poursuite de l'activité déficitaire de la société). Par contre, l'abandon de la société, la négligence de faire aveu de faillite et l'absence de comptabilité probante (absence du livre centralisateur et caractère incomplet du livre des inventaires, qui n'a pas été visé par le tribunal de commerce, fautes auxquelles il a cependant été remédié avant la faillite) ne sont pas retenus à charge du dirigeant. L'action en comblement de passif est également rejetée, s'agissant en l'espèce d'une «petite» SPRL au sens de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. La cour rappelle que c'est au dirigeant qu'il appartient de démontrer la réunion des critères comptables de cette disposition, preuve difficile en l'espèce puisque les comptes annuels n'ont pas été déposés à

842.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 2006/8, p. 846, avec une note de J. WINDEY.

la BNB; cependant, la reconstitution du chiffre d'affaires et du total du bilan peut se faire *a posteriori* par toutes voies de droit, et la cour se réfère aux comptes annuels qui ont été approuvés par les différentes assemblées générales.

Sommaire partiel: En l'absence de rapport spécial lors de la procédure d'alarme pour perte grave de l'actif net, la décision de l'assemblée est nulle. Elle est donc censée n'avoir jamais été convoquée. Il s'en déduit que le gérant est présumé responsable du dommage subi par les tiers.

Parties: P. Sipler c/ Me F. De Vulder *qualitate qua* faillite de la SPRL Vidilex

Décision:

(...)

III. Faits et antécédents de la procédure

1. Le 7 février 1997, M. Sipler constitue avec son épouse la société Vidilex au capital de 750.000 FB. Il souscrit 749 parts et son épouse la part restante. Son épouse est désignée comme gérante de la société.

La société a pour objet l'achat et la vente de tous produits textiles. Elle occupe une surface commerciale au Shopping Center de Huy où elle a son siège social.

L'exercice social commence le 1^{er} août pour se terminer le 31 juillet. Le premier exercice se termine exceptionnellement le 31 juillet 1998.

Le plan financier suivant est déposé:

	1997	1998	1999
Ventes	6.500.000	6.700.000	6.800.000
Prix de revient	-3.800.000	-3.950.000	-3.980.000
Bénéfice brut	2.700.000	2.750.000	2.820.000
Frais	1.650.000	1.700.000	1.750.000
Bénéfice net	1.050.000	1.050.000	1.070.000

L'assemblée générale du 27 juillet 1998 désigne M. Sipler en qualité de gérant en remplacement de son épouse, et l'assemblée du 28 juillet 1998 transfère le siège social rue Saint Martin, 6 à 4500 Huy.

2. Le premier exercice se clôture par une perte de 2.045.465 FB.

Sur proposition de M. Sipler, l'assemblée générale du 18 septembre 1998 décide de poursuivre l'activité et motive comme suit sa décision:

La société va s'occuper de la gestion de deux commerces de textiles (achats, compostages des articles, livraison dans les différents points de vente).

La dette envers les fournisseurs sera apurée par versements mensuels. Tous les fournisseurs ont été très compréhensifs ce qui permettra à la société de pouvoir respecter ses engagements. Il en est de même pour la dette envers la BBL.

Le 15 avril 1999, l'assemblée générale décide de transférer le siège social rue Omer Lepeux 4/10 à 1081 Bruxelles.

L'exercice au 31 juillet 1999 se clôture par une perte de 1.664.405 FB, portant ainsi la perte reportée à 3.709.870 FB.

L'assemblée générale du 17 septembre 1999 décide à nouveau de poursuivre l'activité de la société sur la motivation suivante:

Pour l'exercice prochain, il ne reste que 24.362 FB à amortir. Le préavis a été donné au seul membre du personnel, ce qui représente une économie de 989.241 FB.

Des frais ne sont pas à supporter (loyer shopping, honoraires, frais fournisseurs, téléphone, électricité, etc.) pour un montant de 132.816 FB. Ce qui fait un total d'économie de 1.122.057 FB. Avec la différence d'amortissements, nous arrivons à un montant de 1.889.974 FB.

De plus, le gérant va étendre ses activités à d'autres firmes.

L'exercice au 31 juillet 2000 se clôture par une perte de 407.111 FB, portant ainsi la perte reportée à 4.116.981 FB.

L'assemblée générale du 15 septembre 2000 décide de déposer le bilan.

3. Par exploit du 11 octobre 2000, l'ONSS fait citer Vidiletex en faillite, faisant état d'une créance impayée de 508.778 FB.

Par jugement du 6 novembre 2000, le Tribunal de commerce de Bruxelles fait droit à cette demande et désigne Me De Vulder comme curateur.

Par exploit du 14 juin 2001, le curateur fait citer M. Sipler devant le Tribunal de commerce de Bruxelles sur la base des articles 262, 263 et 265 du Code des sociétés, et de l'article 1382 du Code civil. Il sollicite le paiement, à titre provisionnel, de 1.300.038 FB, soit l'équivalent des créances qui ont été admises au passif de la faillite sur un total provisoire de créances déclarées de 5.864.849 FB.

Le jugement attaqué fait droit à cette demande.

4. M. Sipler interjette appel de cette décision dont il postule la mise à néant.

À l'audience du 6 décembre 2005, le curateur signale à la cour que le montant des créances admises a été réduit à € 28.407,90 (cf. tableau des créances établi au 5 décembre 2005, inséré dans le dossier du curateur) et que sa demande provisionnelle peut être réduite à concurrence de ce montant, dans l'attente de la détermination définitive du passif de la société.

IV. Discussion

5. Les fautes imputées par le curateur à M. Sipler sont les suivantes:

- absence de plan financier régulier;
- absence de comptabilité probante;
- absence de rapport spécial en vue de la poursuite des activités;
- abandon de la société et négligence de faire aveu de faillite;
- non-dépôt des comptes annuels.

1. Sur l'application de l'article 265 du Code des sociétés

6. Le curateur se fonde à titre principal sur cette disposition légale pour mettre à charge de M. Sipler toutes les dettes sociales de la société faillie à concurrence de l'insuffisance d'actif, considérant que les fautes qu'il a commises sont graves et caractérisées et qu'elles ont contribué à la faillite.

M. Sipler fait valoir que le chiffre d'affaires moyen de Vidiletex au cours des trois exercices qui précèdent la faillite fut inférieur à € 620.000 et que le total du bilan n'a jamais dépassé € 370.000, avec la conséquence que l'article 265 du Code des sociétés n'est pas applicable.

7. Les comptes annuels n'ont pas été déposés à la Banque nationale. Par ailleurs, l'administration des contributions directes a considéré, lors du contrôle de l'exercice 1998, que la comptabilité de Vidiletex n'était pas régulière en raison de l'absence du livre centralisateur

et du caractère incomplet du livre des inventaires qui n'avait pas été visé par le tribunal de commerce.

Il s'en déduit qu'il appartient à M. Sipler, en sa qualité de gérant de Vidilex, de démontrer lui-même la réunion des critères comptables de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. La reconstitution du chiffre d'affaires et du total du bilan peut se faire *a posteriori* par toutes voies de droit.

Les comptes annuels qui ont été approuvés par les différentes assemblées générales font état des chiffres suivants:

(...)

S'ils sont conformes à la réalité, la moyenne annuelle du chiffre d'affaires est inférieure à € 620.000 et le total du bilan à € 370.000.

Il résulte de la décision du 9 avril 2001 du directeur régional des contributions directes de Liège, chargé d'examiner la réclamation introduite contre la cotisation à l'impôt des sociétés (pièce 10.k du dossier du curateur) que la seule rectification qui a été apportée aux comptes annuels approuvés par l'assemblée générale concerne le chiffre d'affaires qui a été reconstitué à partir d'une base forfaitaire à 17.783.106 FB, soit une différence de 1.027.340 FB ou € 25.467,93. Cette différence n'a pas pour effet que le chiffre d'affaires moyen dépasse € 620.000.

Par ailleurs, il a été remédié avant la faillite à l'absence du journal centralisateur (pièce 13 du dossier du curateur). Celui-ci a été visé par le greffier du Tribunal de commerce de Huy le 25 janvier 2000 et contient les reports des différents journaux qui ont servi de base à l'élaboration des bilans approuvés par les assemblées générales. Les écritures sont enregistrées jusqu'au 31 octobre 2000.

Les écritures constatées dans ce journal centralisateur et notamment la faiblesse des achats et des ventes au cours des deux derniers exercices permettent de conclure que les seuils visés à l'article 265 du Code des sociétés n'ont pas été dépassés.

Il s'en déduit que cette disposition légale n'est pas applicable au cas d'espèce et que, pour chacune des fautes imputées par le curateur, il lui appartiendra de démontrer l'existence du lien causal entre celle-ci et le dommage dont il réclame réparation.

2. Sur le plan financier

8. L'article 215 du Code des sociétés dispose que préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social à constituer.

Dès lors que la faillite de la société a été prononcée plus de trois ans après la constitution, l'article 229, 5° du Code des sociétés n'est pas d'application.

9. Le plan financier proposé par M. Sipler est plus que sommaire. Il ne s'agit que d'un compte de résultat prévisionnel de cinq lignes qui ne justifie pas du montant du capital à constituer.

Les immobilisations ne sont pas prévues, alors qu'il résulte du premier bilan qu'elles furent de 1.009.619 FB. De même, il n'est pas mentionné que la société allait solliciter des crédits bancaires dont les charges financières se sont élevées à 265.841 FB. Par ailleurs, le chiffre d'affaires projeté, et par voie de conséquence les achats correspondants, sont très largement sous-évalués.

Il s'en déduit que M. Sipler a fait preuve de négligence et de légèreté coupable en élaborant, comme il l'a fait, son plan financier.

Il ne peut s'exonérer de sa faute en reportant celle-ci sur le notaire instrumentant qui, selon lui, ne l'aurait pas informé du caractère sommaire de ce plan financier et des conséquences qui en découleraient.

La relation causale entre cette faute et le dommage allégué, ainsi que la détermination de celui-ci, seront examinés plus loin.

3. *Sur la régularité de la comptabilité et le non-dépôt des bilans à la Banque nationale*
10. Le fait de ne pas tenir tous les livres comptables prévus par la loi et de ne pas déposer les bilans à la Banque nationale constituent incontestablement une faute.

Il y a cependant lieu d'observer que les livres ont été régularisés avant la faillite. Par ailleurs, l'article 98 du Code des sociétés dispose que si les comptes annuels n'ont pas été déposés, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission.

Ce dommage peut, notamment, consister dans l'augmentation des encours consentis par les créanciers qui, s'ils avaient été informés de la situation réelle de la société, n'auraient pas accepté de nouer ou de poursuivre des relations commerciales avec une société en difficulté.

L'étendue de ce dommage sera examinée plus loin.

4. *Sur l'absence de rapport spécial en vue de la poursuite des activités*

11. L'article 332 du Code des sociétés dispose qu'en cas de pertes sociales réduisant l'actif net à la moitié ou au quart du capital social, l'organe de gestion doit justifier dans un rapport spécial tenu à la disposition des associés quinze jours avant l'assemblée générale, les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société s'il propose la poursuite des activités.

L'absence du rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale.

12. Il n'est pas contesté que M. Siplet n'a pas rédigé un tel rapport.

Les explications données par M. Siplet lors des différentes assemblées générales ne constituent pas le rapport spécial prévu par la loi. Tout au plus, s'agit-il d'explications qui peuvent entrer dans le cadre du rapport de gestion prévu aux articles 95 et 96 du Code des sociétés.

Lors de l'assemblée générale du 18 septembre 1998, M. Siplet s'est contenté de signaler que la société va s'occuper de la gestion de deux commerces de textiles (achats, compositions des articles, livraison dans les différents points de vente) sans autres précisions notamment quant aux bénéfices qu'il comptait retirer de cette nouvelle activité permettant de résorber la perte de 2.045.465 FB. De même, lors de l'assemblée générale du 17 septembre 1999, il déclarait uniquement que le gérant va étendre ses activités à d'autres firmes.

Ces informations plus que lacunaires n'ont pas pu permettre à l'assemblée générale de délibérer correctement en connaissance de cause.

Le fait qu'il s'agisse d'une petite société familiale dans laquelle M. Siplet possède la quasi-totalité des parts sociales ne l'exonère pas de son obligation de respecter l'article 332 du Code des sociétés.

En l'absence de rapport spécial, la décision de l'assemblée est nulle. Elle est donc censée n'avoir jamais été convoquée. Il s'en déduit que M. Siplet est présumé responsable du dommage subi par les tiers dont l'étendue sera examinée plus loin.

5. *Abandon de la société et négligence de faire aveu de faillite*

13. Le curateur reproche à M. Siplet d'avoir réduit les activités de la société début 1999, de l'avoir ensuite abandonnée et d'avoir tardé à faire l'aveu de faillite.

14. Ainsi que cela ressort du procès-verbal de l'assemblée générale du 17 septembre 1999, la vente au détail dans le Shopping Center a été abandonnée pour une activité de courtage.

Le compte de résultat au 31 juillet 1999 fait état de 706.115 FB «d'autres produits d'exploitation». Celui au 31 juillet 2000 mentionne encore 372.000 FB de commissions dont 29.645 FB au cours du mois de juillet 2000 (cf. journal centralisateur, p. 43, pièce 13 du dossier du curateur).

Certes, le journal centralisateur fait apparaître que la société n'a plus enregistré de rentrées depuis le 1^{er} août 2000, mais, en revanche, il résulte du compte courant de M. Siplet que ce dernier a payé, depuis cette date, de ses deniers personnels, de nombreuses dettes de la société, à concurrence de 487.134 FB.

Il ne peut donc lui être reproché d'avoir abandonné la société.

À l'assemblée générale du 15 septembre 2000, M. Siplet a proposé de déposer le bilan. Comme la citation en faillite a été signifiée le 11 octobre 2000, il ne peut lui être fait grief de ne pas avoir fait aveu de faillite dans le mois. M. Siplet n'a pas été poursuivi de ce chef et le curateur n'a pas demandé de reporter la date de la cessation des paiements.

Les fautes alléguées ne sont donc pas établies.

6. Sur l'étendue du dommage et la relation causale

15. Il n'est pas établi que si le plan financier avait été rédigé d'une manière plus complète, la société n'aurait pas connu de difficultés financières.

Les immobilisations et les crédits bancaires qui les financent constituent des comptes d'actif qui sont censés se compenser. Ils n'ont aucune influence sur le compte de résultat, sauf en ce qui concerne les frais financiers.

Pour apprécier l'adéquation du capital investi, il faut en outre tenir compte des avances consenties par M. Siplet, soit, en l'espèce, 986.020 FB (cf. son compte courant créditeur, pièce 4 de son dossier).

M. Siplet pouvait donc raisonnablement estimer que, dans ces conditions, un capital de 750.000 FB était suffisant.

Par ailleurs, il ne se déduit d'aucune pièce du dossier que M. Siplet devait s'attendre, lors de la constitution de la société, à un résultat nettement déficitaire nécessitant un apport en capital plus important.

Il y a lieu en effet de rappeler qu'en cette matière le juge doit se placer au moment de la constitution de la société. Il doit se garder d'évaluer l'insuffisance du capital investi sur la seule base des résultats obtenus qui peuvent trouver leur cause dans des circonstances qui ne pouvaient être prévues au départ.

En réalité, la perte trouve son origine dans une marge brute trop faible et dans des frais généraux trop importants.

En effet, alors que la marge brute prévue était de 40 %, la marge réelle ne fut que de 20 %, ce que M. Siplet explique par le fait qu'il a procédé à un achat sans bénéfice pour pouvoir bénéficier de conditions de prix plus avantageuses, ce qui a d'ailleurs été admis par l'administration fiscale.

Quant aux «frais», M. Siplet avait prévu 1.650.000 FB pour 12 mois, ou 2.475.000 FB pour le premier exercice de 18 mois. En réalité, ces frais furent de 5.277.342 FB, soit plus du double.

Mais si Vidiletex avait pu bénéficier d'une marge de 40 % sur la totalité de son chiffre d'affaires, soit $16.791.180 \text{ FB} \times 0.4 = 6.716.472 \text{ FB}$, elle aurait pu absorber la totalité de ces frais généraux.

La perte résulte donc de circonstances qui n'étaient pas prévisibles lors de la constitution de la société.

Dès lors, il n'existe pas de relation causale entre la faute relative à l'établissement du plan financier et le dommage allégué.

16. Entre le 31 juillet 1998 et le 31 juillet 1999, l'encours des dettes commerciales n'a pas augmenté puisqu'il est passé de 1.427.893 FB à 1.143.062 FB. Au 31 juillet 2000, cet encours est réduit à 763.370 FB.

La non-publication des bilans n'a donc pas pu avoir pour conséquence de tromper les tiers sur la situation financière réelle de la société en les incitant à conclure de nouveaux marchés avec elle.

La relation causale entre la faute relative à la non-publication des bilans à la Banque nationale et le dommage allégué n'est pas établie.

17. Ainsi que cela a été dit plus haut, M. Siplet est présumé responsable de l'augmentation du passif résultant de la poursuite de l'activité déficitaire de la société après le 31 juillet 1998.

Face à l'ampleur de la perte et à l'existence de capitaux propres négatifs à concurrence de $750.000 - 2.045.465 = -1.295.465$ FB, M. Siplet devait prendre conscience que l'activité de la société était irrémédiablement condamnée à moyen terme et proposer, soit une recapitalisation, soit une cession du fonds de commerce, soit la cessation pure et simple de l'activité, afin d'éviter que la perte n'augmente et que les tiers subissent un préjudice encore plus élevé. Ce n'est qu'au début de l'année 1999 que le magasin a été fermé et qu'il a décidé d'entreprendre une activité de gestion et de courtage en rapport avec le commerce de textile. Mais les revenus générés par cette nouvelle activité n'ont même pas permis de couvrir les frais généraux.

M. Siplet est donc tenu de supporter l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 dont il y a lieu de déduire les 986.020 FB qu'il a versés depuis le 19 août 1998 pour le compte de la société et qui ont été inscrits à son compte courant.

Contrairement à ce qu'il soutient, il n'y a pas lieu de prendre en considération les sommes payées après la faillite à la banque (942.123 FB) et à Lee Cooper (197.754 FB) puisqu'il est normalement subrogé dans les droits de ces créanciers à l'égard de la masse faillie.

18. Selon les comptes annuels, cette augmentation serait de 1.664.405 FB au 31 juillet 1999 et de 407.111 FB au 31 juillet 2000, soit un total de 2.071.516 FB ou € 1.351,54. Aucun élément n'est fourni sur l'étendue de la perte entre le 31 juillet et le 6 novembre 2000.

Le curateur fait cependant état de créances déclarées à concurrence de € 175.972,52.

Il y a lieu d'en déduire la perte existante au 31 juillet 1998, soit 2.045.465 FB ou € 50.705,75 et les apports de M. Siplet, soit 986.020 FB ou € 24.442,80.

Le dommage subi en relation causale avec la faute ne peut donc dépasser € 100.823,97.

Comme la somme provisionnelle demandée par le curateur est inférieure à ce montant, il y a lieu de condamner provisoirement M. Siplet à la lui payer, dans l'attente de la détermination définitive de l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 jusqu'à la date de la faillite.

V. Conclusion

Pour ces motifs, la cour, statuant contradictoirement:

1. Dit l'appel recevable et partiellement fondé.
2. Réforme le jugement attaqué, sauf en ce qu'il a reçu la demande.
3. Statuant à nouveau,

Dit la demande du curateur fondée dans la mesure ci-après:

Dit pour droit que le dommage subi par la masse des créanciers en relation causale avec les fautes commises par M. Siplet ne peut dépasser € 100.823,97.

Condamne M. Siplet à payer au curateur sur ce montant la somme provisionnelle de € 28.407,90.

4. Renvoie la cause au rôle général pour le surplus.

16. Entre le 31 juillet 1998 et le 31 juillet 1999, l'encours des dettes commerciales n'a pas augmenté puisqu'il est passé de 1.427.893 FB à 1.143.062 FB. Au 31 juillet 2000, cet encours est réduit à 763.370 FB.

La non-publication des bilans n'a donc pas pu avoir pour conséquence de tromper les tiers sur la situation financière réelle de la société en les incitant à conclure de nouveaux marchés avec elle.

La relation causale entre la faute relative à la non-publication des bilans à la Banque nationale et le dommage allégué n'est pas établie.

17. Ainsi que cela a été dit plus haut, M. Siplest est présumé responsable de l'augmentation du passif résultant de la poursuite de l'activité déficitaire de la société après le 31 juillet 1998.

Face à l'ampleur de la perte et à l'existence de capitaux propres négatifs à concurrence de 750.000 - 2.045.465 = -1.295.465 FB, M. Siplest devait prendre conscience que l'activité de la société était irrémédiablement condamnée à moyen terme et proposer, soit une recapitalisation, soit une cession du fonds de commerce, soit la cessation pure et simple de l'activité, afin d'éviter que la perte n'augmente et que les tiers subissent un préjudice encore plus élevé. Ce n'est qu'au début de l'année 1999 que le magasin a été fermé et qu'il a décidé d'entreprendre une activité de gestion et de courtage en rapport avec le commerce de textile. Mais les revenus générés par cette nouvelle activité n'ont même pas permis de couvrir les frais généraux.

M. Siplest est donc tenu de supporter l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 dont il y a lieu de déduire les 986.020 FB qu'il a versés depuis le 19 août 1998 pour le compte de la société et qui ont été inscrits à son compte courant.

Contrairement à ce qu'il soutient, il n'y a pas lieu de prendre en considération les sommes payées après la faillite à la banque (942.123 FB) et à Lee Cooper (197.754 FB) puisqu'il est normalement subrogé dans les droits de ces créanciers à l'égard de la masse faillite.

18. Selon les comptes annuels, cette augmentation serait de 1.664.405 FB au 31 juillet 1999 et de 407.111 FB au 31 juillet 2000, soit un total de 2.071.516 FB ou € 5.135,54. Aucun élément n'est fourni sur l'étendue de la perte entre le 31 juillet et le 6 novembre 2000. Le curateur fait cependant état de créances déclarées à concurrence de € 175.972,52. Il y a lieu d'en déduire la perte existante au 31 juillet 1998, soit 2.045.465 FB ou € 50.705,75 et les apports de M. Siplest, soit 986.020 FB ou € 24.442,80.

Le dommage subi en relation causale avec la faute ne peut donc dépasser € 100.823,97. Comme la somme provisionnelle demandée par le curateur est inférieure à ce montant, il y a lieu de condamner provisionnellement M. Siplest à lui payer, dans l'attente de la détermination définitive de l'augmentation de la perte depuis le 31 juillet 1998 jusqu'à la date de la faillite.

V. Conclusion

Pour ces motifs, la cour, statuant contradictoirement :

1. Dit l'appel recevable et partiellement fondé.
2. Réforme le jugement attaqué, sauf en ce qu'il a reçu la demande.
3. Statuant à nouveau,

Dit la demande du curateur fondée dans la mesure ci-après :

Dit pour droit que le dommage subi par la masse des créanciers en relation causale avec les fautes commises par M. Siplest ne peut dépasser € 100.823,97.

Condamne M. Siplest à payer au curateur sur ce montant la somme provisionnelle de € 28.407,90.

4. Renvoie la cause au rôle général pour le surplus.

5. Réserve les dépens des deux instances.
(...)

105. et 327. **Juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les fondateurs et les dirigeants**

N° 843. – *Comm. Charleroi (4^{ème} ch.), 1^{er} octobre 2007¹*

Présentation: Dans le cadre de la faillite d'une toute jeune SPRL, le curateur tente d'engager la responsabilité de ses fondateurs, dirigeants et de l'avocat de la société et de l'un de ses gérants sur diverses bases, devant le tribunal de commerce qui a prononcé la faillite; la compétence tant matérielle que territoriale de la juridiction saisie est cependant contestée par plusieurs défendeurs pour divers motifs précisément décortiqués puis rejetés par le tribunal.

Sommaire: Le juge doit vérifier sa compétence matérielle eu égard à la demande telle qu'elle est formulée par le demandeur, et non en fonction du contenu réel du litige qui lui est soumis.

En vertu de l'article 574, 1° du Code judiciaire, c'est le tribunal de commerce qui est matériellement compétent pour connaître des contestations qui opposent le curateur agissant en sa qualité exclusive de représentant de la société faillie et les associés, les administrateurs et les gérants; il en est de même des contestations qui opposent le curateur agissant en qualité de représentant des créanciers, et ayant donc la qualité de tiers, et les fondateurs, les administrateurs et les gérants.

En vertu de l'article 574, 2° du C. jud., c'est le tribunal de commerce qui est matériellement compétent pour connaître des actions introduites par un curateur contre les fondateurs «pour capital manifestement insuffisant» et contre les gérants en «comblement de passif», ces actions découlant directement du droit de la faillite.

L'action en responsabilité aquilienne contre un avocat relève en principe de la juridiction civile, mais il est de l'intérêt d'une saine gestion de la répartition des compétences que cette action soit traitée par la juridiction commerciale lorsqu'elle est connexe à des demandes relevant de la compétence exclusive de celle-ci (application, par analogie, de l'art. 565, al. 3 du C. jud. à une situation de connexité et compétence du juge d'exception pour le tout).

Dans le cadre de la constitution et de la gestion d'une société commerciale, des obligations doivent être exécutées au siège social de la société; est territorialement compétente sur la base de l'article 624, 2° du C. jud. la juridiction de l'arrondissement judiciaire dans lequel se trouve ledit siège lorsque le respect de ces obligations est mis en cause par un curateur, et ce indépendamment du domicile des défendeurs.

843.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte le numéro de R.G. A/2006/02875.

Parties: Me X. Born *qualitate qua* faillite SPRL Ecodiffusion c/ Véra K., Alain G., Marc L., Michel H. et Pascal R.

Décision:

(...)

EXPOSÉ DU LITIGE ET OBJET DE LA DEMANDE

La SPRL ECODIFFUSION est constituée par acte notarié reçu le 24 décembre 2004 entre Madame Véra K. et son fils Monsieur Alain G. qui disposent chacun de 50 parts sur les 100 parts sociales souscrites.

La société est dotée d'un capital social de 21.000 € qui sera libéré en trois versements de 7.000 €.

Elle a pour objet la vente en gros et au détail de mobilier et le gérant statutairement désigné est Monsieur Alain G.

Monsieur Marc L. est engagé peu après la constitution comme directeur commercial.

Le 15 juin 2005, Monsieur Alain G. lui cède ses 50 parts pour le prix symbolique de un euro. Peu après, Madame Véra K. cède à son fils Alain G. ses propres parts.

Les relations entre Monsieur Alain G. et Monsieur Marc L. se dégradent ensuite.

À une date indéterminée, Monsieur Alain G. cède ses 50 parts à Monsieur Marc L. au prix de 13.500 €, la convention valant quittance.

Lors d'une AGE du 23 novembre 2005, Monsieur Alain G. démissionne de ses fonctions de gérant.

Monsieur Michel H. est désigné nouveau gérant par une AG ordinaire du 24 novembre 2005.

Lors d'une AGE tenue le 4 janvier 2006 la situation financière alarmante de la société est épinglée (passif méconnu vis-à-vis de la TVA et de l'ONSS, stock et créances surévalués) par un rapport spécial du gérant Michel H., lequel préconise une augmentation de capital de l'ordre de 90.000 €.

Faute d'y parvenir, et après que le compte bancaire de la société ait été vidé par Monsieur L., le gérant Michel H. fait avoué de faillite le 23 janvier 2006.

Me Xavier BORN est désigné comme curateur, et en raison de diverses fautes qu'il impute à plusieurs intervenants, il introduit la présente action par citation du 4 octobre 2006.

Sa demande, telle que précisée par conclusions déposées au greffe le 17 janvier 2007, a pour objet de condamner:

– Les deux premiers défendeurs, Madame Véra K. et son fils Monsieur Alain G., en leur qualité de fondateurs de la SPRL ECODIFFUSION, sur pied de l'article 229, 5° du Code des sociétés, solidairement, au paiement de la somme de 50.000,00 € sous réserve d'augmenter ou mieux préciser en cours d'instance.

– Les mêmes défendeurs, la première agissant en vertu de ses pouvoirs statutaires de commissaire aux comptes, le second en vertu de ses pouvoirs statutaires de gérant, sur pied de l'article 262 du Code des sociétés au paiement chacun de la somme de 50.000,00 € sous réserve d'augmenter ou mieux préciser en cours d'instance.

– Le troisième défendeur, Monsieur Marc L., au comblement du passif de la société sur pied de l'article 265 du Code des sociétés soit au paiement de la somme de 100.000,00 € sous réserve d'augmenter ou mieux préciser en cours d'instance.

– Le quatrième défendeur, Monsieur Michel H., en sa qualité de gérant pour la période allant du 24 novembre 2005 au 23 janvier 2006, sur pied de l'article 262 du Code des sociétés.

ciétés au paiement de la somme de 50.000 €, sous réserve d'augmenter ou mieux préciser en cours d'instance.

- Le cinquième défendeur, Maître Pascal R., au paiement de la somme de 15.500,00 € à titre de dommages et intérêts.

(...)

DISCUSSION

Tant lors de la demande de fixation qu'à l'audience de plaidoiries, les parties ont entendu, au stade actuel, limiter le débat à la question de la compétence matérielle et territoriale du Tribunal de commerce de Charleroi.

Position des parties

Monsieur Pascal R. décline la compétence matérielle et territoriale du Tribunal de commerce de Charleroi.

Il fait valoir qu'il n'est pas commerçant et que l'action dirigée contre lui est fondée sur l'article 1382 du Code civil.

Il ajoute ne pas être domicilié dans l'arrondissement judiciaire de Charleroi mais dans celui de Liège et sollicite par conséquent le renvoi devant le Tribunal de première instance de Liège.

Le curateur estime que plusieurs responsabilités mises en cause relèvent «directement et spécifiquement du droit de la faillite».

Il souligne que l'article 574, 2° du Code judiciaire (qui donne compétence au tribunal de commerce pour les actions et contestations qui découlent directement du droit de la faillite et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites) prévoit une compétence «exclusive» de la juridiction consulaire.

Or, en vertu de l'article 565 qui renvoie à l'article 566 du Code judiciaire, lorsque l'une des demandes relève de la compétence exclusive d'un tribunal, seul ce tribunal est compétent pour connaître de l'ensemble des demandes.

Il ajoute que les demandes de la curatelle doivent être jugées ensemble car elles forment un tout indissociable.

Examen par le tribunal

La compétence matérielle

La Cour de cassation (Cass., 13 juin 2003, www.cass.be, n° JC036D2) et la jurisprudence majoritaire des juges du fond considèrent que le juge doit vérifier sa compétence matérielle eu égard à la demande telle qu'elle est formulée par le demandeur, et non en fonction du contenu réel du litige qui lui est soumis.

La curatelle fonde en l'espèce sa demande sur des bases distinctes selon les parties défenderesses:

- Elle agit contre Madame Vera K. et Monsieur Alain G. en vertu de l'article 229, 5° du Code des sociétés qui dispose que les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire: ... 5° des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

- Elle agit également contre Madame Véra K. et Monsieur Alain G. en vertu de l'article 262 du Code des sociétés qui dispose que les gérants sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.
- Contre Monsieur Marc L., la curatelle invoque l'article 265 du Code des sociétés qui retient la responsabilité du gérant de droit ou de fait en cas de faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite.
- La curatelle agit contre Monsieur H. en vertu de l'article 262 du Code des sociétés.
- Enfin, elle reproche une «faute professionnelle» à Monsieur R. qui, en sa qualité de conseil à la fois de la société faillie et de Monsieur L., a privilégié dans le cadre d'une cession d'actions les seuls intérêts de ce dernier.

1. Les demandes formées par la curatelle contre Madame Véra K., Monsieur Alain G., Monsieur Marc L. et Monsieur H. relèvent d'abord clairement de la compétence matérielle du tribunal de commerce en vertu de l'article 574, 1° du Code judiciaire.

Cette disposition permet en effet au curateur, lorsqu'il agit en sa qualité exclusive de représentant de la société faillie, de poursuivre les associés, les administrateurs et les gérants. Le tribunal de commerce est également compétent pour connaître de l'action du curateur agissant en qualité cette fois de représentant des créanciers puisque la disposition concernée prévoit la compétence de la juridiction consulaire dans les litiges entre les tiers et les fondateurs d'une part et les tiers et administrateurs et gérants d'autre part.

Il suit de ces considérations qu'à l'égard de ces quatre premières parties défenderesses, le tribunal de commerce est matériellement compétent parce qu'il s'agit d'une action liée au droit des sociétés commerciales visées par le Code des sociétés.

Le tribunal de commerce est également matériellement compétent parce que l'action du curateur découle directement du droit de la faillite en ce qui concerne sa demande contre les fondateurs «pour capital manifestement insuffisant» et contre Monsieur Marc L. en «comblement de passif».

En effet, les articles 229, 5° et 265 du Code des sociétés, même s'ils trouvent place dans une législation distincte de celle sur les faillites, font partie du droit particulier de la faillite puisqu'elles supposent nécessairement que la faillite soit déclarée (voir sur la question, M.-A. DELVAUX, «La loi du mai 1999 et la compétence des juridictions consulaires des actions liées au droit des sociétés commerciales visées par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales», R.D.C., 2000, p. 215).

2. La demande formée par la curatelle contre Monsieur R. est en revanche d'une autre nature. Elle ne ressort ni spécifiquement du droit des sociétés commerciales, ni du droit particulier de la faillite.

Il s'agit d'une action fondée sur la responsabilité aquilienne d'un avocat qui, aux yeux de la curatelle, a commis une faute en permettant, à partir de son compte tiers, le transfert de 15.500 € en faveur de Monsieur L., alors que ces fonds devaient revenir à la société faillie.

* * *

Le tribunal est ainsi effectivement confronté à une difficulté de compétence puisqu'il est saisi d'une demande pour laquelle il est matériellement (et doublement) compétent à l'égard de certaines parties défenderesses (Madame Véra K., Monsieur Alain G. et Monsieur Marc L.) mais pour laquelle sa compétence matérielle paraît incertaine à l'égard d'une autre partie défenderesse (Monsieur R.).

La problématique est d'autant plus complexe que les demandes de la curatelle sont connexes, contrairement à ce qu'affirment Madame Véra K., Monsieur Alain G. et Monsieur R.

Il existe en effet entre les demandes de la curatelle un lien tel et une interdépendance due aux circonstances qui ont présidé à l'intentement de l'action (tous les comportements en cause touchent à la société faillie), qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble.

Enfin, il doit être tenu compte du fait que la compétence matérielle du tribunal de commerce est exclusive lorsqu'elle découle directement du droit de la faillite (Cass., 3 mai 1973, *J.T.*, 1973, p. 405, note A. FETTWEIS et *T.P.D.C.*, Tome I, p. 59).

* * *

En cas de connexité, l'article 566 du Code judiciaire dispose que diverses demandes en justice ou divers chefs de demande entre deux ou plusieurs parties, qui présentés isolément devraient être portés devant des tribunaux différents, peuvent, s'ils sont connexes, être réunis devant le même tribunal en observant l'ordre de préférence indiqué aux 2° à 5° de l'article 565.

L'article 565 (qui traite spécifiquement de la litispendance) prévoit notamment en son 2° que le tribunal de première instance est préféré aux autres tribunaux.

Lorsque, comme en l'espèce, il y a compétence exclusive, l'article 565, alinéa 3 indique que seul le tribunal amené à connaître de la demande exclusive est compétent pour connaître de l'ensemble des demandes.

S'il y a donc, en cas de compétence exclusive, une solution claire en matière de litispendance (art. 565, al. 3), rien n'est prévu en matière de connexité puisque l'article 566 ne renvoie pas expressément à la solution du tribunal qui, compétent exclusivement pour l'une des demandes, le devient également pour les autres.

Face à cette situation, soit l'on peut raisonner *a contrario*, et considérer que le silence du législateur en matière de connexité signifie qu'il a voulu exclure tout régime particulier en faveur du tribunal exclusivement compétent (solution qu'il avait pourtant choisie en cas de litispendance) soit l'on raisonne par *analogie* avec le régime de la litispendance et admettre, en cas de connexité, la compétence du juge d'exception pour le tout.

La première thèse a été retenue par le Tribunal d'arrondissement de Gand (11 juin 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 99) qui souligne dans une hypothèse proche du présent litige que «...Contrairement à la réglementation de la litispendance dont il est question à l'article 565 du Code judiciaire, la compétence exclusive d'une juridiction déterminée n'accorde pas de priorité en matière de connexité puisque l'article 566 du Code judiciaire ne renvoie pas à la disposition de l'article 565, alinéa 3 du Code judiciaire».

Cette solution ne paraît pas véritablement heureuse.

La notion de compétence matérielle «exclusive» n'est pas définie par le Code judiciaire.

Les cours et tribunaux, comme les auteurs de doctrine, reconnaissent cependant l'exclusivité à des compétences à ce point spéciales à un juge qu'on ne pourrait les voir exercées par un autre, sans que l'administration de la justice n'en soit perturbée (C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 230).

Autrement dit, lorsqu'une compétence exclusive est reconnue par le législateur, c'est parce que la juridiction concernée dispose en principe d'un *savoir juger* particulier dans une matière donnée.

Il paraît donc de l'intérêt d'une saine gestion de la répartition des compétences que l'exclusivité soit respectée également en cas de connexité.

Cette interprétation reçoit notamment la préférence de Madame DELVAUX qui s'est penchée à plusieurs reprises sur la question (M.-A. DELVAUX, «La loi du mai 1999 et la compétence des juridictions consulaires des actions liées au droit des sociétés commerciales

sées par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales», o.c., p. 221 et M.-A. DEL-
VAUX, «Quelques antécédents en matière de compétence pour connaître des actions en retrait
et en exclusion [d'un associé]», *JDSC*, 2001, 292-294).
Eu égard aux développements qui précèdent, le tribunal se considère matériellement com-
pétent pour connaître de l'ensemble du litige.

La compétence territoriale

Si certes aucune des parties défenderesses n'est domiciliée dans l'arrondissement de Char-
leroi, il demeure que la société faillie avait, lors de la déclaration de faillite, son siège social
à Charleroi, boulevard Audent 45/3.
Certaines obligations en litige devaient ainsi être exécutées à Charleroi (par exemple,
Monsieur H. devait y exécuter son mandat et la curatelle lui reproche de ne pas l'avoir ac-
compli correctement).
En vertu de l'article 624 du Code judiciaire, hormis les cas où la loi détermine expressé-
ment le juge compétent pour connaître de la demande, celle-ci peut, au choix du demandeur,
être portée notamment ... 2° devant le juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou
l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées.
Dans ces conditions, les juridictions de l'arrondissement de Charleroi son territorialement
compétentes.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL DE COMMERCE,

Statuant contradictoirement à l'égard de toutes les parties en vertu de l'article 750 ancien du
Code judiciaire
Se déclare matériellement et territorialement compétent.
Réserve pour le surplus et renvoie la cause (...).

105. et 327. Juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les
fondateurs et les dirigeants
200. Responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant

N° 844. - *Comm. Liège (3^{ème} chambre), 17 avril 2002*

Présentation:

Le jugement publié ci-après a été suivi par un arrêt de la Cour d'appel
de Liège publié au numéro suivant.
Le litige oppose un curateur aux fondateurs et dirigeants d'une SA ayant
pour objet la commercialisation et la distribution en Belgique et à
l'étranger de produits cosmétiques, déclarée en faillite un an après sa
constitution. Le curateur recherche d'abord la responsabilité des fonda-
teurs de la société faillie, et ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il envisage
la responsabilité des administrateurs.

844.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte les numéros de R.G. 1183/99 (cause R.G. 2616/84 réins-
crite après omission) et 1865/85.

Dans ce jugement, seule la question de la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant est envisagée, les autres fondements étant considérés comme superflus.

Sommaire partiel: Le caractère rudimentaire d'un plan financier n'est pas en soi, de nature à engager la responsabilité solidaire des fondateurs sur base de l'article 456, 4° du Code des sociétés mais dans certaines hypothèses, son indigence fait présumer que les fondateurs ne se sont pas comportés de façon diligente et prudente dans leur estimation (absence d'étude de faisabilité, évaluation grossière du bénéfice minimum sans évaluation du volume escompté des achats et du nombre de clients pouvant être atteints, absence d'estimation des frais de représentation et des frais de publicité, sous-estimation des frais de location et des frais de personnel, ...).

La mise en cause de la responsabilité des fondateurs d'une SA pour capital manifestement insuffisant (art. 456, 4° du Code des sociétés) et l'action en comblement de passif (art. 530 du Code des sociétés) présupposent la faillite de la société et ne peuvent exister en dehors de la faillite de sorte que les éléments de solution se retrouvent dans le droit spécifique qui régit la faillite, ce qui relève de la compétence exclusive du tribunal de commerce ayant prononcé le jugement déclaratif (art. 574, 2° du Code judiciaire).

Parties: Me J. Materne *qualitate qua* faillite SA Body Wrap Eurodistribution c/ Y. Dupuis et dans le second dossier, Me J. Materne *qualitate qua* faillite SA Body Wrap Eurodistribution c/ Y. Dupuis, G. Vandervost, J.-P. Martinache, J. Hermesse, R. Constant, M. Lantin, J.-Cl. Renerte et E. Bois D'Enghien

Décision:

(...)

RETROACTES. LE LITIGE

La SA BODY WRAP EURODISTRIBUTION (en abrégé «BODY WRAP») a été constituée le 23 septembre 1982 par devant Maître G. DELVAUX notaire à Liège-Wandre au capital de 1.250.000 francs belges entièrement libéré et souscrit par:

- Monsieur Depuis: 50 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Vandervost: 50 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Martinache: 50 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Hermesse: 30 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Constant: 28 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Lantin: 20 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Renerte: 2 actions de 5.000 francs;
- Monsieur Bois d'Enghien: 20 actions de 5.000 francs.

Les quatre premiers fondateurs ont été nommés administrateurs, Monsieur Depuis étant en outre administrateur-délégué et président du conseil d'administration.

Monsieur Constant était, quant à lui, désigné aux fonctions de commissaire (seul mandat rémunéré).

L'objet social est la réalisation, tant en Belgique qu'à l'étranger, pour compte de la société ou pour compte d'autrui, de toutes opérations se rapportant directement ou indirecte-

ment à la fabrication, la commercialisation, la promotion ou la vente de produits cosmétiques, de produits de beauté, de maquillage, savons, parfums, eaux de toilette et dérivés ainsi que de tous produits et traitements d'esthétique.

La SA BODY WRAP a été déclarée en faillite à peine plus d'un an après sa constitution, le 3 octobre 1983.

Le curateur a introduit les actions suivantes:

- a) par citation du 17 juillet 1984, il réclame à Monsieur Dupuis, sur pied de l'article 446 ancien du Code de commerce, le montant de 482.900 francs belges représentant deux versements effectués à son profit par la société faillie durant la période suspecte. Après omission du rôle, cette procédure a fait l'objet d'une réinscription sous le n° 1183/99;
- b) par citation du 4 février 1985, il recherche la responsabilité des fondateurs sur pied de l'article 35, 6° LCSC, à titre principal, et, à titre subsidiaire, celle des administrateurs sur base des articles 62, 63ter, 103 LCSC et 1382 et suivants du Code civil. Le montant réclamé selon citation s'élève à 6.016.118 francs belges à titre provisionnel;
- c) il s'est également constitué partie civile à l'encontre de Monsieur Bois d'Engghien pour suivi du chef de détournement au préjudice de la société faillie, préjudice fixé selon jugement du Tribunal correctionnel de Liège du 15 février 1985 à 225.000 francs belges.

En termes de conclusions de synthèse, le curateur maintient sa demande telle que libellée *sub b)* en la portant cependant, au dispositif, à 16.205.250 francs belges à titre provisionnel et en réclamant en outre, apparemment dans le cadre de sa seule formulation principale, la condamnation de Monsieur Dupuis au paiement de 2.170.391 francs belges (prélèvements abusifs) et de Monsieur Martinache au paiement de 817.344 francs belges (remboursement d'une note de crédit délivrée sans justification).

Les défendeurs font valoir les moyens suivants:

1. Monsieur Dupuis.

- * les deux causes sont connexes et il y aurait lieu de les joindre et de les renvoyer au rôle, le curateur n'ayant pas conclu dans la cause 2616/84 (1183/99);
- * une transaction serait intervenue avec la curatelle avant l'introduction du litige;
- * l'action fondée sur l'article 62 LCSC serait prescrite;

- * eu égard à la plainte avec constitution de partie civile déposée par la curatelle contre Monsieur Bois d'Engghien, il y aurait lieu de faire application du principe selon lequel «le pénal tient le civil en l'état» et d'ordonner «la production des procédures pénales et civiles» ainsi que le dossier répressif;
- * à titre subsidiaire, en ce qui concerne la transaction vanité, l'audition du curateur et la comparution personnelle des parties sont demandées.

Reconventionnellement, il est réclame 1 million de francs belges à titre de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

Par ailleurs, en termes de conclusions du 15 septembre 1999, une action incidente en garantie est formulée à l'encontre de Monsieur Bois d'Engghien.

2. Monsieur Vandervost.

- * le tribunal serait incompétent pour connaître de la cause;
- * à titre subsidiaire,

— la responsabilité des fondateurs ne pourrait être retenue pas plus que sa responsabilité sur base de l'article 63ter LCSC;

- l'action sur pied de l'article 62 LCSC serait prescrite ou, à tout le moins, non fondée en ce qui le concerne;
- * à titre plus subsidiaire encore, le montant du dommage ne serait pas établi.

3. Monsieur Martinache.

- * les demandes, tant principale que subsidiaire, ne seraient pas fondées, l'action basée sur l'article 62 LCSC étant, en outre, prescrite.

4. Monsieur Hermesse.

- * les mêmes que ceux invoqués par Monsieur Martinache.

5. Monsieur Constant.

- * la demande qui le concerne en sa qualité de fondateur ne serait pas fondée;
- * à titre subsidiaire, la condamnation devrait être limitée à ¼ en ce qui le concerne eu égard aux éléments indépendants de sa volonté et de la vétusté du dossier;
- * à titre plus subsidiaire encore, il y aurait lieu de désigner un expert chargé de déterminer le caractère suffisant ou non du capital.

6. Monsieur Lantin.

- * le tribunal ne serait pas compétent;
- * à titre subsidiaire, l'action qui le concerne en sa qualité de fondateur ne serait pas fondée;
- * à titre plus subsidiaire encore, le montant du dommage ne serait pas établi.

7. Monsieur Renerte.

- * sa responsabilité de seul fondateur ne serait pas engagée;
- * à titre subsidiaire, il y aurait lieu d'ordonner la production des justificatifs des postes détaillés aux comptes d'exploitation produits;
- * à titre infiniment subsidiaire, les quatre premiers défendeurs devraient le garantir de toute condamnation et il conviendrait de dire pour droit que les fondateurs ne peuvent être tenus au-delà de leurs parts souscrites lors de la constitution de la société.

DISCUSSION

I. PROCÉDURE

a) connexité.

Attendu que Monsieur Depuis soulève cette exception en invoquant en outre le principe *non bis in idem* dont il ne tire, par ailleurs, pas de conséquence sur le plan de la recevabilité;

Attendu que les deux causes sont effectivement connexes;

Que la citation du 17 juillet 1984 visait à voir déclarées inopposables à la masse, sur pied de l'article 446 ancien du Code de commerce, des paiements effectués par la société au profit de Monsieur Depuis;

Que le curateur reprend ce grief, dans le cadre de la seconde procédure, en lui donnant la qualification de faute grave et caractérisée et/ou de faute de gestion et entend, rappelons-le, à obtenir la condamnation de Monsieur Depuis à lui verser le montant de 2.170.391 francs belges à titre de prélèvements abusifs, ce montant comprenant ceux repris à la 1^{ère} citation (v. tableau récapitulatif-conclusions de synthèse du curateur);

Que c'est néanmoins à tort que Monsieur Depuis invoque le principe *non bis in idem*;

Que la citation du 4 février 1985 est non plus dirigée contre lui seul mais également contre les autres fondateurs et/ou administrateurs sur base des articles 35, 6°, 62 et 63^{ter} LCSC;

Que, partant, l'objet des deux actions n'est que partiellement identique et qu'en tout état de cause, aucune décision n'a été, à ce jour, prononcée dans le cadre de la première procédure; Attendu que les deux causes seront jointes du chef de connexité;

b) compétence du tribunal de céans.
Attendu que cet argument invoqué par certains des défendeurs ne résiste pas à l'examen; Qu'en ce qu'elle vise les articles 35, 6° LCSC (art. 456, 4° du Code des sociétés) et 63ter LCSC (art. 530 du Code des sociétés), l'action ne peut être introduite qu'en cas de faillite et ne peut exister en dehors de la faillite de sorte que les éléments de solution se retrouvent dans le droit spécifique qui régit la faillite, ce qui relève de la compétence exclusive du tribunal de commerce ayant prononcé le jugement déclaratif (art. 574, 2° du Code judiciaire); c) prescription de l'action en ce qu'elle est fondée sur l'art. 62 LCSC (art. 527 et 528 du Code des sociétés).

Attendu que ce moyen ne peut être accueilli;
Que la citation du 4 février 1985 vise expressément la disposition de l'article 62 LCSC; Que les faits qui y sont dénoncés sont certes qualifiés de fautes graves et caractérisées mais que ce sont les mêmes qui sont invoquées à l'appui de l'application de l'article 62 LCSC à titre de simples fautes de gestion;
Que l'action contre les administrateurs introduite par citation du 4 février 1985 visant l'article 62 LCSC, n'est pas prescrite au sens de l'article 194 LCSC (art. 198 du Code des sociétés);

d) le principe selon lequel «le pénal tient le civil en l'état».
Attendu que le curateur produit à son dossier le jugement du Tribunal correctionnel de Liège condamnant Monsieur Bois d'Engghien à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis et à l'indemnisation du préjudice subi par la société faillite;
Que cette instance pénale apparaît totalement étrangère au présent litige;
Que Monsieur Depuis qui invoque cet argument paraît oublier que cette règle n'est pas applicable en matière de faillite (Liège, 6 octobre 1989, J.L.M.B., 1990, p. 16); e) le désistement d'action à l'égard de Monsieur Bois d'Engghien.
Attendu que certains défendeurs reprochent au curateur de s'être désisté de son action à l'égard de Monsieur Bois d'Engghien, co-fondateur de la société, l'article 35, 6° LCSC (art. 456, 4° du Code des sociétés) prévoyant une condamnation solidaire desdits fondateurs; Que si ce désistement est indiqué dans les conclusions du curateur du 29 septembre 1988, il n'en est plus fait mention au dispositif de ses conclusions de synthèse;
Qu'à la lecture des motifs desdites conclusions, il apparaît que la responsabilité de Monsieur Bois d'Engghien est toujours recherchée;

f) transaction invoquée par Monsieur Depuis.
Attendu que Monsieur Depuis fait état de négociations menées dès après la déclaration de faillite entre son conseil de l'époque et le curateur;
Qu'il dépose une convention datée du 17 octobre 1983 (p. 31 de son dossier);
Que force est bien de constater que cette «convention» n'est pas signée par Monsieur Depuis;
Qu'elle était en outre «conclue» sous la condition suspensive de l'autorisation du tribunal et qu'aucun jugement en ce sens n'est produit;

Qu'il n'apparaît pas en outre et surabondamment que la concluante ait renoncé à toute action à l'encontre de Monsieur Depuis, ladite transaction ne visant que la reprise du matériel avec pour contrepartie, en bref, la renonciation à une créance privilégiée de bailleur et à une créance de compte courant;

Que ce moyen n'est pas fondé et que la mesure d'instruction sollicitée à titre subsidiaire s'avère inopportune.

II. FOND

Attendu qu'aux termes de l'article 35, 6° LCSC (art. 456, 4° du Code des sociétés), les fondateurs sont solidairement tenus, en cas de faillite prononcée dans les 3 ans de la constitution de la société, dans une proportion fixée par le juge, des engagements de la société, s'il apparaît que le capital était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant 2 ans au moins;

Attendu que la doctrine et la jurisprudence ont dégagé les principes d'application de cette disposition qui peuvent être ainsi résumés:

- la faute des fondateurs se distingue d'une simple erreur d'appréciation mais est «l'imprévoyance fautive» (VAN OMMESLAGHE et DIEUX, «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1993);
- la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre l'imprévoyance des fondateurs et la situation déficitaire de la société n'est pas exigée, l'action restant fondée même si les fondateurs établissent que la faillite trouve son origine même exclusive dans une cause distincte de la sous capitalisation (v. J. WINDEY, «Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs», *R.D.C.B.*, 2001 p. 293 et s.);
- les comparants à l'acte ont la qualité de fondateurs.
La circonstance que le comparant à l'acte ne soit intervenu «qu'à titre de complaisance» est sans incidence sur la responsabilité encourue: l'invocation de ce moyen signifierait en outre que la souscription «de complaisance» était dénuée d'*affectio societatis* et, partant, susceptible de constituer un faux punissable pénalement (v. VAN OMMESLAGHE et DIEUX, *o.c.*);
- pour apprécier le caractère manifestement insuffisant du capital, le juge doit le placer au moment de la constitution et tenir compte des éléments qui à cette époque étaient connus des fondateurs, les circonstances postérieures étant sans incidence (CA Liège, 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 626; Comm. Charleroi, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 639).

Attendu qu'il ne peut être contesté que le plan financier que la loi impose aux fondateurs de dresser préalablement à la constitution de la société constitue un élément essentiel permettant au juge d'effectuer le contrôle marginal du caractère manifestement insuffisant du capital;

Que si la loi ne précise pas le contenu du plan financier, la jurisprudence et la doctrine le définissent comme étant un état prévisionnel des activités à réaliser par la société et des moyens financiers à mettre en œuvre à cette fin;

Que ce plan doit comporter les informations suivantes:

- une prévision des besoins nécessaires à l'exercice de l'activité projetée (frais d'établissement, investissement de matériel, volant de trésorerie, perte prévue pour les premiers exercices ...);
- les moyens financiers pour faire face à ces besoins (capital de départ, avances promises par les actionnaires, sûretés dont la société peut bénéficier pour obtenir des crédits bancaires);
- une projection de rentabilité mettant en rapport les charges et les produits escomptés de l'exploitation: produits des ventes ou des prestations de services, revenus divers, frais

d'exploitation, charges financières, amortissements, taxes ...) (v. J. WINDEY, o.c., R.D.C.B., 2001 p. 321 et références citées).

Attendu que le plan financier dressé par les fondateurs de la SA BODY WRAP est ainsi rédigé:

«La société pourra disposer comme ressources de son capital soit 1.250.000 francs belges, de prêts ou comptes courants d'actionnaires ou d'autres personnes soit environ 3.000.000 francs belges.

Les bénéfices escomptés sur la vente des produits seront d'un minimum de 20 % du chiffre brut des achats.

Les charges supportées par la société seront limitées, en dehors des frais de représentation à la somme de 50.000 francs belges par mois pour l'employé, d'une somme de 10.000 francs belges à titre de location de locaux, sous réserve des intérêts des prêts (15 %).

Compte tenu de la marge bénéficiaire et des ressources sur lesquelles la société peut compter, le capital prévu peut être considéré comme suffisant»;

Attendu que force est bien de constater que ce document ne correspond pas aux critères ci-dessus rappelés;

Que certes, le caractère rudimentaire du plan financier n'est pas en soi, de nature à engager la responsabilité des fondateurs;

Que son indigence fait cependant présumer que les fondateurs ne se sont pas comportés de façon diligente et prudente dans leur estimation (CA Liège, 5 mai 1995, J.L.M.B., 1997 o.c.);

Qu'en l'espèce, aucune étude de faisabilité n'a été effectuée;

Que les fondateurs se sont contentés de «tablir» sur un bénéfice minimum de 20 % du chiffre brut des achats sans donner de précision sur le volume escompté desdits achats, sur le nombre de clients pouvant être atteints...;

Que les frais de représentation importants dans le cadre de l'activité projetée, et les frais de publicité ne font l'objet d'aucune estimation;

Que les frais de location (10.000 FB par mois) et les frais de personnel (1 employé avec un salaire de 50.000 FB par mois) étaient dès le départ sous estimés (ce qui s'est révélé confirmé dans les faits);

Qu'une société qui a pour objet la commercialisation et la distribution en Belgique et à l'étranger de produits cosmétiques c'est-à-dire de luxe, ne peut fonctionner sans qu'au départ à tout le moins, un budget publicitaire impliquant des frais de représentation, de personnel et de déplacements ne soit établi (ces frais se sont élevés en un an à 2.404.977 FB - voir dossier du curateur);

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que la responsabilité solidaire des fondateurs est établie sur base de l'article 456, 4° du Code des sociétés et qu'il est inutile de rencontrer les autres arguments développés par les parties;

Attendu qu'en ce qui concerne le quantum du dommage, le dossier déposé par le curateur ne permet pas de le cerner;

Qu'il était initialement réclamé 6.016,118 FB représentant le passif selon PV de clôture de la vérification des créances;

Que la lecture de cette pièce révèle un passif privilégié admis de 83.155 FB, un passif chirographaire admis de 2.323.049 FB et un passif contesté de 6.308.920 FB;

Que le sort des créances contestées est ignoré;

Attendu qu'il convient que le curateur s'explique sur les montants réclamés et sur leur majoration (16.205.250 FB);

Attendu que de même le curateur est invité à s'expliquer sur les demandes formulées à l'encontre de Messieurs Dupuis et Martinache, les prélèvements jugés abusifs et la note de crédit non justifiée ayant pu, *prima facie*, participer à la création du passif;

Que dans l'état actuel du dossier, une condamnation provisionnelle n'est pas envisageable;

PAR CES MOTIFS:

Le tribunal (...)
Reçoit la demande du curateur,
Dit pour droit que les huit défendeurs ont engagé leur responsabilité solidaire en application de l'article 456, 4° du Code des sociétés;
Sur le surplus,
Ordonne la réouverture de débats aux fins précisées aux motifs du présent jugement,
(...)

200. **Responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant**

N° 845. – Liège (14^{ème} ch.), 10 septembre 2007¹

Présentation: L'arrêt publié ci-après a été précédé par un jugement du Tribunal de commerce de Liège publié au numéro précédent.

Le litige oppose un curateur aux fondateurs et dirigeants d'une SA ayant pour objet la commercialisation et la distribution en Belgique et à l'étranger de produits cosmétiques, déclarée en faillite un an après sa constitution. Le curateur recherche d'abord la responsabilité des fondateurs de la société faillie pour capital manifestement insuffisant, fondement consacré par le premier jugement, et ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il envisage la responsabilité des administrateurs.

Après avoir reprecisé clairement la notion de plan financier et les attentes du législateur à l'égard des fondateurs dans ce cadre, la cour définit quelle était l'activité projetée par les fondateurs au jour de la constitution de la société, puis examine de manière détaillée les prévisions des fondateurs et les graves lacunes de leurs évaluations, pour conclure au fondement de leur responsabilité pour capital manifestement insuffisant.

Sur le plan de la contribution à la dette, la cour considère qu'elle doit être fixée en fonction de la participation des fondateurs dans la société au jour de sa constitution, sans aggraver la situation du fondateur avocat ou du fondateur comptable, chacun ayant fait preuve de la même légèreté et de la même imprévoyance.

Sommaire:

Pour apprécier la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant, il faut tout d'abord définir quelle était l'activité projetée par les fondateurs au jour de la constitution de la société. Il faut ensuite examiner les éléments repris dans le plan financier, tout en sachant que ce plan peut être sommaire si les fondateurs peuvent justifier par d'autres éléments que, compte tenu des prévisions qui pouvaient raisonnablement être faites lors

845.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte les numéros de R.G. 2002/1088, 2002/1141, 2002/1147, 2002/1152, 2002/1168 et 2005/1500.

de la constitution, le capital n'était pas manifestement insuffisant. L'absence d'évaluation du coût de la mise en place du réseau de distribution, le silence relatif à l'engagement pris par la société en formation d'acheter des marchandises à un tiers pendant dix ans, l'absence de prise en compte de la location d'un siège d'exploitation, de l'engagement de vendeurs, de l'octroi de commissions sur les ventes aux administrateurs, de l'achat de véhicules, de frais de route et du budget publicitaire indispensable au lancement d'un nouveau produit sur le marché belge et l'absence d'analyse des dépenses normalement requises par l'exercice de l'activité projetée rendent le plan financier totalement indigent en l'espèce; les fondateurs ne se sont pas comportés comme des personnes raisonnables et consciencieuses quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société, ce qui engage leur responsabilité sur pied de l'article 456, 4° du Code des sociétés.

Parties:

J.-Cl. Renette c/ Me Grigard *qualité* qua faillite de la SA Body Wrap Euro-distribution, Y. Dupuis, G. Vandervost, J.-P. Martinache, J. Hermesse, R. Constant, M. Lantin, E. Bois D'Engghien (à noter que hormis la partie défaiillante devant le premier juge, chaque partie défenderesse contre le curateur a introduit un appel principal contre toutes les autres parties, le curateur se limitant à faire appel incident par conclusions; tous ces appels ont été joints).

Décision:

(...)

ANTÉCÉDENTS

Le 21 juillet 1982, la SA BODY WRAP EUROPE DISTRIBUTION en formation signe avec la société de droit américain ARLINGTON LABORATORIES un contrat de distribution exclusive d'une durée de dix ans portant sur des produits amaigrissants fabriqués par la société américaine. La concession porte sur la Belgique, les Pays Bas, le Luxembourg, la France et la Suisse Romande. Suivant cette convention, le distributeur s'engage à commander des marchandises pour un minimum de 25.000 US Dollars par mois. Le même jour, BWED signe avec John SAVAS un contrat de licence qui l'autorise à utiliser, moyennant rétribution, les marques BODY WRAP et SANIGARD dans le cadre des opérations de vente visées par le contrat de distribution dont il vient d'être question. Le 23 septembre 1982, la SA BODY WRAP EURODISTRIBUTION est constituée. Son capital social de 1.250.000 FB est entièrement souscrit et libéré par les fondateurs Yvan DE-PUIS, Georges VANDERVOST, Jean-Pierre MARTINACHE, Joseph HERMESSE, René CONSTANT, Michel LANTIN, Edouard BOIS D'ENGHIEN et Jean-Claude RENERTE qui se partagent les 250 parts sociales à concurrence de 50 parts au premier, 50 parts au deuxième, 50 parts au troisième, 30 parts au quatrième, 28 parts au cinquième, 20 parts au sixième, 20 parts au septième et deux parts au huitième. La société a pour objet de faire, tant en Belgique qu'à l'étranger, pour son compte ou pour le compte d'autrui, toutes opérations se rapportant directement ou indirectement à la fabrication, la commercialisation, la promotion ou la vente de produits cosmétiques, de produits de beauté, de maquillage, savons, parfums, eaux de toilettes, et dérivés, ainsi que de tous produits et traitements d'esthétique (statuts, art. 4).

Il est prévu que le premier exercice social commence le 1^{er} septembre 1982 et se termine le 31 décembre 1983 et que le mandat des administrateurs sera gratuit (art. 40 et 26).

Le plan financier dressé en application de l'article 29^{ter} des lois coordonnées sur les sociétés commerciales prévoit ce qui suit:

La société pourra disposer comme ressources de son capital, soit 1.250.000 francs belges, de prêts, ou comptes courants d'actionnaires ou d'autres personnes soit environ 3.000.000 francs belges.

Les bénéfices escomptés sur la revente des produits seront d'un minimum de 20 % du chiffre brut des achats.

Les charges supportées par la société seront limitées, en dehors des frais de représentation à la somme de 50.000 francs belges par mois pour l'employé, d'une somme de 10.000 francs belges à titre de location des locaux, sous réserve des intérêts des prêts (15 %).

Compte tenu de la marge bénéficiaire, et des ressources sur lesquelles la société peut compter le capital prévu peut-être considéré comme suffisant.

L'assemblée générale qui suit immédiatement la constitution de la société appelle aux fonctions d'administrateurs Yvan DEPUIS, Georges VANDERVOST, Jean-Pierre MARTINACHE et Joseph HERMESSE. René CONSTANT est nommé commissaire. Le conseil d'administration appelle ensuite aux fonctions de président et d'administrateur délégué chargé de la gestion journalière Yvan DEPUIS.

Toujours le même jour, le conseil d'administration décide à l'unanimité:

«1) Monsieur Edouard BOIS D'ENGHIEN sera engagé sous contrat d'emploi à dater de ce jour. Il lui sera alloué un salaire de 50.000 francs nets par mois plus une commission sur les ventes faites par la société.

2) Le siège social étant établi chez monsieur VANDERVOST, un bail écrit de location sera établi pour un montant de loyer de 10.000 francs par mois, charges comprises.

3) Durant la première année de son existence, la société développera elle-même un réseau de distribution de ses produits en Belgique. Il est cependant décidé qu'à dater du 1^{er} octobre 1983, la société limitera ses activités à l'importation des U.S.A. des produits BODY WRAP et à la revente de ceux-ci aux distributeurs nationaux ou de secteurs. En conséquence, à cette date, la société cédera à monsieur Yvan DEPUIS, personnellement, ou à une société constituée à son initiative, le réseau de distribution belge.

4) En ce qui concerne la comptabilité, la gestion des stocks et autres tâches administratives diverses, la société aura recours aux services de monsieur Michel LANTIN et utilisera l'installation d'ordinateur de monsieur VANDERVOST, moyennant rémunérations à convenir.

5) Pour l'exercice social débutant en cours, se terminant le 31 décembre 1983, il sera proposé au commissaire un émolument de 20.000 francs pour les 16 mois de cet exercice.

6) Le conseil proposera à l'assemblée générale extraordinaire tenue ce jour de ratifier ces décisions».

Un problème se pose au sujet de cette assemblée générale extraordinaire qui, selon le procès-verbal qui figure en copie libre au dossier du curateur, se serait tenue le 23 septembre 1982 à 18 heures et aurait approuvé à l'unanimité la décision prise par le conseil d'administration de BWED de créer un réseau de distribution de ses produits en Belgique. Jean-Claude RENERTE conteste en effet y avoir participé à défaut d'avoir été convoqué à cette assemblée. La question est toutefois de peu d'importance. Jean-Claude RENERTE a en effet été rapidement engagé en tant que vendeur et il ne peut dès lors soutenir sérieusement qu'il ignorait tout de ce réseau de distribution dont la constitution était nécessaire puisque les produits BODY WRAP étaient à l'époque inconnus sur le marché belge.

BODY WRAP débute immédiatement ses activités. Son financement est assuré par son capital, par les fonds qui lui sont avancés par les administrateurs mais également par une ouverture de crédit de 1.500.000 FB consentie par la GENERALE DE BANQUE. Il est im-

portant de relever que la marge brute réalisée par BWED est importante puisque les produits BODY WRAP sont revendus à environ 4 fois le prix d'acquisition.

Seulement, BWED va être confrontée à de très importants frais touchant à la mise en place de son réseau de distribution. Ces frais étaient tout à fait prévisibles. BWED ne peut se contenter de son siège social et il lui faut prendre en location un local qui lui servira de siège d'exploitation. Ensuite, en sus de Edouard BOIS D'ENGHIEN, il faudra engager de nombreux vendeurs de façon à couvrir le territoire belge. Trois véhicules seront acquis mais surtout les produits n'étant pas connus, il faudra exposer de très importants frais de démonstration et de publicité.

Les statuts de la société avaient prévu que l'exercice du mandat d'administrateur serait gratuit, ce qui ne signifie pas bien entendu que les prestations effectuées par les administrateurs pour promouvoir les activités de la société, créer et développer le réseau de vente qui devait être cédé à Y. DEPUIS après un an, ne pouvaient pas être rémunérées.

Ainsi, il sera décidé que les administrateurs actifs seront rémunérés par une commission sur les ventes réalisées, majorée d'un fixe pour ce qui concerne Y. DEPUIS en raison des responsabilités assumées (voir p.v. CA du 13 novembre 1982) tandis que les actionnaires devaient recevoir une participation de 20 % net sur les sommes engagées.

Les charges sont donc importantes et les ventes aussi. En un an, les recettes s'élèveront à 17.297.423 FB et les charges à 20.418.863 FB, ce qui révèle une perte de 3.121.440 FB à la date du 31 août 1983.

Malgré l'écoulement du temps, les documents produits et plus particulièrement les procès-verbaux du conseil d'administration permettent de se rendre compte de ce qui s'est passé. La société a été dirigée dans l'improvisation la plus totale sans qu'ait été étudiée sérieusement la façon dont le réseau de vente des produits BODY WRAP et SANI-GARD pourrait être mis en place. C'est plus précisément la problématique des coûts et frais d'installation et de démarrage qui n'a jamais fait l'objet d'une étude sérieuse.

Un exemple révélateur de la façon dont BWED s'est organisée est la manière dont elle a abordé le marché français. Celui-ci devait être prospecté par Jean-Pierre MARTINACHE qui a créé à cette fin BODY WRAP France (BWF). Jamais les relations entre BWED et BWF n'ont été clairement définies; dans un premier temps, il a été question de «donner» des produits à BWF puis ensuite, les produits lui ont été facturés à un prix trop élevé mais BWED devait participer aux frais de promotion et de démonstration exposés par BWF, ce qui justifiera finalement la demande par BWF d'un rééquilibrage des relations entre les deux sociétés et l'établissement d'une note de crédit de 817.344 FB du 12 septembre 1983 au profit de BWF qui ne produira cependant aucun effet.

Très rapidement, les administrateurs se sont rendu compte de ce que la société se trouvait confrontée à un problème de trésorerie en raison des énormes frais auxquels elle devait faire face et de l'enregistrement d'importants retards de paiement de la part de clients, ce qui n'empêchera pas la prise d'un certain nombre de décisions incohérentes, telles que le remboursement des frais du pharmacien engagé par Yvan DEPUIS pour le remplacer dans son officine pendant qu'il consacrait l'essentiel de son temps au développement de BWED et en août 1983, l'engagement de nouveaux vendeurs et l'intervention d'une très importante commande publicitaire pour plus de 900.000 FB à un moment où la trésorerie de BWED est particulièrement tendue.

Le 25 janvier 1983, le conseil d'administration estime que «pour rentabiliser la SA, il faut 1.500.000 FB de chiffre d'affaires par mois».

Le 26 janvier, il constate que les ventes sont insuffisantes et pose la question «Pourquoi?». Le 1^{er} février 1983, après avoir pris acte de la «démision» des époux RENEKTE, il est question de la mise en place d'une «nouvelle politique de vente» et le 25 février, il est demandé au comptable LANTIN de «donner chaque jour une situation financière». Le procès-verbal de la réunion du 25 février porte encore qu'«il faudrait diminuer nos frais fixes soit

en diminuant les salaires payés, soit en diminuant les frais ordinaires, soit en diminuant les deux. Le président pense réduire les salaires vendeurs en diminuant leurs salaires et en augmentant les primes».

Le conseil d'administration du 4 avril 1983 révèle que nonobstant une augmentation substantielle du chiffre d'affaires de l'ordre de 80 %, la société présente un découvert de 670.000 FB, que les impayés atteignent 2.222.260 FB et qu'il y a lieu en priorité de «récupérer de l'argent».

Le 4 août, le conseil d'administration constate qu'au 30 juin 1983, la perte s'élève à 3.646.000 FB. Les différents postes des charges sont passés en revue. Certains méritent d'être mis en évidence:

- le budget publicité: 2.307.392 FB;
- kilométrage administrateurs (achat voiture en leasing): 526.843 FB;
- les frais de restaurant des administrateurs: 261.734 FB;
- la rémunération des administrateurs: 879.368 FB (soit 17 % de commissions sur les ventes);
- appointements bruts: 2.792.928 FB;
- pharmaciens (remplacement Yvan DEPUIS): 420.147 FB.

Au titre de mesure, le conseil d'administration relève que la publicité doit rester proportionnelle au chiffre d'affaires (+/- 10 %), ce qui n'empêche pas, ainsi qu'il a déjà été dit, Yvan DEPUIS de commander une campagne d'annonces pour le 4^{ème} trimestre 1983 pour un montant de plus de 900.000 FB. Le conseil d'administration propose encore de réduire de 17 à 16 % les pourcentages octroyés aux administrateurs et autres membres de la société.

Le conseil d'administration réuni le 10 septembre 1983 constate

- que la perte s'élève à 3.121.440 FB, que l'exploitation de la dernière période est rentable (10 % de bénéfice net sur vente) mais que «malgré cette rentabilité, il s'avère que les rentrées financières sont nettement insuffisantes pour permettre à l'entreprise de couvrir ses obligations dans des délais raisonnables. Il faut pour continuer l'exploitation un apport financier extérieur variant de 1 million 200.000 à 1 million 500.000 FB»;
- que sur le plan légal, il faudrait un apport en capital de 2.500.000 FB.

Yvan DEPUIS «donne une semaine pour trouver les fonds nécessaires», faute de quoi, il faudra déposer le bilan.

La mésentente s'installe alors entre les administrateurs qui se décident à passer au crible la gestion de Y. DEPUIS auquel il est reproché des dépenses excessives, des prélèvements injustifiés, un important «trou» dans le stock de marchandises et d'avoir favorisé BODY WRAP France par l'élaboration d'une note de crédit de 817.344 FB constitutive d'une «véritable évasion de capitaux» (note de Georges VANDERVOST à l'intention de l'assemblée générale du 23 septembre 1983).

Sur le rapport du commissaire CONSTANT qui constate que l'ébranlement du crédit de la société n'est pas entamé *puisque aussi bien, aucune poursuite ou réclamation judiciaire n'est faite (mais) que cependant, la situation de la trésorerie exige de la société que dans les tout prochains jours, de l'argent frais y soit injecté*, l'assemblée générale décide de poursuivre les négociations avec un investisseur potentiel. Yvan DEPUIS, après avoir émis des réserves au sujet de la question du stock, présente sa démission.

Le 28 septembre 1983, le conseil d'administration constate que la société est loin d'avoir épuisé son crédit de caisse de 1.500.000 FB et qu'elle pourrait encore disposer immédiatement de 800.000 FB. La décision est toutefois prise de faire aveu de faillite parce que les négociations destinées à obtenir un apport d'argent frais «de 3.000.000 FB minimum» ont échoué, que ARLINGTON LABORATORIES menace de dénoncer le contrat de concession exclusive de vente à défaut de commandes de produits mais aussi

parce que la perspective de reprise du marché belge par Yvan DEPUIS se trouve compromise par le départ de celui-ci.

La faillite de BWED est prononcée le 3 octobre 1983.

Au terme de la vérification des créances, le passif s'élève à 131.541,79 €. Suivant ce qui est indiqué dans la citation du 4 février 1985, l'actif «réalisé à ce jour» s'élevait à 292.802 FB. Vingt deux ans plus tard, le curateur ne fournit aucune autre précision à ce sujet; il semble bien que la consistance de l'actif de la faillite dépende de la suite qui sera réservée au présent procès.

Le 7 octobre 1983, Yvan DEPUIS fait offre au curateur pour la reprise du fonds de commerce, des véhicules et de trois membres du personnel.

L'accord intervient le 17 octobre 1983. Les grandes lignes de celui-ci sont les suivantes: Yvan DEPUIS reprend le stock, sans aucun engagement du (curateur) quant à (sa) contenance exacte, le matériel de bureau, de démonstration et publicitaire, la clientèle et les trois véhicules de la société. Le prix est constitué par la reprise de la dette de la société faillie à l'égard de la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE BANQUE qui s'élève à 793.310 FB. Y. DEPUIS reprend trois membres du personnel et les financements en cours pour deux véhicules. Il renonce à sa créance privilégiée en sa qualité de bailleur et notamment aux 4 mois de loyers restant dû pour le siège d'exploitation de la société et à produire à la faillite sa créance telle qu'elle résulte de son compte courant (1.022.960 FB au 31 décembre 1983).

Le curateur informé du contenu d'une étude réalisée par Georges VANDERVOST au sujet d'importants manquements dans le stock qui révéleraient, soit des détournements de marchandises au profit de BODY WRAP FRANCE, soit des ventes en noir, ne déposera pas plainte au pénal contre Yvan DEPUIS, faute d'éléments probants.

Une plainte sera par contre déposée contre Edouard BOIS D'ENGHIEN du chef de détournement de marchandises. Celui-ci sera jugé par défaut par le Tribunal correctionnel de Liège et condamné le 15 février 1985 à payer à la faillite 225.000 FB à titre de dommages et intérêts. Cette condamnation ne sera jamais exécutée. E. BOIS D'ENGHIEN étant retourné au Canada et actuellement sans adresse.

Une première action est introduite par le curateur contre Yvan DEPUIS par citation du 17 juillet 1984. Elle est fondée sur l'article 446 de l'ancienne loi sur les faillites. Elle tendait à obtenir le remboursement de deux retraits de 270.400 FB et de 212.500 FB effectués par Yvan DEPUIS à son profit les 15 et 29 juillet 1983. Le conseil de celui-ci lui ayant fait observer qu'au jour où ces paiements ont été effectués, BWED ne se trouvait pas en état de cessation de paiements, ce qui est constant, le curateur indique qu'il a abandonné cette action.

A l'instigation d'un créancier gravement préjudicié, le curateur a pris l'initiative d'une seconde procédure dirigée cette fois contre les huit fondateurs de BWED. Cette action introduite par citation du 4 février 1985 était fondée sur les articles 35, 6°, 62, 63ter, 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et «sur base des articles 1382 et suivants du Code civil». En cours de procédure d'instance, le curateur invoquera encore l'article 60 des LCSC à propos de la prise en charge par BWED de la rémunération du pharmacien ayant remplacé Yvan DEPUIS dans son officine.

Les dispositions qui viennent d'être évoquées sont actuellement remplacées respectivement par les articles 456, 4°, 527, 528, 530, 633 du Code des sociétés et 523 et 529 pour ce qui concerne l'ancien article 60.

Ce qui doit bien être mis en évidence, c'est que le curateur recherche d'abord la responsabilité des fondateurs de la société faillie. Ce n'est qu'à titre subsidiaire, si la thèse du capital insuffisant retenue par les premiers juges venait à être écartée, que la responsabilité des quatre administrateurs doit être examinée.

LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS - LES RÈGLES

La responsabilité spécifique des fondateurs a été introduite dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par la loi de réorientation économique du 4 août 1978.

«En vertu des articles 29^{ter} (pour les SA) et 120^{ter} (pour les SPRL) des LCSC, les fondateurs sont tenus, préalablement à la constitution de la société, de remettre au notaire qui dressera l'acte constitutif, un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social à constituer, plan qui doit être conservé par le notaire.

Le but de cette obligation légale est d'amener les fondateurs à étudier sérieusement les besoins de l'entreprise qu'ils se proposent de créer avant de s'engager.

L'on considère généralement que le plan financier doit indiquer les moyens financiers que les fondateurs prévoient pour assurer la viabilité de la société pendant les deux premières années de son existence. Le capital social à prendre en considération n'est pas seulement le capital souscrit mais tous les fonds propres mis à la disposition de la société, tels les crédits bancaires, les subsides, les prêts etc. Le plan doit en outre énoncer les diverses utilisations prévues de ces moyens financiers (immobilisations, frais de premier établissement, stocks etc.) Il peut se présenter sous la forme d'un bilan prévisionnel et comporter également une étude de rendement et une prévision des résultats d'exploitation.

En vertu (de) l'article 35, 6° (applicable aux SA) des LCSC, les fondateurs, et en cas d'augmentation de capital, les administrateurs sont tenus solidairement des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, si deux conditions sont réunies:

- la faillite a été prononcée dans les trois ans de la constitution;
- le capital social était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

Ces conditions sont nécessaires mais suffisantes. Il n'y a pas lieu de prouver en outre que l'insuffisance du capital a provoqué la faillite. La responsabilité des fondateurs peut être engagée même si la faillite est due à une autre cause, tels l'effondrement du marché ou la faillite d'un important client.

La notion de capital 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 () 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, telle la circonstance que l'administrateur délégué dilapiderait les avoirs sociaux, ...

Le juge fixe souverainement la proportion du passif de la société que devront régler les fondateurs. Il peut donc les condamner à l'intégralité ou à une quotité du passif non couvert par le produit de réalisation des actifs» (T.P.D.C., tome 2, n° 628, 629 et 630; dans le même sens, C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», R.D.C., 1986, p. 762 et s.).

«Le capital, qui doit être suffisant pour permettre l'exercice de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins, doit donc être à la mesure des activités projetées et dépendre de leur nature: besoins en investissement, étroitesse du marché à pénétrer et pertes prévisibles pendant les premiers exercices, recyclage plus ou moins rapide des capitaux investis ...

L'intention des fondateurs d'exercer un type déterminé d'activités est appréciée au moment de la constitution. Cette intention n'apparaissant que rarement à la lecture de l'objet statutaire, qui est souvent le plus large possible pour englober des développements et modification ultérieurs de l'activité, on se fondera utilement sur les mentions du plan financier, ainsi que sur l'activité qui a été exercée effectivement par la société.

Le capital doit être adéquat pour assurer la poursuite d'une activité normale pendant deux ans. La responsabilité des fondateurs et celle des gestionnaires ne sauraient être confondues:

si les fondateurs répondent de l'adéquation du capital par rapport à une activité normale, ils n'assument par contre aucune obligation en ce qui concerne la gestion effectivement exercée par les organes de la société et notamment, ne répondent pas du caractère défectueux de la gestion, lorsque le plan financier permet de constater que le capital initialement prévu était de nature à permettre l'exercice de l'activité sociale pendant deux ans» (J. WINDEY, «Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs», *R.D.C.*, 2001, n° 80, p. 320 et les références).

«Le notaire instrumentant doit vérifier l'existence de ce plan, qui doit avoir au moins l'apparence d'un plan financier crédible. Sa responsabilité s'arrête toutefois là: le notaire ne participe pas à la confection du plan, il ne remplit pas le rôle d'un expert financier, il ne vérifie pas le caractère plus ou moins judicieux du plan» (*T.P.D.C.*, tome 4, n° 1157). «Tout au plus doit-il vérifier si le plan qui lui est remis répond aux exigences d'un plan financier, c'est-à-dire indique les sources de financement, le chiffre d'affaires prévisionnel et les investissements nécessaires» (C. PARMENTIER, *o.c.*, n° 33, p. 767) et attirer l'attention des fondateurs sur ses éventuelles insuffisances manifestes (H. MICHEL, «Plan financier et responsabilité notariale», *J.T.*, 1982, p. 71).

«L'action en responsabilité contre les fondateurs organisée par les LCSC s'écarte, à divers égards, du droit commun de la responsabilité civile. Cette action présente en effet des caractéristiques propres tantôt en deçà, tantôt au-delà des principes applicables ordinaires-ment en matière de responsabilité. Les caractéristiques spécifiques sont les suivantes:

(...) 3. Les fondateurs sont nécessairement tenus solidairement de la condamnation prononcée, le juge n'ayant pas de possibilité de moduler autrement la condamnation.

4. Le juge peut par contre, apprécier librement le montant de la condamnation prononcée. Le juge peut tenu de procéder à une analyse du dommage, et ne doit pas nécessairement ordonner une réparation intégrale de ce dommage. Il peut s'agir d'une «portion» du passif, dit la loi. En d'autres termes, en compensation de la simplification de l'analyse du lien causal et des conditions de la solidarité, le législateur a donné au juge un pouvoir particulier qui lui permet de ne pas dépasser les limites d'une sanction civile raisonnable» (*T.P.D.C.*, tome 4, n° 1158; dans le même sens, J. WINDEY, *o.c.*, n° 76, p. 319). «Bien que les fondateurs soient nécessairement condamnés solidairement, le juge peut définir la proportion dans laquelle la contribution à cette condamnation se répartira entre eux; il pourra tenir compte à cet égard de leurs contributions respectives au capital et aux avances consenties à la société» (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants des sociétés*, 1^{ère} édition, p. 46 et 53).

«Pour limiter le montant de leur condamnation solidaire, les fondateurs pourront faire valoir une variété d'arguments visant à limiter la portée de leur négligence: caractère limité de l'insuffisance de capital, prépondérance des fautes de gestion comme cause de survenance de la faillite, autres éléments conjoncturels à l'origine de celle-ci. Entre eux, les fondateurs se rejettent sur tout la paternité du projet d'investissement et, partant la responsabilité de sa mauvaise conception financière» (J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants des sociétés*, 2^{ème} édition de l'ouvrage de O. RALET, n° 39, p. 66).

APPLICATION AU CAS D'ESPECE

La cour dispose de tous les éléments lui permettant de se forger une opinion quant à la responsabilité des fondateurs. Il n'y a donc pas lieu d'ordonner la production par les curateurs successifs de tout élément du dossier ou de tout dossier judiciaire, ou de toutes les références de dossiers dont ils auraient eu connaissance, concernant ou ayant concerné la responsabilité sensu lato de l'un ou l'autre des administrateurs ou d'un tiers et, notamment, relativement à des fautes de gestion, des faits de détournement, ou faits similaires ou de demander à un expert:

- de donner un avis sur «l'adéquation des moyens mis à la disposition de la société avec l'exploitation commerciale envisagée»;
- de rechercher «tous éléments comptables ou autres permettant d'évaluer les prélèvements en trésorerie ou par avantages en nature ou par tous faits réguliers ou irréguliers, licites ou illicites, par les administrateurs ou avec l'aide de ceux-ci»;
- «de rechercher et raisonner tous éléments comptables ou autres permettant de juger des causes de la faillite» (conclusions R. CONSTANT, p. 27 et 28).

Il faut donc tout d'abord définir quelle était l'activité projetée par les fondateurs au jour de la constitution de la société. Il ne s'agissait pas seulement d'importer et de revendre les produits fabriqués par la société américaine ARLINGTON LABORATORIES mais également d'organiser un réseau de vente puisque BWED avait signé le 21 juillet 1982 avec la société américaine un contrat de distribution d'une durée de dix ans valable pour plusieurs pays. Le fait qu'il ait été convenu que le réseau de vente mis en place pour la Belgique devait être repris par Yvan DEPUIS après un an n'y change rien.

Le tribunal de commerce a relevé que le plan financier du 23 septembre 1982 ne répondait pas aux critères qui ont été définis par la doctrine et la jurisprudence et qui sont rappelés dans l'article de Jeanine WINDEY paru dans la *Revue de Droit Commercial* de 2001.

Les fondateurs insistent sur le fait que pas plus dans la loi que dans les travaux préparatoires, on ne trouve de précisions au sujet du contenu du plan financier et ils soulignent qu'au jour où la société a été constituée, la doctrine et la jurisprudence n'avaient pas encore dégagé clairement les règles qui viennent d'être rappelées.

La remarque est pertinente.

Toutefois, il faut rappeler que si le plan «constitue une certaine garantie contre tout arbitraire éventuel dans l'appréciation *post factum* de ce qui a pu être considéré comme un capital suffisant dans des circonstances données, c'est-à-dire au moment de la création de la société» (H. MICHEL, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 71; O. RALET, *o.c.*, n° 29, p. 42), son élaboration a pour but d'«amener les fondateurs à étudier sérieusement les besoins de l'entreprise avant de s'engager dans l'aventure sociétaire» (C. PARMENTIER, *o.c.*, n° 28, p. 763).

«Le fait que le plan financier apparaisse fort sommaire () n'empêche pas les fondateurs mis en cause de justifier par d'autres éléments que, compte tenu des prévisions qui pouvaient raisonnablement être faites lors de la constitution, le capital n'était pas manifestement insuffisant» (O. RALET, *o.c.*, n° 35, p. 51).

En l'espèce, il importe de relever que le plan financier n'aborde absolument pas la question du coût de la mise en place du réseau de distribution puisqu'il précise que «les charges supportées par la société seront limitées, en dehors des frais de représentation à la somme de 50.000 francs belges par mois pour l'employé, d'une somme de 10.000 francs belges à titre de location des locaux, sous réserve des intérêts des prêts (15 %)».

Il n'est donc pas question de l'engagement pris par la société en formation d'acheter des marchandises à ARLINGTON LABORATORIES pour 25.000 USD par mois pendant dix ans, de la location d'un siège d'exploitation, de l'engagement de vendeurs, de l'octroi de commissions sur les ventes aux administrateurs, de l'achat de véhicules, de frais de route et du budget publicitaire indispensable au lancement d'un nouveau produit sur le marché belge. Tous ces frais importants qui font que les charges atteindront finalement 20.400.000 FB au 31 août 1983 sont passés sous silence. Tout se passe comme si le réseau de vente, dont les fondateurs savent très bien qu'il va devoir être constitué, existait déjà.

Aucune analyse des dépenses normalement requises par l'exercice de l'activité projetée n'a été faite. Les fondateurs se sont contentés d'affirmer, sans aucune réflexion préalable, que «compte tenu de la marge bénéficiaire et des ressources sur lesquelles la société peut compter (estimées à 3.000.000 FB), le capital prévu peut être considéré comme suffisant».

Les fondateurs pour tenter de s'exonérer invoquent que les ratios de solvabilité et de fonds de roulement définis par H. MICHEL dans l'étude parue au *Journal des Tribunaux* en 1982 (p. 70) sont bons. De même, le commissaire CONSTANT fait état d'une remarquable étude effectuée le 8 février 2006 par l'expert comptable MARECHAL qui conclut sur base de la balance des comptes généraux au 31 juillet 1983 que la société a respecté la marge brute de 20 % prévue au plan financier.

Ces éléments ne sont pas convainquants. Il n'y a pas eu d'étude préalable de l'incidence financière de la constitution par BWEED du réseau de vente pour la Belgique qui devait être reprise par Yvan DEPUIS après un an. De même, la question fondamentale de la façon dont la société devait être rémunérée, dans le cadre de la cession du réseau après un an, pour les importants investissements effectués n'a pas même été effleurée.

La façon chaotique dont la société a été gérée dans l'improvisation la plus totale durant les douze mois qui ont suivi sa constitution confirme ce qui vient d'être dit.

Les fondateurs ne peuvent invoquer le fait que le notaire n'a émis aucune réserve ou remarque au sujet du plan des lors que tout donne à penser que celui-ci n'a pas été informé de ce qu'un réseau de distribution couvrant le territoire belge allait être constitué.

Il doit dès lors être conclu que le plan financier ne reflète pas la réalité des intentions des fondateurs et ne prend pas en considération des dépenses et charges dont ils avaient de toute évidence connaissance.

Les deux conditions prévues par l'article 35, 6° des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et reprises par l'article 456, 4° du Code des sociétés sont donc remplies: la faillite a été prononcée dans les trois ans de la constitution et le capital social était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

Les fondateurs ne peuvent prétendre que leurs estimations raisonnables auraient été jouées par des circonstances imprévisibles puisqu'il n'y a pas eu de prévisions sérieuses. Ils ont fait preuve d'une imprévoyance fautive.

Yvan DEPUIS, Georges VANDERVOST, Jean-Pierre MARTINACHE, Joseph HERMÉSSE, René CONSTANT, Michel LANTIN, Edouard BOIS D'ENGHIEN et Jean-Claude RENERTE ne se sont donc pas comportés comme des personnes raisonnables et conscientes quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société, ce qui n'entraîne toutefois pas, compte tenu du caractère spécifique du régime de responsabilité visant le cas de souscapitalisation mis en place par l'article 90 de la loi du 4 août 1978 et repris par l'article 456, 4° du Code des sociétés, l'obligation pour eux de réparer intégralement le dommage.

Les administrateurs ont estimé le 10 septembre 1983, donc pratiquement à l'issue de la première année de vie de la société, qu'il fallait «pour continuer l'exploitation un apport financier externe variant de 1.200.000 FB à 1.500.000 FB». C'est à ce dernier montant que sera fixé le montant de la condamnation.

LA CONTRIBUTION À LA DETTE

Georges VANDERVOST, Jean-Pierre MARTINACHE, Joseph HERMÉSSE, René CONSTANT, Michel LANTIN et Jean-Claude RENERTE reprochent à Yvan DEPUIS de s'être rendu coupable de mauvaise gestion, d'avoir violé à de nombreuses reprises les lois coordonnées sur les sociétés commerciales ainsi que la loi sur la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Il est également question d'abus de biens sociaux, de prélèvements dans les stocks, de détournement de marchandises et de ventes au noir.

Il est certain que Y. DEPUIS a effectué des dépenses inconsidérées et somptuaires et qu'il s'est accordé des avantages anormaux tels que la prise en charge de la rémunération du pharmacien qui l'a remplacé dans son officine. Il reste que toutes ces dépenses ont été ef-

fectuées au vu et au su et avec l'accord des membres du conseil d'administration qui y ont trouvé également leur compte. Les premières critiques n'ont été émises que bien tard soit lorsque la société s'est trouvée exsangue.

La remarque vaut également pour René CONSTANT qui n'était pas seulement le commissaire aux comptes mais également le conseil de la société. Les courriers du 16 mars 1983 et du 20 septembre 1983 qu'il adresse aux membres du conseil d'administration ainsi que sa participation aux réunions du conseil d'administration des 25 avril et 4 août 1983 révèlent qu'il était parfaitement au courant de la nature et du détail des dépenses de la société. Ses premières remarques interviennent le 20 septembre 1983 soit lorsqu'il est trop tard.

Par contre, la preuve du détournement de marchandises par l'administrateur délégué n'est pas rapportée. Seul Edouard BOIS D'ENGHIEN a été condamné de ce chef et l'infraction dont il s'est rendu coupable ne modifie pas les données du litige pour ce qui concerne la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant.

La contribution sera fixée en fonction de la participation des fondateurs dans la société au jour de sa constitution. Rien ne justifie en effet que, ainsi que Y. DEPUIS le suggère, René CONSTANT et Michel LANTIN soient sanctionnés plus sévèrement simplement parce que le premier était avocat et le second comptable. Tous les fondateurs ont fait preuve de la même légèreté et de la même imprévoyance.

La question des actions en garantie est ainsi vidée par le règlement de la contribution à la dette.

LA QUESTION DES INTÉRÊTS DE RETARD

Dès lors que les articles 35, 6° des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et 456, 4° du Code des sociétés dérogent au droit commun de la responsabilité civile du point de vue du dommage et du lien de causalité (J. WINDEY, déjà citée, n° 76, p. 319), la date de prise de cours des intérêts qui ne peuvent être qualifiés de compensatoires au sens du droit commun de la responsabilité civile doit être fixée au jour de l'introduction de l'action.

L'instruction de la cause a été particulièrement laborieuse tant en instance qu'en appel.

Il a déjà été dit qu'à titre subsidiaire, le curateur recherchait la responsabilité des administrateurs sur pied des articles 60, 62, 63^{ter}, 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, 1382 et suivants du Code civil, ce qui impliquait d'importants développements et ce, d'autant qu'en instance, la demande a atteint des montants énormes puisqu'en termes de dernières conclusions de synthèse et réplique du 21 avril 1999, le curateur réclamait 16.205.250 FB, 817.344 FB et 2.170.391 FB à majorer des intérêts au taux légal depuis le 3 octobre 1983.

Demandeur au fond le curateur qui disposait du dossier de la faillite, avait la charge de la preuve.

Le 17 janvier 1989, Me J.E. LACROIX à l'époque conseil de Georges V ANDERVOST et de Michel LANTIN, adresse au conseil du curateur, en son nom ainsi qu'au nom de ses confrères, conseils de René CONSTANT et de Joseph HERMESSE, un courrier qui se termine comme suit:

«Je vous rappelle que vous n'avez jusqu'à présent communiqué à aucune des quatre parties, au nom desquelles je vous écris la présente, l'intégralité de votre dossier, tel qu'il ressortait d'un inventaire que vous aviez, par courrier, adressé à Me RIGOT.

Il me paraît que dans une affaire de cette importance, qui pose à la fois de difficiles questions de principes et de complexes questions de faits, les règles usuelles de l'instruction contradictoire des dossiers doivent être appliquées avec une rigueur particulière».

L'ordonnance de mise en état rendue le 7 février 1996 porte que «toutes les parties sont en possession des pièces du demandeur *qualitate qua* depuis au plus tard le 18 septembre 1995».

L'affaire fut plaidée à l'audience du 20 novembre 1996 et remise en débats continués au 29 janvier 1997 afin de permettre aux parties d'établir de nouvelles conclusions touchant à l'application de l'article 62 des LCSC. A cette date, la cause sera toutefois renvoyée au rôle de défense invoqués par les parties DEPUIS, VANDERVOOST et LANTIN.

Ces nouvelles conclusions interviennent le 6 mai 1998 et la procédure reprendra son cours normal jusqu'au 1^{er} décembre 1999, date à laquelle l'affaire est prise en délibéré pendant une période de près de 29 mois.

La curatelle a fait preuve d'une négligence fautive dans la mise en état de la cause en instance. Le cours des intérêts doit être suspendu du 4 février 1985 au 18 septembre 1995 et du 1^{er} avril 1997, puisqu'un délai de deux mois pour répondre aux nouveaux moyens opposés au curateur peut être tenu pour suffisant, au 5 mai 1998.

Le même comportement se répète en appel. La dernière requête d'appel recevable interviendrait le 26 juillet 2002 et le curateur dépose ses premières conclusions, lesquelles seront ultérieurement remplacées, le 1^{er} avril 2004.

Après avoir déposé une première requête tendant à l'application de l'article 747, § 2 du Code judiciaire le 17 mai 2004, puis une deuxième le 23 juin 2004, le curateur, en réponse à une note d'observations du conseil de Jean-Claude RENEKTE, écrit à la cour le 3 septembre 2004 que «l'ensemble des pièces manquantes ont été communiquées aux conseils de monsieur RENEKTE par courrier de ce 31 août 2004».

Les affaires 2002/RG/ 1088 - 1141 - 1147 - 1152 et 1168 ayant été introduites les 7 et 14 novembre 2002, le curateur disposait en théorie d'un délai d'un mois pour conclure et communiquer son dossier. Certes, il doit être tenu compte de la complexité du dossier mais encore une fois, le retard dans la communication des pièces est inacceptable et fautif et ne peut avoir pour conséquence d'aggraver la charge des intérêts.

Le cours des intérêts doit en conséquence à nouveau être suspendu du 1^{er} janvier 2003 au 31 août 2004.

LES DEMANDES FORMÉES PAR YVAN DEPUIS À L'ENCONTRE DU CURATEUR

Le jugement du tribunal de commerce qui accueille l'action du curateur contre Y. DEPUIS sur pied des articles 35, 6^o des LCSC et 456, 4^o étant définitif, il s'ensuit nécessairement que la demande reconventionnelle dirigée par celui-ci contre celui-là du chef de procédure téméraire et vexatoire sur laquelle il n'a pas été statué en instance, doit être rejetée. Le même sort doit être réservé à la demande nouvelle introduite en appel par Yvan DEPUIS en vue d'obtenir la condamnation du curateur au remboursement de ses frais de défenses.

DÉPENS

Le curateur échouant en partie dans ses prétentions, il lui sera alloué les deux tiers de ses dépens des deux instances.

DÉCISION

La cour statuant contradictoirement et en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, Joint les causes inscrites au rôle général sous les n^{os} 2002/1088 - 1141 - 1147 1152 - 1168 et 2005/1500;

Reçoit les appels à l'exception de celui interjeté par Yvan DEPUIS par requête d'appel du 4 novembre 2005;

Reçoit les demandes nouvelles introduites en appel et l'ensemble des demandes en garantie,

Ce fait, vidant sa saisine, condamne solidairement Yvan DEPUIS, Georges VANDER-VOST, Jean-Pierre MARTINACHE, Joseph HERMESSE, René CONSTANT, Michel LANTIN, Edouard BOIS D'ENGHIEN et Jean-Claude RENERTE à payer au curateur Me Didier GRIGNARD 37.184,03 € à majorer des intérêts au taux légal du 19 septembre 1995 au 31 mars 1997, du 6 mai 1998 au 31 décembre 2002, du 1^{er} septembre 2004 jusqu'au complet paiement, 755,68 € au titre de dépens;

Déboute le curateur du surplus de ses prétentions;

Dit que la contribution à la dette se fera en proportion de la participation des huit fondateurs dans le capital de la société faillie au jour de sa constitution;

Rejette les demandes reconventionnelles dirigées par Yvan DEPUIS contre le curateur.

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

370. **Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite**

N° 846. – *Comm. Gand (6^{ème} ch.), 22 juin 2006¹*

Présentation: Un couple constitue une SPRL dont l'épouse est la gérante «officielle» mais inactive tandis que l'époux est le gérant de fait.

La SPRL est déclarée en faillite et il apparaît qu'elle avait été constituée sans doute exclusivement pour permettre aux époux d'accéder, à titre individuel, à des prestations sociales (e.a. des allocations de chômage).

Le tribunal énumère les diverses fautes graves et caractérisées qui fondent l'action en comblement de passif introduite par la curatelle, tout en assortissant la condamnation d'une solidarité qui s'explique par la complémentarité des fautes respectives de chaque époux.

Sommaire:

S'il est établi que le gérant de droit ne s'est en réalité pas occupé de la gestion de la société et qu'il l'a confiée à l'unique associé, ce dernier est considéré comme un gérant de fait et assume les mêmes responsabilités que le gérant de droit.

On entend par faute grave et caractérisée (art. 265 C. soc.) un acte jugé nécessairement fautif par toute personne raisonnable et à ce point grave qu'il est proche de la malveillance et du dol ou qu'il est, pour le moins, fondé sur une intention déraisonnable.

Le développement d'activités économiques sous la forme d'une société sans le moindre respect ni la moindre notion des dispositions légales en matière de droit des sociétés, de droit fiscal et comptable, dans le seul but de profiter de prestations sociales, doit être qualifié de faute grave et caractérisée. Bien qu'en règle générale, la responsabilité découlant de l'article 265 C. soc. soit individuelle, le gérant de fait et le gérant de droit peuvent être tenus solidairement responsables des dettes de la société faillie si les fautes qu'ils ont commises sont complémentaires.

846.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 281.

Parties: Me Kempinaire *qualitate qua* c/ B.S. et H.S.

Décision:

(...)

Dans ses conclusions suivant le jugement interlocutoire, la demanderesse *q.g.* demande la condamnation solidaire des défendeurs ou la condamnation de l'un à défaut de l'autre, au paiement d'un montant provisionnel de 31.021,09 €, augmentation des intérêts judiciaires calculés aux taux légal à partir du 23 mars 2005 jusqu'au jour du paiement intégral, ainsi que des frais de procédure, dans un jugement exécutoire par provision nonobstant tout recours et sans caution ni cantonnement.

(...)

3.1. Pour en savoir plus sur l'administration de la société faillie, le jugement interlocutoire a ordonné la comparution personnelle des parties.

Lors de la comparution personnelle des parties en chambre du conseil, le 7 février 2006, il est apparu:

— que, pour des raisons d'opportunité, la deuxième défenderesse était devenue d'un point de vue formel la gérante de la société faillie, mais qu'elle ne s'occupait pas de la gestion celle-ci;

— que la deuxième défenderesse ne parlait pas le néerlandais, ce qui rendait peu probable qu'elle s'occupe effectivement de la gestion de la société faillie dans la pratique;

— que le premier défendeur reconnaissait que son épouse, la deuxième défenderesse, était bien la gérante mais n'y connaissait rien;

— que la deuxième défenderesse reconnaissait n'avoir jamais rien fait elle-même dans la société faillie;

— que c'était le premier défendeur qui assurait la gestion de fait de la société faillie;

— que, contrairement à la deuxième défenderesse, le premier défendeur maîtrisait bien le néerlandais;

(...)

— que le premier défendeur reconnaissait que c'était lui qui signait tous les papiers de sous-traitance ainsi que la plupart des papiers de la société faillie.

Etant donné que, d'après l'acte constitutif et les éléments du dossier de la société, le premier défendeur était l'unique associé de la société faillie, tandis que la deuxième défenderesse était, depuis le 2 mai 2002, l'unique gérante, le tribunal ne peut que constater qu'au sein de la société faillie, le premier défendeur faisait fonction de gérant de fait aux côtés de la deuxième défenderesse.

3.2. La demanderesse *q.g.* demande, en se fondant sur l'article 1382 du Code civil et sur les articles 262, 263, 264 et 265 du Code des sociétés, que les premiers et deuxième défendeurs soient considérés comme personnellement et solidairement responsables des dettes de la société faillie, à concurrence d'un montant provisionnel de 31.021,09 €.

Etant donné que la responsabilité en tant que gérants des défendeurs fait l'objet d'une demande dans le cadre de la faillite de la société faillie et que les éventuelles fautes de gestion et/ou fautes civiles seront prises en compte lors de l'appréciation de l'éventuelle faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite, le tribunal examine seulement en première instance la demande fondée sur l'article 265 du Code des sociétés.

3.3. Conformément à l'article 265 du Code des sociétés, en cas de faillite de la société, les gérants (...) ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif, s'il est établi qu'elles ont commis une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite.

Ci-dessus, il a déjà été constaté que le premier et le deuxième défendeurs étaient soit le gérant soit le gérant de fait de la société faillie, de sorte que tous deux font l'objet de la demande fondée sur l'article 265 du Code des sociétés.

3.4. Il incombe à la demanderesse *q.q.* de prouver l'existence d'une faute grave et caractérisée dans le chef des défendeurs, ainsi qu'un lien de causalité entre la faute et la faillite (voir, entre autres Comm. Bruxelles, 17 mai 1983, *T.B.H.*, 1984, 554).

La notion de faute grave et caractérisée implique que la faute des administrateurs, d'une part, doit être une faute caractérisée, ce qui signifie une faute que toute personne raisonnable considérera nécessairement comme fautive, et, d'autre part, doit être une faute grave, laquelle est étroitement liée à la malveillance et au dol ou est à tout le moins fondée sur une intention déraisonnable. Il suffit que cette faute ait contribué à la faillite (voir, entre autres Gand, 21 décembre 2000, *JDSC*, 2002, 200, note M. DELVAUX et *T.B.H.*, 2001 (abrégé), 739; Liège (7^e ch.), 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2002, liv. 19, 820 et <http://jlmbl.larcier.be> (8 février 2003); Comm. Termonde (sect. Termonde), 31 décembre 1997, *JDSC*, 1999 (résumé), 240 et *T.G.R.*, 1998, 77; Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *JDSC*, 1999 (abrégé), 99, note P. KILESTE et C. BERTSCH, *R.R.D.*, 1993, 29 et *Rev. prat. soc.*, 1993, 329).

3.5. Sur base des pièces présentées par la demanderesse *q.q.* et des déclarations déposées par les parties le 7 février 2006, les faits suivants sont établis:

- la société faillie ne tenait pas de comptabilité;
- les obligations administratives nécessaires n'étaient pas remplies (voir les déclarations du premier défendeur à propos de l'absence de permis de travail pour les Pays-Bas);
- alors que les activités de la société faillie avaient été stoppées au printemps 2003 (licenciement des travailleurs le 30 décembre 2003), les livres n'avaient été déposés que le 7 novembre 2003;
- les premier et deuxième défendeurs voyaient dans la société un moyen de pouvoir bénéficier de prestations sociales (voir les déclarations des défendeurs dans le cadre de la comparution personnelle: le premier défendeur pouvait, en tant qu'employé de la société, percevoir des allocations de chômage, tandis que la deuxième défenderesse a été nommée gérante «pour obtenir plus facilement des papiers et percevoir des indemnités de chômage et autres»);
- la société faillie ne remplissait pas ses déclarations fiscales et ne payait pas d'impôt;
- la société faillie exécutait des travaux au noir;
- aucun élément ne témoigne de l'utilisation des revenus de la société au profit de la société;
- au moment de la faillite, on n'a trouvé aucun actif;
- les créances connues s'élèvent pour l'instant à 31.021,09 €.

Par ailleurs, il apparaît que les premier et deuxième défendeurs ont tous les deux été impliqués dans la constitution et/ou la gestion de diverses autres sociétés qui, très vite après leur constitution, ont toutes été déclarées en faillite.

Cette circonstance laisse présumer une certaine méthode consistant à créer des sociétés et à organiser leur faillite sans qu'il ne reste plus aucun actif.

3.6. Le développement d'activités économiques sous la forme d'une société sans le moindre respect ni la moindre notion des dispositions légales en matière de droit des sociétés, de droit fiscal et de droit comptable, manifestement dans le seul but de profiter à titre purement individuel de la protection sociale offerte par la législation belge, constitue une faute grave et caractérisée dans le chef des premiers et deuxième défendeurs.

3.7. Vu l'intérêt personnel manifeste que les défendeurs ont poursuivi en créant et en dirigeant la société en tant que construction destinée à leur assurer des prestations sociales, d'une part, et à échapper à toutes les obligations fiscales, d'autre part, le tribunal conclut, en outre, que la faute grave et caractérisée retenue dans le chef des défendeurs a contribué à la faillite.

3.8. Dans le cadre de l'article 265 du Code des sociétés, la responsabilité des gérants est en principe individuelle, chacun des gérants étant responsable des conséquences de ses propres fautes.

Néanmoins, étant donné que les fautes retenues dans le chef des deux défendeurs sont complémentaires – la deuxième défenderesse, par négligence, ne s'est pas souciee le moins du monde de la société, tandis que le premier défendeur a «zappé» complètement toutes les dispositions de droit des sociétés, les dispositions fiscales et les dispositions comptables – on ne peut pas distinguer de responsabilité individuelle propre à chacun des défendeurs, de sorte qu'ils doivent être considérés comme solidairement responsables des dettes de la société faillie à concurrence de l'insuffisance d'actif que la demanderesse estime provisionnellement à un montant de 31.021,09 €.

305. **Fin de la mission de gestion et fin des responsabilités du dirigeant à l'égard des tiers**
366. **Responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts**

N° 847. – *Comm. Bruges, 8 mai 2006*¹⁻²

Présentation: Ce jugement retient l'attention à un double titre.

Tout d'abord, il examine la responsabilité du gérant actuel et l'absence de responsabilité de l'ancien gérant, vendeur de parts, dans le cadre du financement par une SPRL de l'acquisition de ses parts par un tiers, en violation de l'article 329 du Code des sociétés (ancien art. 128ter des LCSC). Ensuite, il apporte un éclairage relativement à la détermination de la fin de la mission d'un dirigeant et de la fin corrélatrice de sa responsabilité. En l'espèce, la démission de l'ancien gérant a été publiée tardivement. Cepen-

847.-1. Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.
2. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Cour. fisc.*, 2006, liv. 17, p. 759 et note L. VANHEESWICK et F.J.F., 2007, liv. 5, p. 415 et est commentée dans le présent ouvrage dans la contribution de Mes P. KILESTE et C. STAUDT sous le numéro 836.

dant, le tribunal considère que ce retard ne permet pas à l'Etat belge d'engager la responsabilité de l'ancien gérant pour violation de la loi, l'Etat n'étant pas titulaire d'une créance à l'égard de la société et n'ayant posé aucun acte au moment où la connaissance ou l'ignorance de cette démission aurait pu être relevante.

Sommaire:

La sanction liée aux infractions prévues à l'article 329 C. Soc. (financement de l'acquisition des parts sociales grâce aux moyens de la société) est la nullité de l'opération, qui peut être demandée par tout tiers intéressé puisque cette règle touche l'ordre public. La cession des parts sociales pourrait elle-même être touchée par cette nullité s'il apparaissait que toutes les parties, en ce compris le vendeur des parts sociales, étaient parfaitement conscientes de l'infraction.

En l'espèce, l'Etat belge n'a pas demandé la nullité de l'acquisition des parts. Il ne pouvait d'ailleurs pas la demander dans le cadre de la procédure pendante devant le tribunal puisque l'acheteur des parts et la société n'étaient pas impliqués dans la procédure.

Le vendeur des parts sociales ne peut pas être considéré comme responsable, en tant qu'ancien gérant, du financement illicite de l'acquisition des parts sociales de la société. L'infraction à l'article 329 C. Soc. n'a en effet pas été commise par lui, mais par celui qui lui a succédé au poste de gérant. Le fait que la démission du vendeur en tant que gérant a été publiée de façon tardive ne permet pas à l'Administration d'invoquer la responsabilité du vendeur en tant que gérant. L'Etat belge n'est pas lui-même une partie qui, au moment où la connaissance de cette démission aurait pu être relevante, a posé un acte quelconque.

Le défaut d'opposabilité d'une démission non publiée ne s'applique pas à l'égard de ceux qui détiennent une créance sur la base d'un *quasi-délit*, d'un acte illicite ou de la loi.

Le tribunal ne peut aucunement déduire que la société était dissoute de plein droit par l'extinction de la chose (en l'espèce par la vente des actifs constitués par le fonds de commerce) au sens de l'article 1865, 2° du C. civ. de l'époque (actuellement art. 39, 2° du C. soc.). On ne peut simplement étendre en droit l'application de ce texte pour combattre les conséquences sociales fâcheuses d'agissements frauduleux. La règle est de stricte interprétation. Nonobstant ce qui précède, ce n'est pas parce que la société aurait été dissoute de plein droit que le défendeur en aurait été le liquidateur «de fait». C'est sur la base des faits qu'il faut retracer qui était le liquidateur de fait. Il ne s'agit pas nécessairement du gérant en fonction au moment de la dissolution.

Par le recours à des fonds de la société pour financer l'acquisition de parts sociales de la société elle-même, le fisc ne peut avoir subi de dommage plus important que le montant des sommes soustraites indûment à l'entreprise.

Le tribunal estime que le défendeur (à savoir l'ancien gérant) ne peut être tenu pour responsable en tant que gérant pour cette opération. Ce n'est pas le défendeur en sa qualité de gérant, mais bien le nouveau gérant qui a commis l'infraction après sa désignation comme nouveau gérant. De l'avis du tribunal, il n'est en l'occurrence pas prouvé que le défendeur était au courant de ce que le repreneur des parts, en l'espèce le nouveau gérant, avait l'intention de perpétrer la fraude.

Il n'est pas davantage prouvé que le défendeur savait que l'acheteur ferait financer de manière illégitime le paiement du prix de la reprise des parts par la société même. Il ressort en effet du plan en étapes présente (dont il n'est au demeurant pas prouvé que le défendeur en avait connaissance) que l'argent parvenu au vendeur provenait d'une vente simulée des parts. Si cette opération avait correspondu à un acte réel, il n'y aurait pas eu de méconnaissance de l'article 128ter des LCSC de l'époque. Le gérant précédent était un tiers par rapport à cette opération, si bien qu'il pouvait prendre pour réelle l'action simulée. Même s'il n'était pas au courant de la simulation, cela n'implique pas encore qu'il était conscient ou qu'il aurait dû être conscient de la perpétuation de quelque infraction que ce soit à l'article 128ter des LCSC.

Parties: Etat belge (Ministère des Finances) c/ X.

Cette décision est également commentée sous le numéro 836.

327. Juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants

N° 848. - Comm. Hasselt (3^{ème} ch.), 16 février 2006¹

Présentation: Dans le cadre de la faillite d'une SPRL, le curateur tente d'engager la responsabilité de ses dirigeants *de droit et de fait* devant le tribunal de commerce qui a prononcé la faillite. La compétence matérielle de la juridiction saisie est cependant contestée par l'administrateur de fait, qui soutient qu'il n'est ni commerçant ni gérant («officiel») de la SPRL, ce qui exclurait qu'il soit attiré devant une juridiction commerciale. C'est à bon droit que le tribunal rappelle que la juridiction consulaire est exclusivement compétente pour connaître 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 en vertu de l'article 574, 2° du Code judiciaire, l'action en comblement de passif entrant dans cette hypothèse.

Sommaire:

L'action que le curateur intente sur la base de l'article 265 C. soc. à l'encontre des administrateurs d'une société est une action qui naît de la faillite et pour laquelle le tribunal de commerce est par conséquent compétent (art. 574, 2° C. jud.).

Parties:

M. Schnuers *qualitate qua* SPRL Windows & Doors Partners c/ E. Smeulders et H. Steijlen.

848.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.D.C.*, 2007/6, p. 604 et *R.W.*, 2006-07, liv. 25, 1053.

Décision:

(...)

1. Par jugement du 3 novembre 2005, la SPRL Windows & Doors Partners a été déclarée en faillite.

Le curateur estime que des fautes ont été commises dans le cadre de l'administration de la société.

C'est pourquoi il a cité le gérant, premier défendeur, ainsi que la personne qui assurait l'administration de fait de la société, deuxième défendeur.

Le curateur considère que les défendeurs sont responsables du dommage que leurs fautes ont causé, sur base des articles 98, 267 et 263 (lire 265) du Code des sociétés et des articles 1382 et 1383 du Code civil.

2. À l'audience du 26 janvier 2006, la compétence matérielle du tribunal du commerce a été contestée.

Plus précisément, il a été soulevé que le deuxième défendeur n'était ni un commerçant ni un gérant, de sorte que, sur base de l'article 514, 1° du Code judiciaire, le tribunal du commerce n'était pas compétent pour connaître de l'affaire.

Les parties ont donné leur accord pour que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal de première instance de Hasselt.

3. Conformément à l'article 574, 2° du Code judiciaire, le tribunal du commerce connaît 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.

Le tribunal du commerce est exclusivement compétent pour connaître de pareilles actions, de sorte que sa compétence touche à l'ordre public.

L'action du curateur est notamment fondée sur l'article 263 (lire 265) du Code des sociétés. Cet article sanctionne les fautes graves de gestion commises par les gérants ou par les gérants de fait, qui ont manifestement contribué à la faillite.

Pareille action rentre dans le champ d'application de l'article 574, 2° C. jud., étant donné que:

- pour pouvoir faire application de cet article, une faillite est requise et qu'il s'agit donc bien d'une contestation née de la faillite;
- les éléments de solution de la contestation peuvent être trouvés dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites, puisqu'il y a lieu d'apprécier si les fautes graves commises par les gérants ont manifestement contribué à la faillite (E. JANSSENS, «De rechtbank van koophandel als bevoegde rechter inzake vennootschapsgeschillen (artikel 574, 1° en 2° Ger. W.)», *T.R.V.*, 2000, 412).

En conséquence, il ne peut pas être fait droit à la demande des parties de renvoyer la cause au Tribunal de première instance de Hasselt.

330. Décision d'introduire une action sociale contre le dirigeant d'une société

N° 849. - Anvers (5^{ème} ch.), 12 octobre 2006¹

Présentation: Dans le cadre de l'achat par une société anonyme de ses propres actions en violation de l'article 620, § 1 du Code des sociétés se pose la question de la responsabilité de son dirigeant.

Sommaire partiel: Une demande en garantie à l'encontre de l'administrateur délégué de la société bénéficiaire, fondée sur la responsabilité des administrateurs, est irrecevable puisqu'il n'est pas établi que l'assemblée générale ait décidé d'intenter l'action sociale.

Parties: Kilimanjaro Denk & Doe Compagnie SPRL et K. Cartuyvels c/ SA Axtron Group et W. Willemoens.

Décision:

La SA AXTRON GROUP demande que Monsieur WILLEMOENS² la garantisse contre toute condamnation qu'elle encourrait à l'égard de la SPRL KILIMANJARO DENK & DOE COMPAGNIE et de Monsieur CARTUYVELS.

Il ressort clairement du contenu de ses conclusions que le fondement de cette demande de garantie est la responsabilité de dirigeant de Monsieur WILLEMOENS.

Vu que la SA AXTRON GROUP n'établit pas que l'assemblée générale a décidé d'intenter l'action sociale, cette demande ne peut être reçue.

¹ 849.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Limb. Rechtsl.*, 2007, liv. 1, p. 27 et note, R.W., 2007-08, liv. 17, p. 708, R.D.C., 2007, liv. 2, p. 187 et T.R.V., 2007, liv. 1, p. 54 et note R. TAS.

² NDLR: son administrateur délégué qu'elle a cité en intervention forcée et garantie dans le cadre de la procédure.

OBSERVATIONS

La décision d'introduire une action sociale

Hors l'hypothèse de l'action minoritaire³, c'est l'assemblée générale qui décide d'introduire une action en responsabilité contre les administrateurs et gérants; compétente pour accorder la décharge, elle est en effet également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale, comme l'a souligné la Cour de cassation dans un arrêt du 25 septembre 2003⁴.

Cette décision doit intervenir *avant* l'introduction de la demande en justice⁵; elle est exigée *même dans les sociétés familiales*⁶.

Pour que l'action en responsabilité du dirigeant envers la société qu'il gère soit jugée recevable par une juridiction, celle-ci doit vérifier que l'organe compétent, à savoir l'assemblée générale, a décidé *expressément* qu'une action sera introduite.

Il s'agit donc d'une question de *recevabilité*, et plus précisément du pouvoir d'introduire une procédure judiciaire au nom de la société⁷. En effet, les articles 289 (SPRL), 415 (SCRL) et 561 (SA) précisent que la demande ne peut être introduite qu'après la décision de l'assemblée générale; en l'absence d'une telle décision, la société (via ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la *qualité* nécessaire au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire l'action sociale. En restreignant leur pouvoir de représentation, les articles 289, 415 et 561 du Code des sociétés constituent dès lors une limitation légale à la compétence du conseil d'administration et des gérants. Cette limitation du pouvoir de représentation de l'organe *est non seulement opposable aux tiers mais peut également être invoquée par ceux-ci à l'encontre de la société*⁸.

Dans la mesure où la qualité du demandeur doit être appréciée au moment où il introduit l'action, la ratification ultérieure de la demande par l'assemblée ou les curateurs ne peut faire obstacle à l'irrecevabilité de la demande.

Par contre, lorsque c'est le curateur qui introduit l'*actio mandati*, aucune délibération préalable de l'assemblée générale n'est requise⁹.

3. Art. 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés.

4. Cass. (1ère ch.), 25 septembre 2003, *DAOR*, 2004, liv. 67, p. 44 et note, *T.R.V.*, 2004, liv. 1, p. 35 et note J. VANANROYE et *R.D.C.*, 2005, p. 382 et note S. GILCART intitulée «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale»: Lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de l'assemblée générale, l'action sociale dirigée contre l'administrateur d'une société au nom de la société peut être rejetée à la demande de cet administrateur, même si elle a été portée devant le tribunal à l'intervention d'un organe compétent; Anvers, 1er mars 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 615; Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184 et *JDSC*, 2001, n° 314, p. 191 et note M.A. DELVAUX; Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et note B. VAN BRUYSTEGEM et *JDSC*, 2002, n° 378, p. 87 et note J.-F. GOFFIN et E. VIATOUR; voir également J. RONSE, J.-M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, «Vennootschappen (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, n° 259, p. 1280; voir également J. RONSE et al., «Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, n° 203, p. 824; K. BYTTEBIER, «II, Vennootschappen, De N.V.», in *Recht voor de Onderneming*, II.31, p. 42.

5. Voir notamment Comm. Hasselt (1ère ch.), 8 mars 2000, *JDSC*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et *T.R.V.*, 2000, p. 184.

6. Comm. Hasselt (3ème ch.), 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note de B. VAN BRUYSTEGEM qui suit cette décision, intitulée «Over de bekrachtiging van een actio mandati», p. 188 et s.

7. Anvers, 1er mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *DAOR*, 2000, n° 54, p. 126.

8. S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», (note sous Cass. (1ère ch.), 25 septembre 2003), *R.D.C.*, 2005, p. 386. L'auteur rappelle que les limites statutaires aux pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont par contre qu'une portée interne et ne peuvent être opposées aux tiers ou invoquées par eux.

9. J. RONSE, J.-M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, *o.c.*, n° 262, p. 1281.

A noter que la décision d'intenter l'*actio mandati* à l'encontre des membres du comité de direction d'une SA appartient au seul conseil d'administration. Cette solution découle des travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002¹⁰.

En l'espèce, la SA AXTRON GROUP ne pourra couvrir l'irrecevabilité de l'action en garantie qu'elle a introduite. Il lui appartient donc de réunir une assemblée générale extraordinaire mettant à l'ordre du jour ce point relatif à la mise en cause de la responsabilité de son administrateur délégué, puis de lancer une nouvelle citation en intervention et garantie, tout en veillant à ce que son action ne soit pas prescrite. Pour rappel, l'article 198, alinéa 4 du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants¹¹ se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de ce fait-ci lorsqu'il a été cité par dol¹².

Responsabilité envers la société pour violation du Code ou des statuts

Action minoritaire

Hypothèse d'une opposition d'intérêts au sein du conseil d'administration

N° 850. – Anvers, 2 mars 2006¹

Présentation:

Cet arrêt fournit une illustration très intéressante – car peu fréquente – d'action minoritaire, la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société étant engagée dans un contexte également peu fréquent. Un actionnaire minoritaire d'une SA introduit une action en responsabilité contre deux administrateurs de celle-ci ainsi que son commissaire réviseur au motif qu'ils auraient agi en méconnaissant l'intérêt de la société gérée, qui aurait subi un dommage lors de la vente de sa participation dans une société tierce, participation qui constituait son unique actif. Sa demande étant rejetée en premier degré de juridiction, l'actionnaire minoritaire introduit une requête d'appel qui donne lieu à l'arrêt annulé. Les administrateurs vont tenter de se dégager de toute responsabilité en soutenant essentiellement que ce n'est pas eux qui ont pris la décision de préférer tel acquéreur de parts plutôt que tel autre, mais bien l'assemblée générale; ils n'auraient agi eux-mêmes que comme des exécutants de la décision prise en assemblée. Elle distingue trois décisions prises par le conseil d'administration: vendre les actions, soumettre à l'assemblée générale le choix de l'acquéreur parmi les deux offres formulées, et

10. *Doc. Parl.*, Ch., 2002-03, n° 1211/1001, p. 13.

11. Ainsi que contre les membres du conseil de direction et les membres du conseil de surveillance d'une société européenne, depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne (voir l'art. 15).
12. Sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer selon que les défendeurs ont ou non pris part au dol (Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 143).
850. – 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *J.R.V.*, 2007, p. 192 et note C. CLOTTENS et également dans le présent ouvrage dans la contribution de Mme M.-C. ERNOTTE sous le numéro 840.

enfin rédiger puis signer le contrat de vente avec l'acquéreur choisi. La cour considère que les dirigeants ont transgressé les compétences légales et statutaires (l'assemblée générale n'était pas compétente pour prendre la décision de vendre la participation à un tiers) et ne se sont pas limités à un simple acte d'exécution lorsqu'ils ont choisi un acquéreur dont l'offre était moins avantageuse, violant ainsi l'intérêt de la société gérée.

La cour responsabilise ainsi les dirigeants, qui avaient visiblement souhaité éviter toute conséquence fâcheuse liée au choix de l'acquéreur en *refilant la patate chaude* à l'assemblée générale; elle considère en effet que les administrateurs devaient prendre eux-mêmes une décision, et auraient pu si nécessaire se départir de celle de l'assemblée, ou encore démissionner.

Les dirigeants soutenaient d'ailleurs que l'action minoritaire était non recevable parce que l'actionnaire minoritaire avait marqué son accord avec la décision de faire trancher par l'assemblée générale le choix de l'acquéreur, la vente ultérieure n'étant qu'une exécution de cette décision. La cour rejette cet argument en soulignant que les dirigeants devaient prendre la responsabilité de la décision, et non se retrancher derrière un choix de l'assemblée générale. Jamais l'actionnaire minoritaire n'a d'une quelconque façon renoncé à engager la responsabilité des dirigeants.

La cour exclut par contre l'existence d'un conflit d'intérêts du fait que les deux dirigeants étaient également des travailleurs de l'actionnaire majoritaire d'une des parties intéressées par la transaction, puisque cela ne signifie pas, selon elle, qu'ils avaient – même indirectement – un intérêt de nature patrimoniale opposé à la décision à prendre.

La cour condamne donc les deux administrateurs qui ont commis une faute manifeste en ratifiant et en exécutant la décision de l'assemblée générale de vendre la participation à l'acquéreur le moins intéressant pour la société: ils doivent verser à celle-ci l'indemnisation de son dommage, s'identifiant à la différence de valeur entre les deux offres formulées, soit plus de 215.000 €.

Sommaire partiel:

L'excès de pouvoir non justifié de l'assemblée générale ne libère pas les administrateurs de leur propre responsabilité de respecter la loi et les statuts et d'exercer leur fonction dans l'intérêt de la société. Ils ne peuvent donc se retrancher derrière le moyen de défense selon lequel ils ne sont que les exécutants de la décision de l'assemblée générale. La décision de l'assemblée générale n'empêche pas en effet que les administrateurs eux-mêmes doivent également prendre une décision soit de ratifier la décision de l'assemblée générale en y donnant exécution (ce qui impliquerait la ratification par l'organe de la société compétent en la matière), soit de s'y résigner (sur la base de la constatation que cette décision a été prise par un organe de la société incompétent à cet effet et n'était pas conforme à l'intérêt de la société), soit en démissionnant le cas échéant.

Il ressort de la comparaison (détaillée) des propositions des deux candidats acheteurs que l'intérêt de la société exigeait une vente de la participation en question au candidat acheteur non retenu. Par conséquent, les administrateurs ont commis une faute manifeste en ratifiant et en

exécutant la décision de l'assemblée générale et en donnant ainsi priorité à l'offre qui profiterait principalement aux intérêts de l'actionnaire majoritaire qu'ils représentent en fait au détriment de l'intérêt social propre du vendeur.

SA Minco c/ SA Selloco en liquidation, Janssens, Kjaassens et SCRL
Parties: Peeters en CO (noms imaginaires).

Cet arrêt est publié ci-avant au numéro 840 sous le verbo «390. Intérêt purement fonctionnel». La décision dont appel, émanant du Tribunal de commerce d'Anvers et datant du 26 mars 2004, est également publiée ci-après au numéro 857 sous le verbo «550. Responsabilité aggravée en cas de violation du C. soc. ou des statuts».

367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil

N° 851. - Civ. Marche-en-Famenne, 13 décembre 2007¹

Présentation:

Ce jugement a été prononcé dans le cadre d'un litige devenu «classique» depuis quelques années: l'Elat Belge, Ministère des Finances, assigne les anciens dirigeants d'une société commerciale dont la faillite a été clôturée pour obtenir le paiement de la dette fiscale de la société faillite non encore apurée, estimant leur responsabilité engagée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil et des dispositions particulières du Code des sociétés. En cours de faillite, cette action est souvent réservée au curateur, représentant la masse des créanciers, dans la mesure où on considère généralement que l'Elat ne justifie pas d'un préjudice particulier, mais dès la clôture de la faillite, l'Elat assigne régulièrement les anciens dirigeants, souvent surpris de cette démarche alors que de nombreuses années se sont parfois écoulées depuis le jugement déclaratif de faillite, ce qui pose notamment la question de la prescription. En l'espèce, et au terme d'une motivation que nous approuvons en tous points, le juge saisi déboute l'Elat belge en considérant que sa demande est prescrite.

Sommaire:

Les termes de l'article 198 du Code des sociétés instaurent une prescription quinquennale des actions en responsabilité contre les dirigeants de sociétés commerciale sont généraux et s'appliquent à toutes les actions intentées contre les administrateurs du fait de leurs fonctions, quelle qu'en soit la base légale. Cette prescription particulière déroge au principe général de l'article 2262bis du Code civil.

851.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte le numéro de R.G. 06/399/A.

L'article 2248 du Code civil stipulant que la prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrit ne peut être opposé aux anciens dirigeants d'une société faillie dont le curateur aurait reconnu la dette fiscale, le curateur ne représentant que la société faillie et non ses administrateurs considérés par l'Etat comme les (nouveaux) débiteurs de sa créance.

L'article 2251 du Code civil disposant que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans une exception établie par la loi, ne peut s'appliquer à l'action en récupération d'une créance fiscale introduite par l'Etat contre les anciens dirigeants d'une société faillie puisque aucune loi ne suspend la prescription à l'encontre d'un failli, ni à l'encontre des administrateurs d'une société faillie, durant la liquidation de la faillite. L'adage selon lequel la prescription d'une action ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité d'exercer cette action par suite d'un empêchement résultant de la loi ne constitue pas un principe général du droit.

Parties: Etat belge c/ M. Son, A. Cambron, Ph. Gatin et C. Ledoux.

Décision:

(...)

1. Antécédents

Les défendeurs, Messieurs Son, Gatin et Cambron et Madame Ledoux étaient les administrateurs de la SA GATIN ESPACES MEUBLES.

Cette société avait été fondée par Monsieur et Madame Gatin-Ledoux le 10 mars 1989. La dénomination avait été modifiée le 28 décembre 1993. Le 8 mars 1998, le capital social avait été porté de 1.250.000 FB à 13.250.000 FB. Messieurs Son et Cambron ainsi que l'épouse de ce dernier avaient été agréés en qualité d'actionnaires, tandis que Messieurs Son et Cambron étaient nommés administrateurs aux côtés de Monsieur Gatin et Madame Ledoux.

Il n'y a pas de contestation en ce qui concerne le déroulement chronologique des faits qui ont conduit à la présente instance. Il convient donc juste de noter que:

- Les 1^{er} février et 14 mars 1996, la société a fait l'objet d'un contrôle TVA pour les années 1991 à 1994. Un relevé de régularisation sera établi et signé pour accord le 4 novembre 1996. L'administration a délivré une contrainte pour 7.020.317 FB le 22 mai 1997, notifiée le 26 août 1997.
- Les 3 avril et 7 mai 1998, l'administration a procédé à un contrôle portant sur les années à 1997.
- Lors de l'assemblée générale ordinaire du 6 avril 1998, il est constaté l'impossibilité de terminer les comptes annuels et de les approuver, compte tenu du contrôle en cours; il est alors décidé de reporter la tenue de l'assemblée générale.
- Un relevé de régularisation sera établi et signé pour accord le 8 septembre 1998. Il porte sur un montant de 20.342.258 FB.
- Lors de l'assemblée générale du 14 septembre 1998, les comptes 1997 ont été approuvés, décharge a été donnée aux administrateurs, la perte a été reportée et il a été décidé de ne pas rémunérer les capitaux investis. En outre, diverses solutions ont été envisagées pour faire face à la situation vis-à-vis de la TVA, allant de l'augmentation de capital à la mise en faillite.

- Le 24 septembre 1998, l'administration a fait part à la société de ses conditions quant au paiement de la dette.
- Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 13 novembre 1998, la société décide de se déclarer en cessation de paiement.
- La faillite sera déclarée le 16 novembre 1998.
- Le 24 mai 2000, le curateur a fait savoir à l'Etat Belge qu'il n'avait constaté aucune fraude ou faute caractérisée dans le chef des administrateurs et qu'il n'envisageait pas d'introduire une action en responsabilité, qui, à son estime, n'avait aucune chance d'aboutir.
- Par lettre du 12 septembre 2001, le curateur a fait savoir à l'Etat Belge que sa créance sera irrécouvrable.
- Le 15 novembre 2001, l'Etat Belge a cité les actuels défendeurs devant le Tribunal de Commerce de Marche-en-Famenne en paiement de la dette TVA de la société, estimant leur responsabilité engagée sur base des articles 1382 du Code civil, et 528 et 633 du Code des sociétés.
- Considérant que l'Etat Belge était en défaut de justifier d'un préjudice propre, le tribunal de commerce a jugé, le 21 octobre 2002, qu'il n'était pas recevable à agir contre les défendeurs, cette action en responsabilité résultant du monopole du curateur, les conditions d'une faute grave et caractérisée des administrateurs n'étant en outre pas rencontrées.
- La clôture de la faillite a été prononcée le 20 octobre 2003, la société a été déclarée inexcusable.

La citation introductive de la présente instance a été signifiée le 13 novembre 2006.

2. Objet de la demande

L'Etat Belge demande la condamnation solidaire et indivisible des défendeurs, les uns à défaut des autres, à lui payer la somme de 769.577,21 EUR à majorer des intérêts «mora-taires et judiciaires» et la condamnation des défendeurs aux dépens.

Les défendeurs soutiennent quant à eux que la demande est prescrite et sinon non fondée.

Messieurs Son et Gatín et madame Ledoux tiennent encore deux positions subsidiaires:

- A titre subsidiaire, ils postulent que la demande soit déclarée prescrite en ce qu'elle repose sur des prétendues fautes trouvant leur origine dans la contrainte référencée CTRI n° 196/1114/27692 décernée le 22 mai 1997 et notifiée le 26 août 1997 et soit déclarée non fondée pour le surplus, quelle que soit la base invoquée.
- A titre infiniment subsidiaire, ils demandent que le dommage ne puisse comprendre le montant porté par la contrainte n° 19811120/19148 ainsi que le montant total des amendes infligées par les contraintes 196/1114/27692 et 198/0911/34947 ainsi que les intérêts courant de la date de la clôture de la faillite à la date de la citation.

Ils demandent la condamnation de l'Etat Belge aux dépens.

3. Discussion - Quant à la prescription

L'Etat Belge recherche la responsabilité des défendeurs sur base des articles 1382-1383 du Code civil et 527-528 et 633 du Code des sociétés.

Il indique que l'article 2262bis du Code civil régit la prescription applicable à son action et que celle-ci n'est pas acquise.

En effet, une nouvelle prescription quinquennale aurait pris cours à chaque contrainte. Elle aurait en outre été interrompue tout d'abord par la signature des relevés.

Ensuite, la prescription aurait été suspendue et interrompue durant la procédure de faillite, dans la mesure où l'Etat Belge était dans l'impossibilité de poursuivre les administrateurs

jusqu'à la clôture de la procédure en faillite, ainsi qu'en atteste le jugement du 21 octobre 2002.

Il soutient que le courrier du curateur du 12 septembre 2001 emporte reconnaissance du fait contre lequel l'assujetti prescrit, puisqu'il dispose d'un mandat judiciaire. Il invoque encore la maxime *contra non valentem agere, non currit praescriptio* et l'autorité de chose jugée du jugement du 21 octobre 2002.

Monsieur Cambron considère que c'est l'article 198, § 1, alinéa 4 du Code des sociétés qui est applicable à la prescription des actions contre les administrateurs, quel que soit le fondement juridique de ces actions. Il invoque à cet égard l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 21 mars 2007. Il en déduit que la prescription a commencé à courir au plus tard au jour du jugement déclaratif de faillite, la prescription étant donc acquise le 16 novembre 2003.

Il relève que le curateur ne pouvait interrompre la prescription à l'encontre des administrateurs de la société faillie.

Il conteste, et cite à cet effet l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 2006, l'applicabilité à titre de principe général de droit, de l'adage *contra non valentem* ..., indiquant en outre que ce n'est qu'à l'égard du failli et non de ses administrateurs que les droits du créancier étaient suspendus par la faillite.

Messieurs Son et Gatin et Madame Ledoux estiment aussi que seul l'article 198 du Code des sociétés est applicable, de telle manière que le délai de prescription commence à courir au jour de la commission des faits ou de leur découverte s'ils ont été celés par dol. Ils invoquent un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1994 et l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 21 mars 2007.

Ils considèrent donc que chaque montant postulé était prescrit 5 ans après la signature du relevé de régularisation.

En ce qui concerne la responsabilité fondée sur l'article 633 du Code des sociétés, ils l'estiment prescrite 5 ans après la date à laquelle la perte de l'actif aurait dû être constatée, soit le 31 décembre 1997, prescription acquise le 31 décembre 2002.

En ce qui concerne l'interruption de la prescription, ils contestent au curateur le pouvoir de représentation des administrateurs. Ils rappellent pour le surplus que l'action intentée par citation du 15 novembre 2001 a été rejetée, de telle manière que la citation n'a pu interrompre la prescription (art. 2247 du Code civil).

Ils contestent l'autorité de la chose jugée du jugement du 21 octobre 2002 en ce qui concerne la prescription.

Rappelant en outre l'article 2251 selon lequel il ne peut y avoir suspension de la prescription que dans les cas exceptionnels limitativement prévus par la loi, ils contestent l'existence d'une telle cause en l'espèce, la Cour de cassation ayant dénié à l'adage le statut de principe général du droit.

Ils estiment que l'écoulement du délai de prescription n'est dû qu'à la négligence de l'Etat Belge, le surplus résultant d'une application normale de la loi telle qu'elle existait à l'époque.

4. Appréciation par le tribunal

Aux termes de l'article 198 du Code des sociétés, *sont prescrites par cinq ans: (...)*

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

Les termes de cet article sont généraux et s'appliquent donc à toutes les actions intentées contre les administrateurs du fait de leurs fonctions, quelle qu'en soit la base légale.

Cette prescription particulière déroge au principe général de l'article 2262bis du Code civil.

La justification objective de cette dérogation a été rappelée par l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 21 mars 2007 en ces termes: *Lorsqu'il a instauré le bref délai de prescription de cinq ans de l'article 198, § 1^{er} quatrième tiret du Code des sociétés, le législateur avait l'intention de ne pas laisser les administrateurs de sociétés trop longtemps dans l'incertitude concernant leur éventuelle responsabilité pour des fautes commises dans l'exercice de leur mandat. Il craignait que dans le cas contraire, seul un nombre restreint de personnes eussent été disposées à assumer des fonctions à responsabilité. Il estimait par ailleurs qu'on peut raisonnablement demander aux personnes désireuses d'intenter une action en responsabilité qu'elles le fassent à un moment qui ne soit pas trop éloigné du moment de l'accomplissement des faits qui ont provoqué le dommage, de façon à ce que les personnes mises en cause puissent encore se souvenir de ces faits et s'en justifier. 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 (c'est le tribunal qui souligne) le législateur a subordonné les intérêts privés des créanciers aux intérêts supérieurs des relations commerciales.*

Il en résulte que la prescription relative à la présente action a commencé à courir à partir des faits constituant la ou les fautes que reproche l'Etat Belge aux administrateurs de la société faillie.

Selon le fondement assigné par l'Etat Belge à son action, le délai de prescription quinquennale a donc commencé à courir:

- si la responsabilité est recherchée sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, les fautes consistaient dans les irrégularités commises révélées par les contrôles. La prescription aurait donc commencé à courir lorsque ces irrégularités ont été commises, soit au plus tard à la fin de la dernière période contrôlée, soit le 31 décembre 1997. Dans cette hypothèse, la prescription serait acquise le 31 décembre 2002;
- si la responsabilité est recherchée sur base des articles 527, 528 et 633 du Code des sociétés, la faute est consommée 2 mois après la date à laquelle a été ou a dû être constatée la perte de la moitié du capital social. Cette perte a pu être, au plus tôt, constatée lors de la clôture des comptes 1997. En pratique, elle n'a pu l'être qu'à la clôture des comptes, retardée par le fait de l'administration, en raison du contrôle opéré début 2008. En l'espèce, les comptes ont été clôturés avant le 14 septembre 1998, date à laquelle ils ont été approuvés. La prescription est dans ce cas acquise au plus tard le 14 novembre 2003.

L'Etat Belge ne peut être suivi lorsqu'il affirme d'une part que la prescription aurait été interrompue par la reconnaissance qu'a fait le curateur de la dette TVA et d'autre part que la prescription aurait été suspendue jusqu'à la clôture de la faillite.

En effet, selon l'article 2248 du Code civil, la prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait. Or, si le curateur représente, voire incarne la société faillie, pendant la durée de sa mission, il ne représente pas ses administrateurs, qui sont des personnes juridiquement distinctes de ladite société. La lettre du curateur du 21 septembre 2001 ne constitue donc pas une reconnaissance émanant du débiteur de la créance actuellement réclamée par l'Etat Belge.

D'autre part, l'article 2251 du Code civil dispose que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. L'Etat Belge invoque en vain se trouver dans une telle exception, aucune loi ne suspendant la pres-

cription à l'encontre d'un failli, ni à l'encontre des administrateurs d'une société faillie, durant la liquidation de la faillite.

La Cassation a fermement exclu la qualité de principe général de droit à la maxime *contra non valentem non currit praescriptio* en son arrêt du 30 juin 2006 en ces termes *l'adage selon lequel la prescription d'une action ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité d'exercer cette action par suite d'un empêchement résultant de la loi ne constitue pas un principe général du droit.*

Il en résulte qu'à défaut de disposition légale particulière suspendant la prescription durant la procédure de faillite, une telle suspension n'existe pas.

La demande de l'Etat Belge doit par conséquent être déclarée prescrite.

PAR CES MOTIFS:

Le Tribunal, statuant contradictoirement,
(...),

Dit la demande de l'Etat Belge recevable mais non fondée, en raison de sa prescription.

Le condamne aux dépens, liquidés (...)

OBSERVATIONS

L'action en responsabilité de l'Etat belge contre les anciens dirigeants d'une société commerciale après la clôture de sa faillite

Cette décision nous donne l'occasion de faire le point tant sur le délai de prescription que sur le fondement de l'action en responsabilité introduite par le fisc contre les anciens dirigeants d'une société commerciale dont la faillite a été clôturée sans que (la totalité de) l'ardoise fiscale ait été apurée.

1. Sur la prescription

L'article 198, § 1, alinéa 4 du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol. Le délai de 5 ans prend normalement cours à la date des faits, et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables, la prise de cours du délai différant donc du régime de droit commun instauré par l'article 2262bis du Code civil.

Dans chaque cas d'espèce il convient donc de vérifier quand ont été commis les faits reprochés aux dirigeants. La fin de la mission de ces derniers prend fin, *au plus tard*, à la date du jugement déclaratif de faillite, et est opposable aux tiers à compter de sa publication au *Moniteur belge*.

Si, comme en l'espèce, la réclamation de l'Etat porte sur de la TVA non payée, il faut vérifier quand l'activité de la société a pris fin (la date de la cessation de paiement peut être

prise en considération, mais ne semble pas être un élément suffisant à lui seul pour déduire que l'absence fautive de paiement de la TVA concerne des trimestres antérieurs à celle-ci).

La difficulté qui se présente lorsque l'action de l'Etat est introduite après la clôture de la faillite est celle de la prescription. En cours de faillite, et hors l'hypothèse de la faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite, l'action en responsabilité contre les dirigeants est en principe réservée au curateur, représentant la masse des créanciers, dans la mesure où on considère généralement que l'Etat ne justifie pas d'un préjudice particulier. Ne risque-t-elle pas alors d'être systématiquement prescrite à l'instant où l'Etat retrouve enfin le droit d'agir après la clôture de la faillite?

C'est ce que plaide généralement l'Etat, qui soutient que la prescription a été soit suspendue soit interrompue entre le jugement déclaratif de faillite et le jugement de clôture. En effet, durant cette période, l'Etat semble paralysé dans son droit d'action. Or le principe *contra non valentem agere, non currit prescriptio* signifierait selon lui que la prescription ne pourrait courir aussi longtemps qu'il ne peut valablement agir.

Cette argumentation ne nous convainc pas. On rappelle que la matière est uniquement régie par le prescrit de l'article 198, § 1, alinéa 4 du Code des sociétés qui prévoit que sont prescrites par 5 ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, (...) pour faits de leur fonctions, à partir de ces faits, ou s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

La Cour de cassation a confirmé dans son arrêt du 27 mai 1994² le principe selon lequel l'article 198, § 1, alinéa 4 s'applique à toutes les actions susceptibles d'être dirigées contre des administrateurs, quel que soit leur fondement juridique³. L'application de ce principe a été rappelée et consacrée par la Cour Constitutionnelle dans son arrêt du 21 mars 2007 cité par le jugement commenté⁴. 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 (Cass., 27 mai 1994, Pas., 1994, I, n° 270).

Il nous semble dès lors que la prescription de l'action de l'Etat à l'égard des dirigeants de société commerciale doit uniquement s'apprécier au regard de l'article 198, § 1, alinéa 4 du Code des sociétés, disposition générale et impérative qui est censée être applicable dans tous les cas, et que ce bref délai dérogeant au droit commun ne viole pas le principe constitutionnel d'égalité mais se justifie par l'intérêt du commerce, comme l'a rappelé l'arrêt de la 7^{ème} chambre de la Cour d'appel de Gand du 9 mai 2005⁵ en ces termes:

En l'espèce, la discussion lancée par le curateur à propos des délais de prescription abrégés, avec, en toile de fond, l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 21 mars 1995 (R.W., 1994-95,

2. Cass., 27 mai 1994, Pas., 1994, I, 270.
3. Voir également J. VAN RYN, Principes de droit commercial, I, 1^{ère} éd., 1954, n° 636, p. 405 et J.-F. GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., p. 169.
4. Cour d'Arbitrage, 21 mars 2007, arrêt n° 47/2007, *J.D.S.C.*, 2007 avec une note de M.A. DELVAUX intitulée «Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs».
5. Gand (7^{ème} ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, p. 480 et *J.D.S.C.*, 2007 avec une note de M.A. DELVAUX intitulée «Les trois missions du dirigeant et le délai de prescription de sa responsabilité».

1325)⁶, et sa suggestion de poser une question à la Cour d'Arbitrage quant à savoir si l'application aux fautes des administrateurs du délai de prescription de 5 ans de l'article 198, § 1^{er}, 4^o, du Code des sociétés, plutôt que l'application du délai de prescription de droit commun de l'article 2262 du Code civil, était source de discrimination, ne sont pas pertinentes.

La cour estime que l'article 198, § 1^{er}, 4^o, du Code des sociétés (ancien art. 194 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) ne viole pas le principe constitutionnel d'égalité. La ratio legis de ce délai de prescription de cinq ans – qui déroge au droit commun – est de ne pas laisser trop longtemps les administrateurs d'une société dans l'incertitude quant à leur responsabilité éventuelle pour des fautes qu'ils ont commises dans l'exercice de leurs fonctions et ce, dans l'intérêt du commerce (voir e.a. M. WYCKAERT dans une note sous Cass., 27 mai 1994, T.R.V., 1995, 54) (nous soulignons);

L'adage *contra non valentem*... dont se prévaut régulièrement l'Etat ne semble reposer sur aucune base légale et ne constitue même pas un principe général du droit, ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation dans un litige relatif à la prescription triennale du recours contre un assureur, le délai ayant couru contre des mineurs ne bénéficiant pas d'un représentant légal⁷, en ces termes:

L'adage selon lequel la prescription d'une action ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité d'exercer cette action par suite d'un empêchement résultant de la loi ne constitue pas un principe général du droit. (...) Pour le surplus, l'article 2252 du Code civil énonce que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. Cet article n'exige pas que ces autres cas soient déterminés par une disposition légale expresse. Il suffit que la volonté du législateur de déroger à la règle énoncée par l'article 2252 précité résulte de l'objet ou du but de la loi qui établit une prescription particulière. Il apparaît des travaux préparatoires de la loi du 11 juin 1874 que le législateur a voulu, par l'article 32 de cette loi, établir une «prescription réduite» afin de parer à «la disparition des preuves et des moyens de vérification». Ce but est étranger à la capacité juridique des parties. Il ne serait pas atteint s'il était loisible à l'assuré ou à ses ayants droit d'introduire une action dérivant de la police d'assurance de nombreuses années après l'événement qui donne ouverture à cette action. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que le mineur est ou non pourvu d'un représentant légal.

La Cour souligne qu'il faut avoir égard à la volonté du législateur de déroger à la règle de suspension de la prescription, volonté qui résulte de l'objet ou du but de la loi qui établit une prescription particulière; c'est bien ce qu'a constaté en l'espèce la Cour Constitutionnelle, dans son arrêt du 21 mars 2007 précité: *Le législateur avait l'intention de ne pas laisser les administrateurs de sociétés trop longtemps dans l'incertitude concernant leur éventuelle responsabilité pour des fautes commises dans l'exercice de leur mandat. (...) 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.*

6. On note que cet arrêt portant le n° 25/95 est relatif à la constitutionnalité de l'art. 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoyant que l'action civile résultant d'une infraction soit prescrite après cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise sans qu'elle puisse l'être avant l'action publique.

7. Cass., 30 juin 2006, J.L.M.B., 2006, 1622.

La volonté du législateur, dans l'article 198, § 1, alinéa 4 du Code des sociétés, d'établir une prescription réduite afin d'éviter de laisser les dirigeants dans l'incertitude et de leur permettre de se défendre dans un délai proche des faits qu'on leur reproche semble incon- testable. Ce but ne serait pas atteint s'il était loisible à un créancier d'introduire une action dérivant de la gestion d'une société tombée en faillite de nombreuses années après les faits qu'il reprocherait au dirigeant. On note d'ailleurs que certaines faillites sont ouvertes durant *plusieurs dizaines d'années*: on imagine dans quelles difficultés l'application inopportune de l'adage *contra non valentem* ... pourrait mettre les anciens dirigeants de sociétés faillies.

Précisons que si les droits de poursuites des créanciers individuels sont suspendus pendant la faillite, et peuvent être réactivés à sa clôture, c'est uniquement à l'égard du failli, et à concurrence de leur créance restant impayée; ces deux éléments font défaut dans l'espèce commentée puisque:

- d'une part, l'action n'est pas dirigée contre le failli, mais contre les dirigeants de la so- ciété faillie, ce qui n'est assurément pas la même chose;
- d'autre part, l'objet de la demande de l'Etat n'est pas d'obtenir le paiement de la dette d'impôt de la société, restant impayée à l'issue de la faillite, mais bien d'un soi-disant dommage découlant de la prétendue faute des dirigeants; ce dommage ne peut être assi- milé, ni dans sa nature ni dans son assiette, à la créance d'impôt litigieuse.

Dans un arrêt étonnant prononcé le 3 octobre 2002 relativement à une action en responsa- bilité similaire à l'espèce commentée, à savoir introduite par l'Etat belge contre un admi- nistrateur et fondée sur l'absence de versement du précompte professionnel, la Cour d'appel d'Anvers⁸ a reconnu le caractère particulier du préjudice de l'Etat, lui permettant d'agir en *cours de faillite* indépendamment de l'existence d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui serait indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la créanciers, au motif qu'il s'agirait d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui serait indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la société, en ces termes:

En tant que créancier individuel, l'appelant pouvait non seulement faire la déclaration de ses créances dans le cadre de la faillite, mais aussi tenter, pendant la faillite, une action contre l'intime, en sa qualité de gérant de la société faillie, en vue d'être indemnisé du dom- mage individuel subi, s'agissant d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui était indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la société. L'appelant souhaite être indemnisé d'un dommage particulier qu'il a lui-même subi et non d'un dommage qui aurait eu un effet sur tous les créanciers parce que, s'agissant d'un dommage que le gérant aurait fait subir au patrimoine de la société, il aurait diminué leur *gage commun*⁹. Ce n'est que pour ce type de dommage, qui n'est pas celui pour lequel l'appelant demande à être indemnisé en l'espèce, que le curateur détient un droit d'action exclusif en sa qualité de «représentant forcé» de la masse des créanciers.

Nous ne partageons pas ce point de vue et considérons au contraire que l'Etat se trouve sur le même pied que n'importe quel créancier faisant partie de la masse des créanciers, masse défendue exclusivement par le curateur en cours de faillite, hormis dans l'hypothèse de l'ac- tion en comblement de passif (faute grave et caractérisée ayant entraîné la faillite).

8. Anvers, 3 octobre 2002, *JDSC*, 2004, n° 582, p. 245 et *NyW*, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT.
9. En l'occurrence, le patrimoine social n'a pas diminué, et est même plus important que ce qu'il aurait dû être au vu de l'absence de versement par le gérant de la SPRL du précompte professionnel.

Néanmoins, les partisans de la thèse défendue par la Cour d'appel d'Anvers, thèse répétée dans ses arrêts des 21 juin 2005 et 9 novembre 2006 publiés ci-après sous les numéros 852 et 853, pourraient soutenir, *a pari causa*, dans l'espèce commentée que l'Etat belge aurait déjà pu agir en cours de faillite et qu'il ne pourrait dès lors valablement soutenir que la prescription de l'action en responsabilité aurait été suspendue pendant la durée de la faillite en vertu de l'adage *contra non valentem*... et de son impossibilité de poursuivre la responsabilité de la gérante pendant le cours de la faillite: s'il n'a pas agi en temps utiles, son droit d'action est prescrit ce qui rend son action recevable mais non fondée. Mais nous répétons que nous ne partageons pas cette analyse.

On rappelle que l'article 2251 du Code civil prévoit qu'il ne peut y avoir suspension de la prescription que dans les cas exceptionnels limitativement prévus par la loi. Aucune hypothèse n'est rencontrée dans l'espèce commentée. On ne peut dès lors que constater la prescription de l'action de l'Etat belge en recouvrement de sa créance d'impôt intentée contre les administrateurs.

2. Sur la responsabilité des dirigeants pour non paiement des dettes fiscales de la société

L'article 61, § 1 du Code des sociétés stipule que *les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société.*

Pour qu'un dirigeant de société soit condamné à assumer, sur son patrimoine propre, une dette de la société, il convient d'établir au préalable que sa responsabilité est engagée à l'égard du créancier de cette dette.

Si sa responsabilité aquilienne sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil peut être engagée à l'égard des **tiers extracontractuels** sous la seule condition d'établir sa faute et le lien de causalité avec le dommage, à l'égard des **tiers contractuels** la jurisprudence est plus exigeante. Deux conditions doivent en effet être remplies, l'une relative au *type de faute* qui peut lui être reproché et l'autre relative au *type de dommage* dont la réparation peut lui être réclamée. L'arrêt du 7 novembre 1997 de la Cour de cassation consacre en effet l'idée selon laquelle *lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel 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*¹⁰. L'immunité d'exécution dont bénéficie le dirigeant de société reçoit cependant exception lorsque la faute du dirigeant constitue une *infraction pénale*: la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 11 septembre 2001¹¹ que *lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer.*

10. Cass. (1ère ch.), 7 novembre 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 1093, *Bull.*, 1997, p. 1146, *JDSC*, 1999 (sommaire), p. 234 et note, *JDSC*, 2000, p. 5 et note M. COIPEL, *Pas.*, 1997, I, p. 1146, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153 et *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS.
11. Cass. (2ème ch.), 11 septembre 2001, *Arr. Cass.*, 2001, liv. 7, p. 1429 et *Pas.*, 2001, I, p. 1377. Voir également Cass. (1ère ch.), 1er juin 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, p. 1291, *Bull.*, 1984, p. 1202, *J.T.*, 1985, p. 256, *Pas.*, 1984, I, p. 1202 et *R.W.*, 1984-85, p. 478 et note; Cass. (1ère ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 244, *Bull.*, 1991, p. 216, *Pas.*, 1991, I, p. 216 et *R.C.J.B.*, 1992, 497, note R.O. DALCQ.

Les divers arrêts prononcés par la Cour de cassation depuis le 7 novembre 1997 en matière de responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil ayant parfois plongé les lecteurs dans le trouble et les interrogations, le Professeur Michel COIPPEL a clarifié le régime dans son excellent ouvrage du *Répertoire Notarial* consacré aux SPRL¹², en distinguant trois hypothèses:

- la mauvaise gestion du dirigeant a impliqué le non respect ou la mauvaise exécution d'un contrat par la société gérée;
- la mauvaise gestion du dirigeant a impliqué le non respect par la société gérée d'une de ses obligations légales à l'égard d'un créancier «institutionnel» ou d'un créancier «quasi-contractuel»;
- la mauvaise gestion du dirigeant a occasionné une responsabilité (*quasi*) délictuelle de la société gérée.

C'est la deuxième hypothèse qui retient ici notre attention: la mauvaise gestion d'un dirigeant qui a pour conséquence le non paiement par la société de ses impôts (de quelque nature qu'ils soient) ou cotisations sociales est susceptible d'engager sa responsabilité individuelle.

Qu'en est-il plus précisément de la déduction de la TVA par une société commerciale, comme en l'espèce? Le défaut de paiement peut-il être reproché au dirigeant?

L'article 2 du Code TVA prévoit que sont soumises à la taxe, lorsqu'elles ont lieu en Belgique, les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. La TVA est due sur les factures émises par les commerçants, que leur destination soit acquittée ou non. C'est cet élément qui pose le plus souvent difficulté dans le cadre des litiges semblables à celui qui a donné lieu au jugement commenté: souvent, la société a été déclarée en faillite parce que des clients ne payaient pas (ou plus) les factures qui leurs étaient adressées, soit parce qu'ils contestaient les avoir, soit sans la moindre justification. Cela signifie qu'une société peut émettre un grand nombre de factures sur laquelle la TVA est déclarée, alors même que ces factures ne sont jamais payées parce que refusées ou ignorées par les clients, ce qui implique que la TVA déclarée n'a jamais été effectivement perçue. On sait qu'il appartient en premier lieu au curateur de poursuivre les débiteurs de la société faillie pour récupérer de l'actif ainsi que la TVA. Bien souvent, lorsque les dirigeants sont assignés par l'Etat belge après la clôture de la faillite, ils ne connaissent pas précisément les fonds qui ont été récupérés par le curateur. Or à compter du jour où la faillite a été déclarée et le curateur désigné, les dirigeants n'ont plus eu le moindre pouvoir ni le moindre contrôle sur la gestion des avoirs de la société faillie et sur la récupération des créances. Ils sont donc tentés de soutenir que c'est à la société faillie, par le biais de son curateur à compter de la faillite, qu'il appartient de verser la TVA à l'Etat belge, dans la mesure de l'actif disponible.

Dans le cadre de la récupération du précompte professionnel comme de la TVA, l'administrateur fiscal a souvent tenté de mettre en cause la responsabilité des dirigeants sur la base du droit commun, afin de les contraindre à payer le précompte que n'avait pas acquitté la société dont ils constituent l'organe. La jurisprudence récente privilégie la thèse selon laquelle l'obligation de versement du précompte professionnel et de la TVA incombe uniquement à la société et qu'en soi, l'absence de paiement du précompte ou de la TVA ne constitue pas une faute de la société.

12. M. COIPPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Répertoire Notarial*, Tome XII, Livre 4, classeur 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-1, p. 485 à 489.

titue pas automatiquement une faute personnelle dans le chef de chaque dirigeant. Le non paiement d'impôts échus ne pourrait constituer une faute aquilienne du dirigeant que s'il procède d'un comportement frauduleux de leur part¹³. Citons en ce sens les décisions suivantes (les références au précompte professionnel pouvant s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la TVA qui nous occupe dans le jugement commenté):

- Civ. Turnhout, 14 juin 2002, *F.J.F.*, 2002, liv. 9, 723, *Cour. fisc.*, 2002 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 17, 564, note S. VERTOMMEN, *Fiscologue*, 2002 (reflet), liv. 852, 7 et *T.R.V.*, 2002, liv. 6, 461, note:

L'obligation de verser le précompte professionnel au Trésor incombe à la personne morale elle-même, et non à ses administrateurs. L'Administration ne peut donc pas contraindre les anciens administrateurs d'une ASBL à restituer le précompte professionnel non versé au Trésor.

- Comm. Malines, 14 novembre 2002, *T.R.V.*, 2002, liv. 8, 643, note D. DESCHRIJVER: L'article 270 CIR 1992 indique de façon limitative les débiteurs du précompte professionnel. Les administrateurs des SA n'y sont point nommés ni visés. Cela ne peut être davantage déduit de l'article 86 AR/CIR 92. Ainsi donc, *en cas de non-paiement du précompte professionnel retenu par la société, il n'y a pas de violation d'une disposition légale ou réglementaire fiscale spécifique imputée à ces administrateurs*; Les administrateurs ne sont personnellement responsables envers les tiers, qu'exceptionnellement notamment sur la base de l'article 1382 C. civ., que dans le cas d'une faute. Le comportement d'un administrateur doit être apprécié par rapport au comportement d'un gestionnaire normal et prudent placé dans les mêmes circonstances, à savoir en l'espèce celles dans lesquelles la société connaissait des difficultés de paiement dues à des causes externes et dans lesquelles les administrateurs essayaient d'une part de répartir les paiements entre tous les créanciers et tentaient d'autre part d'obtenir des crédits supplémentaires.
- Civ. Anvers, 24 février 2003, *T.F.R.*, 2003, liv. 249, 924 et <http://tfrnet.larcier.be> (19 novembre 2003), note S. DE GEYTER:

Le versement du précompte professionnel est une obligation qui repose sur la société elle-même et pas sur son gérant personnellement. Le gérant a bien commis une faute personnelle en affectant le précompte professionnel à d'autres fins. Malgré cet acte illégitime, l'action contre le gérant en personne a été déclarée non-fondée vu que le fisc ne prouve aucun dommage spécifique autre que l'absence de versement du précompte professionnel, ce qui constitue une obligation dans le chef de la société. A noter que nous déplorons qu'en l'espèce, partant sans doute d'une mauvaise compréhension de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 qu'il souhaite appliquer à une hypothèse totalement étrangère, le Tribunal Anversois ait recours à la notion de «dommage spécifique autre que» l'absence de paiement. L'arrêt précité ne s'applique qu'aux actions en responsabilité contre les dirigeants introduites par des créanciers contractuels de la société gérée, et non à des créanciers «institutionnels»¹⁴.

- Civ. Hasselt, 23 avril 2003, *Cour. fisc.*, 2003 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 12, 477, note S. VERTOMMEN, *T.F.R.*, 2003, liv. 249, 926 et <http://tfrnet.larcier.be> (19 novembre 2003), note S. DE GEYTER:

Le receveur n'établit pas que l'administrateur a manqué à ses obligations et ne s'est pas conduit comme un administrateur normalement prudent. Le tribunal est d'avis que l'ad-

13. Voir en ce sens D. DESCHRIJVER, «In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing?», *T.R.V.*, 2001, p. 554 et s. et Y. DECORDT et M.A. DELVAUX, «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», in X., *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 50 et 51.

14. Voir ci-avant et la distinction opérée de manière didactique par Michel COIPEL.

ministre a fait le nécessaire pour que la société respecte ses obligations fiscales. En s'adressant à un comptable, l'administrateur pouvait considérer que les obligations administratives de la société seraient remplies. S'il s'avère que le comptable s'est montré négligent, les irrégularités constatées ne peuvent cependant pas être imputées à l'administrateur. Il ressort du dossier que le comptable a toujours soutenu que la société avait respecté ses obligations fiscales. L'Administration n'a par ailleurs jamais informé directement l'administrateur d'une quelconque irrégularité. Le tribunal rejette également l'argument du receveur qui invoquait que le fait qu'au moment où les cotisations ont été effectivement recouvrées, tous les actifs de la société avaient disparu et que la société avait préalablement déplacé son siège social et modifié sa dénomination sociale, suffisait à rendre l'administrateur responsable du paiement des dettes fiscales de sa société.

On retient de ces décisions de jurisprudence que:

- la TVA est une dette de la société et non de ses dirigeants;
- l'Etat belge ne peut réclamer directement aux dirigeants le paiement de la TVA qui constitue une obligation dans le chef de la société faillie;
- la TVA est une dette d'origine légale, qui n'est donc ni contractuelle ni acquiescenne;
- les dirigeants ne pourraient voir leur responsabilité acquiescenne engagée que si une faute était établie dans leur chef;
- la faute s'apprécie au regard du comportement d'un gestionnaire normal et prudent placé dans les mêmes circonstances;
- l'absence de paiement de la TVA par la société gérée pourrait résulter de la mauvaise gestion de celle-ci par ses dirigeants, ce qui pourrait entraîner leur responsabilité.

Souvent, l'Etat belge considère que la responsabilité des dirigeants d'une société serait automatiquement engagée par le seul fait de la constatation du non paiement d'une dette d'impôt de la société. Cette thèse fait fi de tous les principes de base régissant la responsabilité de droit commun des administrateurs, qui reposent sur l'existence d'une faute en lien causal avec un dommage. Il appartient à l'Etat belge de rapporter l'existence d'une faute précise dans le chef des dirigeants, autre que la simple absence de paiement.

Souvent aussi, l'Etat belge soutient que les dirigeants se sont rendus coupables d'abus de confiance (art. 491 du Code pénal) en ne reversant pas à l'administration de la TVA la taxe perçue par la société gérée lors des paiements faits par ses clients.

Ce fondement nécessite que soit prouvée la réunion des éléments matériel et intentionnel constitutifs de l'infraction. En outre, si cette infraction d'abus de confiance devait être vérifiée, ce serait plus certainement dans le chef de la société faillie, et non dans celui de ses dirigeants. A noter également que les montants réclamés par l'administration de la TVA résultent généralement d'avis de régularisation qui portent sur de nombreux postes, dont des excédents de taxes déduits à l'entrée, des amendes et intérêts de retard, et pas uniquement sur de la TVA « reçue et non reversée au Trésor ».

Même si on acceptait l'idée souvent défendue par l'Etat belge selon laquelle se rend coupable de détournement le commerçant qui, ayant reçu paiement de la TVA, omet d'en remettre le montant à l'Etat, encore faudrait-il prouver que ce commerçant a réellement reçu la TVA. Ceci implique:

- d'une part, que l'Etat établisse que les fonds ont effectivement été versés par chacun des clients pour lesquels une facture a été émise durant la période litigieuse;
- d'autre part, que c'est bien les dirigeants, et non la société faillie, véritable débitrice de la taxe, qui peuvent être poursuivis pour avoir commis une infraction pénale.

Aussi longtemps que l'Etat n'établit pas que les dirigeants eux-mêmes ont effectivement commis un détournement de fonds, nulle faute ne peut leur être reprochée qui permettrait d'engager valablement leur responsabilité personnelle.

C'est à l'Etat que revient la charge de la preuve de la réalité de la commission des faits fautifs (fraude); à défaut d'établir ce «point de départ», la jurisprudence ne permet pas à l'Etat d'engager la responsabilité aquilienne des dirigeants.

Rappelons enfin le principe fondamental selon lequel *le doute profite toujours au prévenu*: dans la mesure où l'Etat belge est incapable d'établir l'infraction dont il se prévaut, ce n'est même pas de *doute* qu'il s'agit, mais d'une certitude d'*absence totale d'infraction pénale* dans le chef des dirigeants.

3. Sur l'importance du dommage réparable et sur la distinction entre la dette fiscale proprement dite et les amendes fiscales

Dans la mesure où l'Etat belge n'agit pas contre un débiteur de TVA, tenu de connaître et de respecter la réglementation TVA dans son ensemble, mais contre une *personne privée* dont il voudrait obtenir la condamnation sur pied de l'article 1382 du Code civil et *conformément au droit civil*, c'est à lui qu'il appartient d'établir avec précisions l'étendue de son dommage, conformément aux règles de la preuve (art. 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil).

Trop souvent, l'Etat tente de *renverser les rôles* en imposant aux dirigeants de vérifier si chaque euro est parfaitement justifié; serait-il trop habitué à son «privilège du préalable» qui lui épargne la preuve de ses réclamations? Et les dirigeants sont démunis puisque l'ensemble des documents a été remis au curateur dès sa désignation, leur mission prenant fin à ce jour; n'étant *pas personnellement* débiteurs de la TVA, due par la société gérée, on voit mal comment les dirigeants pourraient connaître le détail des sommes réclamées si le créancier ne les détaille pas lui-même.

D'autre part, puisque la demande ne vise pas le recouvrement de la créance de TVA à l'égard de la société faillie, mais bien l'indemnisation du dommage résultant d'une prétendue faute de ses dirigeants, il convient de préciser avec soin les éléments du dommage réparable. Il a été jugé que *les amendes TVA ont un caractère de sanction pénale, ainsi que le reconnaît une jurisprudence constante. Il est acquis que les amendes TVA constituent effectivement des sanctions pénales au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*¹⁵. Le tribunal a eu l'occasion de motiver sa position en précisant que tel est l'enseignement déduit de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 septembre 1997¹⁶. Cette jurisprudence est, en outre, largement relayée par la Cour Constitutionnelle qui, suite à ses arrêts des 24 février et 17 mars 1999, a dit pour droit que: «les amendes fiscales prévues à l'article 70, § 2 du Code de la TVA ont pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les redevables, sans distinction aucune, qui ne respectent pas les obligations imposées par le Code de la TVA. Le redevable connaissant à l'avance la sanction qu'il risque d'encourir, sera incité à respecter ses obligations. Le caractère répressif de la sanction «prédomine», (...). Le tribunal doit vérifier si les faits qui motivent l'amende sont prouvés et contrôler la légalité de la décision attaquée, mais il peut, dans l'interprétation que donne le juge *a quo* de l'article 70 du Code de la TVA, exercer sur la

15. Civ. Namur, 2ème Ch., 22 février 2000, www.fiscalnet.be.

16. N° 93/1996/712/909 affaire Garyfallou AEBE c. Grèce.

decision administrative contestée un contrôle de pleine juridiction (...)»¹⁷. La cour estime donc que les amendes fiscales en matière TVA ont principalement vocation à être répressives. Dans le même ordre d'idées, elle ajoute dans ses arrêts des 18 novembre 1992 et 30 juin 1999 que «Les droits et libertés reconnus aux Belges doivent en vertu de l'article 6bis de la Constitution être assurés sans discrimination. Ces droits et libertés contiennent les garanties résultant des principes généraux du droit pénal. Dans la mesure où ces principes s'imposent au législateur, ils s'appliquent indépendamment de la qualification de pénales ou de non pénales que la loi pourrait donner aux mesures qu'elle prescrit»¹⁸. Il faut retenir de cette jurisprudence que les amendes prévues à l'article 70 CTVA sont assimilables à des amendes pénales qui sanctionnent une infraction. Face à pareilles sanctions, les principes généraux du droit pénal sont pleinement applicables: une sanction à caractère pénal ne peut être opposée qu'à l'auteur de l'infraction; un principe constant de notre droit pénal moderne veut que l'on ne réponde pénalement que de son propre fait ou de sa faute personnelle¹⁹. Les amendes infligées à la société faillie, ainsi que les intérêts ayant cours sur le montant de ces amendes, ne peuvent donc, en tout état de cause, être considérées comme faisant partie du dommage dont la réparation est poursuivie à tort par l'Etat à charge des dirigeants.

Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil 367. et s.

N° 852. - Anvers (7^{ème} ch.), 21 juin 2005¹

Présentation: Divers éléments retiennent l'attention dans cet arrêt relatif à la mise en cause de la responsabilité aquilienne de trois dirigeants d'une SA.

D'une part, et c'est critiquable selon nous, la Cour d'appel d'Anvers reconnaît un droit d'action individuel à l'Etat en cours de faillite, au mépris du monopole du curateur qui représente la masse des créanciers. On rappelle que la même position avait été adoptée par la même cour dans un arrêt du 3 octobre 2002 relatif à une action en responsabilité similaire à l'es-pèce commentée, à savoir introduite par l'Etat belge contre un administrateur et fondée sur l'absence de versement du précompte professionnel².

D'autre part, la cour considère qu'il y a faute des dirigeants qui n'ont, sciemment et volontairement, plus payé le précompte professionnel et des taxes de circulation pesant sur la société gérée, octroyant ainsi à la société un faux crédit qui leur a permis de payer d'autres créanciers et de poursuivre l'activité déficitaire de la société.

Enfin, la cour rejette l'argumentation de deux des trois défendeurs souhaitant faire peser toute la responsabilité sur le troisième, qui se serait occupé

17. C.A., arrêt n° 22/99 du 24 février 1999, J.T., 1999, p. 445; C.A., arrêt n° 33/99 du 17 mars 1999, M.B., 23 juin 1999, p. 23.743.
18. C.A., arrêt n° 72/92 du 18 novembre 1992; C.A., arrêt n° 76/99 du 30 juin 1999.
19. T. LITANIE, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprises*, Séminaire VANHAM & VANHAM, 24 novembre 2006, p. 54.
- 852.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans R.W., 2006-07, liv. 31, p. 1286.
2. Anvers, 3 octobre 2002, J.D.S.C., 2004, n° 582, p. 245 et N/W, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT et voir notre note sous Civ. Marche-en-Famenne, 13 décembre 2007, au numéro 851.

de l'administration de la société et leur aurait fait croire que la poursuite des activités de la société était faisable. Ils ne peuvent en effet établir de manière convaincante qu'ils n'avaient pas connaissance de l'activité déficitaire de la société; à tout le moins ils auraient du réagir. Est également rejeté l'argument selon lequel l'Etat lui-même aurait été fautif en «ne faisant rien» alors qu'il connaissait la situation financière de la société. La cour rappelle notamment que les obligations à l'égard de l'Etat découlent directement de la loi, sans mise en demeure ou démarche quelconque de la part du créancier.

Sommaire: Les administrateurs ont commis une faute extracontractuelle en ayant accordé un faux crédit à la société par le non-paiement systématique et conscient du précompte professionnel, ce qui leur permettait de continuer à payer d'autres créanciers et de poursuivre l'activité déficitaire de la société. L'obligation de payer le précompte professionnel découle de la loi et ne dépend pas des mises en demeure et des mesures coercitives qui sont prises par les créanciers individuels.

Parties: Etat belge (Ministère des Finances) c/ N. et alii.

Décision:

(...)

2. Les faits

A partir du 30 décembre 1987, les défendeurs ont été les administrateurs (délégués) de la SA R.T., anciennement la SPRL T.V.R. et Fils. Le troisième défendeur était président du conseil d'administration, tandis que les premier et deuxième défendeurs étaient administrateurs délégués, chargés de la gestion journalière de la société. La société avait pour objet social le transport routier de marchandises.

Le 15 mai 1997, la société a été déclarée en faillite sur aveu par le Tribunal du commerce d'Anvers. Le curateur a fait savoir au demandeur qu'il ne recevrait aucun dividende en tant que créancier privilégié.

Au moment de la faillite, la société avait des dettes d'impôt considérables. Elle devait 10.327,43 € au titre d'arriérés de la taxe de circulation pour les exercices 1994, 1995 et 1996 et devait aussi 49.935,30 € au titre d'arriérés de précompte professionnel depuis 1993 jusqu'à la date de la faillite.

Le demandeur argue que le non paiement continu et systématique de ces impôts constitue un acte illicite dans le chef des défendeurs et que ceux-ci sont tenus d'indemniser le dommage qui en a résulté pour le Trésor.

La requête du demandeur vise à entendre condamner solidairement les défendeurs au paiement d'une indemnité de 68.911,83 €, à augmenter des intérêts judiciaires calculés sur un montant de 60.013,44 €. Alors qu'au départ le demandeur limitait sa demande à 1 franc provisionnel, il l'a ensuite élargie auxdits montants par voie de conclusions.

Le premier défendeur demande que la demande soit rejetée. Subsidairement, il demande au tribunal de dire que les taxes de circulation demeurées impayées ne pourront sous aucun prétexte être poursuivies dans le chef des administrateurs.

Les deuxième et troisième défendeurs demandent que la demande soit rejetée.

3. Jugement

a) La recevabilité de la demande

(...)

Les défendeurs invoquent que le demandeur ne peut pas, en tant que créancier individuel, introduire pour son propre compte une demande à l'encontre des administrateurs parce qu'ils auraient commis une faute. D'après les défendeurs, seul le curateur pourrait former pareille action en responsabilité.

La demande du demandeur est fondée sur l'article 1382 du Code civil. Il invoque qu'il a subi un dommage qui lui est propre à cause d'une faute qui – d'après lui – est imputable aux défendeurs. Le demandeur estime avoir subi n'a pas été causé par la faillite et ne consiste pas non plus en une atteinte au patrimoine de la société.

Le tribunal conclut que – parallèlement à la demande que le curateur pourrait introduire à l'encontre des administrateurs – le demandeur est autorisé à réclamer des dommages et intérêts pour le dommage qu'il a personnellement subi du fait des agissements illicites qu'il reproche aux administrateurs.

b) Le fond de l'affaire

Par application des articles 62, alinéa 1^{er}, et 63, alinéa 3 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (devenus l'art. 527 C. soc.), les administrateurs et les administrateurs délégués à la gestion journalière des sociétés anonymes sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Bien que la faute de gestion ordinaire revête en principe un caractère contractuel, il se peut que, dans certaines circonstances, elle constitue aussi une faute extracontractuelle conduisant à la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Pour ce faire, il faut que ladite faute de gestion constitue une violation d'un devoir de prudence qui s'impose à tous ou une violation d'une obligation légale ou réglementaire spécifique.

D'après les éléments qui lui sont présentés, le tribunal peut conclure que les défendeurs n'ont certainement pas agi comme on peut l'attendre d'administrateurs conscients.

Connaissant la mauvaise situation financière de la société, les défendeurs ont, depuis 1993 et 1994 jusqu'à la faillite, pratiquement cessé de payer le précompte professionnel retenu sur les salaires du personnel, ainsi que la taxe de circulation. En omettant sciemment et volontairement de payer ces impôts et en suspendant aussi tout paiement à l'ONSS, les défendeurs ont octroyé à la société un faux crédit qui leur a permis de payer d'autres créanciers et de poursuivre l'activité déficitaire de la société.

Les défendeurs observent que le secteur des transports est soumis à une forte concurrence et que l'économie était en berne. Ceci ne permet pas de justifier l'absence de paiement, pendant des années, du précompte professionnel et de la taxe de circulation. La mauvaise situation financière de la société requerrait au minimum de proposer et d'adopter des mesures drastiques de redressement, ce qui n'a clairement pas été le cas.

Tout indique que la tactique des défendeurs a consisté à poursuivre aussi longtemps que possible les activités de la société et, dans le même temps, à tenir à distance les créanciers les plus patients. Il est évident que la société n'aurait pas pu rassembler les fonds nécessaires pour payer la dette d'impôt. Le tribunal estime qu'en agissant ainsi, les défendeurs ont commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Le deuxième et le troisième défendeurs invoquent que seul N. s'est occupé de l'administration de la société. N. a fait comprendre aux deuxième et troisième défendeurs que la poursuite des activités de la société était faisable.

On ne peut pas croire que les deuxième et troisième défendeurs ne se sont pas préoccupés de l'administration de la société. Ces derniers ne peuvent pas sérieusement soutenir qu'ils n'avaient pas connaissance de l'activité déficitaire de la société. En ne réagissant pas, ils ont contribué fautivement à la réalisation du dommage.

Les défendeurs invoquent la responsabilité personnelle du demandeur qui aurait été au courant de la situation financière de la société et n'aurait rien entrepris.

Cet argument des défendeurs est faux. On ne peut pas oublier que le demandeur a offert aux défendeurs la possibilité de régulariser la situation en introduisant enfin les déclarations en matière de précompte professionnel et en commençant à payer les arriérés. N., qui était en contact avec le demandeur, lui a fait comprendre que la situation allait s'améliorer, que des paiements allaient être effectués ou avaient même déjà été effectués, qu'un des véhicules allait être vendu etc. Par ailleurs, l'obligation de payer le précompte professionnel et la taxe de circulation découle de la loi et ne dépend pas de mises en demeure ou de mesures contraignantes qui seraient prises par le fisc.

Le dommage subi par le demandeur à cause des agissements fautifs des défendeurs est suffisamment démontré et est égal au montant des impôts impayés. La faute des défendeurs réside entre autres dans le fait qu'ils ont maintenu inchangée pendant des années une situation déficitaire dont rien n'indiquait qu'elle allait s'améliorer, ce qui a conduit à de nouveaux impôts et donc à un accroissement du dommage.

Pour apprécier l'ampleur du dommage, le tribunal n'est pas lié par le jugement du tribunal du commerce qui a retenu la date du 15 novembre 1996 comme date de cessation de paiement. Bien avant cette date, la dette d'impôt avait déjà atteint un tel niveau qu'on ne pouvait plus raisonnablement espérer la récupérer. Si les défendeurs s'étaient consciencieusement préoccupés de l'administration de la société, la dette d'impôt n'aurait pas été aussi élevée et les créanciers privilégiés auraient sans doute pu obtenir un dividende dans le cadre de la faillite.

Le tribunal considère qu'il est démontré que chacun des défendeurs s'est rendu coupable de fautes concurrentes et les condamne donc tous les trois *in solidum* à l'indemnisation du dommage.

(...)

367. et s. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil

N° 853. - Anvers (5^{ème} ch.), 9 novembre 2006¹

Présentation:

A nouveau² dans cet arrêt, la Cour d'appel d'Anvers considère que l'Etat dispose d'un droit d'action individuel et se distingue par là des créanciers de la masse, défendus par le curateur.

La cour reconnaît la faute aquilienne des dirigeants qui n'ont, sciemment et volontairement, plus payé le précompte professionnel et des taxes de circulation pesant sur la société gérée, alors que cette dernière disposait des moyens financiers nécessaires pour le faire, préférant consacrer cet argent au remboursement d'autres créanciers. Le dommage à réparer s'identifie au «manque à gagner» découlant de l'absence de versement du précompte professionnel et de la taxe de circulation, et est évalué par la cour, par équivalence, au principal des sommes fiscales augmentées des intérêts, non contestés en l'espèce par les dirigeants³.

On retient que les dirigeants avaient tenté de s'appuyer sur la loi-programme du 20 juillet 2006 introduisant une responsabilité fiscale des administrateurs pour les dettes de la société en matière de précompte professionnel et de TVA, pour tenter de soutenir qu'avant son entrée en vigueur, les administrateurs ne pourraient porter aucune responsabilité pour les impôts impayés par la société. La cour balaie cet argument en soulignant que ladite loi a uniquement permis de clarifier la situation en vue d'assurer une certaine sécurité juridique dans un contexte doctrinal et jurisprudentiel assez flou, et en rappelant que la responsabilité des dirigeants pour faute était déjà reconnue bien avant cette nouvelle loi.

Sommaire:

En tant que créancier individuel, le fisc n'a contre les administrateurs d'une société faillie qu'une action en responsabilité pour préjudice particulier qui diffère du préjudice causé au gage commun des créanciers. Le préjudice individuel est présent si le fisc exige des dommages et intérêts suite aux impôts que la société n'a pas payés, nés après la poursuite manifestement déraisonnable des activités déficitaires de la société. Les administrateurs sont responsables *in solidum* à l'égard du fisc s'ils n'ont sciemment pas payé ces impôts pendant des années, sans aucune concertation avec le fisc et sans probabilité que ce précompte professionnel aurait normalement pu être payé dans un court délai.

853.-1.

1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *J.R.V.*, 2007, liv. 2, p. 139.
2. Voir l'arrêt publié ci-avant au numéro 853 ainsi que Anvers, 3 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 582, p. 245 et *N/W.*, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT citée dans notre note sous Civ. Marche-en-Famenne, 13 décembre 2007, au numéro 851.
3. Sur la question du dommage réparable, voir la note intitulée «L'action en responsabilité de l'Etat belge contre les anciens dirigeants d'une société commerciale après la clôture de sa faillite» et publiée ci-avant au numéro 851.

Parties: L.N. c/ Etat belge.

Décision:

(...)

2. Jugement

I. Le premier juge a déclaré la demande recevable sur base de motifs bien jugés qui ne sont pas contestés par les administrateurs et que la cour fait siens.

La cour y ajoute seulement ce qui suit.

Sous réserve de la déclaration de sa créance dans la faillite de la SA ROECKENS TRANSPORT, le fisc pouvait aussi, en tant que créancier individuel, introduire, pendant ladite faillite, une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs précités de la société déclarée en faillite, afin d'être indemnisé du dommage individuel qu'il a subi, qui est né avant la faillite et qui est indépendant du dommage causé au patrimoine de la société. Le curateur de la faillite était uniquement compétent pour introduire, pendant la faillite, les actions en dommages et intérêts découlant du dommage causé au gage commun des créanciers, qui réside dans le fait que le passif de la faillite est plus grand ou que l'actif de la faillite est plus petit. Seules les actions visant à indemniser le dommage causé au gage commun des créanciers peuvent être exercées par le curateur. Le fisc, pour sa part, demande l'indemnisation d'un dommage particulier qu'il a subi et non l'indemnisation d'un dommage se répercutant sur tous les créanciers, étant donné que le gage commun des créanciers a une valeur inférieure à celle qu'il aurait dû avoir en raison du dommage causé par les administrateurs au patrimoine de la société. Ce n'est que pour ce dommage commun à tous les créanciers – qui en l'espèce ne fait l'objet d'aucune demande – que le curateur possède un droit d'action en sa qualité de représentant de la masse des créanciers. Par ailleurs, la faillite de la SA ROECKENS TRANSPORT a été clôturée par liquidation le 30 septembre 2003, sans qu'une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs n'ait été introduite par le curateur.

II. Aux faits qui ont été exposés par le premier juge, la cour ajoute ce qui suit:

1. le capital social souscrit de la société faillie était de 1.250.000 FB;

2. les pertes reportées de la société faillie étaient de 195.923 € au 31 décembre 1992, de 224.368,28 € au 31 décembre 1993 et de 388.179,13 € au 31 décembre 1994;

3. à partir du 31 décembre 1993, la société faillie a eu des fonds propres négatifs: -175.071,58 €, devenus -338.882,43 € au 31 décembre 1994 et -355.499,70 € au 31 décembre 1995;

4. en 1993, le précompte professionnel de 217.000 FB retenu sur les salaires des travailleurs et sur la rémunération de N.L. n'a pas été versé au fisc, en 1994, la majeure partie du précompte professionnel retenu (une somme totale de 620.313 FB) n'a pas non plus été versée au fisc et à partir du troisième trimestre 1994 jusqu'à la faillite, il n'a plus été procédé ni aux déclarations obligatoires en matière de précompte professionnel ni à aucun versement du précompte professionnel, de sorte que la dette totale en matière de précompte professionnel a atteint la somme en principal de 2.014.385 FB ou 49.935,30 € – Voir le détail donné

par le fisc à la page 4 de ses conclusions en appel, détail qui n'est pas contesté par les administrateurs, ces derniers invoquant toutefois à tort que seul le précompte professionnel repris par le curateur au passif serait prouvé; ils omettent encore d'indiquer que le 1^{er} janvier 1997, ce qui concerne le précompte professionnel qui serait encore dû à partir du 1^{er} janvier 1997, pour lequel a été obtenu l'enregistrement d'1 FB provisionnel;

5. les comptes annuels closés au 31 décembre 1994 ont été approuvés par l'assemblée générale du 8 novembre 1995, tandis que les comptes annuels closés au 31 décembre 1995 ont été approuvés par l'assemblée générale du 28 février 1997. Dans les rapports des 25 octobre 1995 et 14 février 1997 rédigés par le commissaire réviseur à propos des comptes annuels, il est stipulé que: nous n'avons pas bénéficié, de la part du conseil d'administration, de toute la collaboration que nous avons demandée, principalement lors-que nous avons demandé des confirmations de tiers (banques, avocats, clients et fournisseurs). Nous avons constaté que l'organisation administrative et comptable de la société souffrait d'importantes lacunes. Il a été impossible, en recourant aux méthodes alternatives, de vérifier si les comptes annuels étaient fiables et complets. Le rapport annuel contient bien les informations exigées par la loi, mais ne traite pas suffisamment des difficultés financières de la société. La continuité supposée des activités de la société, sur laquelle est fondé l'établissement des comptes annuels, va dépendre, vu le résultat qui est négatif et les fonds propres qui sont eux aussi négatifs, des mesures drastiques de redressement qui seront soumises par le conseil d'administration à l'assemblée générale dans un rapport spécial, conformément à l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, dont nous n'avons néanmoins jusqu'à présent pas vu la trace;

6. dans les rapports des 10 octobre 1995 et 31 janvier 1997 rédigés par le conseil d'administration (dont seuls les administrateurs (...) précités faisaient partie) à l'attention de l'assemblée générale, il a été proposé de reporter la perte de l'exercice à l'exercice suivant et il a été stipulé, de la même façon dans les deux rapports, que: étant donné que, par suite de perte, l'actif net était réduit à un montant inférieur au quart du capital social, nous sommes obligés, conformément à l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, de faire rapport à l'assemblée générale (...);

7. dans les rapports des assemblées générales des actionnaires des 8 novembre 1995 et 28 février 1997, il a été écrit sous la rubrique «varia»: l'assemblée des voix de pour-suivre les activités de la société. Lors de ces assemblées générales, l'actionnaire SA POL-MAR & CO a chaque fois été représentée par N.L., présent avec 1.245 actions;

8. par lettre recommandée du 28 août 1996, le fisc a indiqué aux administrateurs précités que le fait de ne pas verser le précompte professionnel dû par la SA ROECKENS TRANS-PORT constitue une faute imputable aux personnes physiques qui s'occupent de l'adminis-tration de la société en question, de sorte que leur responsabilité est en cause et a mis les administrateurs en demeure de «régulariser» la situation, à défaut de quoi (...) nous n'omet-trons pas de vous poursuivre en dommages et intérêts;

9. le 30 août 1996, le fisc a introduit un recours fiscal auprès de la Generale Bank du chef des arriérés du précompte professionnel et a reçu, de cette façon, 450.060 FB, après quoi le fisc a proposé, le 4 septembre 1996, un plan de remboursement, remboursements qui ont bien été annoncés par la SA ROECKENS TRANSPORT, représentée par l'administrateur délégué N.L., mais qui n'ont jamais eu lieu;

10. dans sa lettre du 29 janvier 1997 à la SA ROECKENS TRANSPORT, à l'attention de N.L., le fisc a écrit notamment: *Vous demandez une révision du plan de remboursement et faites part de votre intention de mettre fin à l'entreprise. Entre-temps, je reçois du Receveur de Kapellen un dossier dont ressort un arriéré à la taxe de circulation, tant pour les exercices 1994 et 1995 que pour l'exercice 1996, à propos duquel je vous renvoie aux notifications que vous a envoyées l'Administration des douanes et accises, le 25 novembre 1996 et le 16 janvier 1997. Sont visées de réelles infractions fondées sur l'absence de déclarations. Au total, l'arriéré s'élève pour l'instant à plus de 400.000 FB (taxe de circulation au principal) (...).* Le fisc propose aussi un nouveau plan de remboursement (des arriérés du précompte professionnel et de la taxe de circulation), auquel la SA ROECKENS TRANSPORT n'a donné aucune suite;

11. le fisc n'a reçu aucun dividende de la liquidation de la société faillie. Après la clôture de la faillite, C.A. a été considéré comme le liquidateur de la SA ROECKENS TRANSPORT;

12. au moment de la faillite, la SA ROECKENS TRANSPORT avait une dette de 144.703,78 € à l'égard de l'ONSS et une dette de 32.862,21 € à l'égard de la TVA. L'actif réalisé par le curateur s'élevait à 30.609 €, le passif privilégié demeuré impayé (avec le produit de l'actif) s'élevait à 264.413 € et le passif non privilégié demeuré impayé s'élevait à 103.000 €.

III. Sur base des faits précités, la cour qualifie la situation financière de la SA ROECKENS TRANSPORT de très préoccupante à partir de fin 1993 et de désastreuse à partir de fin 1994 et considère que le conseil d'administration, qui connaissait cette situation ou qui, en tout cas, devait la connaître – et ce indépendamment de toute intervention ou de tout rapport du commissaire réviseur en la matière – aurait dû, certainement à partir du milieu de 1994, convoquer l'assemblée générale dans les deux mois, en application de l'article 633 du Code des sociétés, pour que celle-ci délibère sur la dissolution de la société ou sur la poursuite de ses activités, grâce à des mesures de redressement de la situation financière de la société. Dans ce cadre, le conseil d'administration aurait dû rédiger un rapport spécial contenant les éléments qui auraient permis à l'assemblée générale d'apprécier, en connaissance de cause, si elle devait décider de dissoudre la société ou décider d'adopter un plan de redressement assurant à la société de pouvoir poursuivre ses activités. Comme le commissaire réviseur l'a lui-même constaté plus tard, il n'y a pas trace d'un tel rapport spécial rédigé par le conseil d'administration, de sorte que les décisions de l'assemblée générale qui ont été prises par la suite, en application de l'article 633 du Code des sociétés, sont également nulles à l'égard des tiers créanciers.

IV. Les faits exposés ci-dessus montrent, par contre, très bien que les administrateurs ont tout simplement poursuivi, sans prendre aucune mesure de redressement et sans pouvoir raisonnablement le justifier, une activité manifestement déficitaire, en décidant notamment, sciemment et volontairement, de ne pas payer le précompte professionnel et la taxe de circulation depuis 1994 jusqu'à la faillite en 1997, alors que la société y était légalement obligée et qu'elle disposait des moyens financiers nécessaires pour le faire – ceci ressort du chiffre d'affaires réalisé et des créances à court terme figurant dans les divers comptes annuels – préférant consacrer cet argent au remboursement d'autres créanciers.

Ce faisant, le conseil d'administration agissait toujours comme organe collégial; rien ne laisse paraître que V.M., qui était aussi administrateur délégué, et C.A., qui était aussi président du conseil d'administration, n'auraient pas été activement impliqués dans cette ges-

tion: au contraire, ils ont toujours signé en tant qu'administrateurs les rapports précités rédigés par le conseil d'administration à l'attention de l'assemblée générale.

V. Par conséquent, il est prouvé que les administrateurs ont pris ensemble les décisions de politique financière qui ont consisté entre autres à ne pas payer, pendant plus de trois ans, ni le précompte professionnel ni la taxe de circulation (pour laquelle ils ne remplissaient plus non plus la déclaration), alors que cette dernière avait trait aux poids lourds grâce auxquels ils pouvaient exploiter leur entreprise de transport international.

VI. Ce comportement des administrateurs ne peut pas être justifié ou excusé par le fait que le fisc a lui-même attendu deux ans avant de prendre des mesures contraignantes, étant donné que la déclaration et le paiement des dettes d'impôt précitées doit avoir lieu spontanément et que le fisc n'a jamais octroyé un quelconque «crédit» à la société, mais lui a simplement permis de payer ses arriérés d'impôt en bénéficiant de facilités de paiement, lesquelles n'ont jamais été suivies par la société. Il ne relevait, en outre, ni de la mission ni du devoir du fisc de faire citer la SA ROECKENS TRANSPORT en déclaration de faillite. Les dettes d'impôts précitées ne résultent donc pas en partie d'un comportement fautif du fisc.

VII. L'obligation de verser le précompte professionnel retenu ne naît pas à partir de l'entièrement et de l'envoi de l'avertissement-extrait de rôle pour le précompte professionnel resté impayé, mais à partir du quinzième jour qui suit le mois pendant lequel les revenus ont été payés ou attribués (art. 412 CIR 1992). Ce versement du précompte professionnel doit avoir lieu spontanément et sur déclaration propre, conformément aux articles 86 et suivants de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992.

VIII. La taxe de circulation due pour les poids lourds utilisés sur la voie publique par la SA ROECKENS TRANSPORT devait, par application des articles 21, 22, 23 et 29 à 36 du Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus (anciens), être payée spontanément au début de chaque année.

IX. Il ressort de ce qui précède que les administrateurs précités ont, pendant au moins trois ans, détourné de sa destination propre le précompte professionnel retenu sur les salaires des travailleurs et sur la rémunération de N.L., qui constitue un véritable acompte sur les impôts directs dus sur ces salaires et rémunérations, et a utilisé celui-ci, sans avoir passé aucun accord à ce sujet avec le fisc, comme une alternative illégale de financement de la société. Faire consciemment et volontairement un tel usage impropre et illégal du précompte professionnel constitue, dans le chef de chacun des administrateurs, un acte illicite. Cet acte ne bénéficie, en l'espèce, d'aucune cause de justification: il n'est d'aucune façon ne fut-ce que rendu probable que ce précompte professionnel aurait pu normalement être payé à court terme. En conséquence, les administrateurs doivent indemniser *in solidum* le dommage que leurs fautes concurrentes ont causé au fisc.

En effet, étant donné que l'absence de versement du précompte professionnel constitue une violation d'une obligation légale qui a été sciemment et volontairement commise et qui ne bénéficie d'aucune cause de justification, le fait que le versement de ce précompte professionnel était une obligation qui incombait à la société ne fait pas obstacle à ce que les administrateurs qui se chargeaient de l'administration de la société et dont il faisait partie de la mission de procéder au versement du précompte professionnel ou, au moins, de veiller à ce qu'il soit versé, aient commis un acte illicite du fait de leur négligence et soient tenus d'indemniser *in solidum* le dommage causé par leur faute à l'Etat belge.

X. Etant donné que le paiement de la taxe de circulation constitue une obligation légale et que les administrateurs sont restés en défaut, pendant trois ans, de veiller à ce qu'il soit procédé à la déclaration légalement requise et au paiement de la taxe, mais qu'au contraire, ils ont sciemment et volontairement choisi de ne pas payer cette taxe de circulation, il y a lieu aussi de considérer, dans les circonstances concrètes évoquées ci-dessus, que cette négligence constitue un acte illicite et que les administrateurs doivent indemniser le dommage subi de ce fait par le fisc.

XI. La décharge accordée par l'assemblée générale aux administrateurs ne peut pas être opposée à la victime (le fisc) de pareils actes illicites et maintient donc intact le droit à indemnisation du dommage causé par ces actes illicites.

XII. Contrairement à ce que prétendent les administrateurs, l'introduction, par une nouvelle loi programme, d'une responsabilité fiscale des administrateurs pour les dettes de la société en matière de précompte professionnel et de TVA, ne signifie pas que, dans le droit actuel (applicable au présent litige), il n'existe pas de responsabilité des administrateurs pour les impôts demeurés impayés. L'initiative législative en question (sur laquelle le fisc s'est lui aussi étendu dans ses conclusions et qui a notamment débouché sur l'insertion de l'art. 442^{quater} dans le Code des impôts sur les revenus 1992) a, en effet, entre autres pour fondement le souci d'apporter sécurité juridique et clarté aux administrateurs, sur une question à propos de laquelle la jurisprudence et la doctrine sont loin d'être unanimes, en explicitant dans des textes fiscaux la question de la responsabilité des administrateurs fondée sur le principe général de la responsabilité du chef d'actes illicites, dont la doctrine et la jurisprudence ont admis l'existence et ont fait application dès avant l'initiative législative en question.

XIII. Le dommage que le fisc a subi à cause de ces fautes réside dans le manque à gagner découlant de l'absence de versement du précompte professionnel et de la taxe de circulation, en conséquence duquel le fisc a dû, dans le cadre du Budget des voies et moyens, réclamer d'autres revenus à charge de la communauté des citoyens. Ce dommage peut être évalué, par équivalent, au précompte professionnel non versé et à la taxe de circulation non payée, augmentés des intérêts réclamés par le fisc (qui ne sont contestés ni sur le principe ni au niveau du calcul).

(...)

367. et s. **Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil.**

N° 854. – Comm. Bruges (section Ostende)(4^{ème} ch.), 28 juin 2005¹

Présentation:

Deux éléments nous étonnent dans cette décision.

D'une part, le fait que le tribunal retienne une responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers sur pied de l'article 262 du Code des sociétés

854.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *J.P.A.*, 2006, liv. 3, p. 265.

alors même que cette disposition ne vise que la responsabilité contractuelle du dirigeant à l'égard de la société qui l'a mandaté pour faute de gestion (*actio mandati*).
D'autre part, la reconnaissance par le tribunal d'un lien de causalité adéquat et suffisant sur pied de l'article 1382 du Code civil entre l'absence de licence de transport et l'endommagement des marchandises transportées. Nous considérons pour notre part que le lien causal est trop ténu en l'espèce, et la faute trop éloignée du dommage. On pourrait comparer la situation à celle d'un accident de la circulation mettant en cause un véhicule qui n'a pas passé le contrôle technique: en principe, un tel véhicule ne peut circuler, s'il est mêlé à un accident, son propriétaire ne verra sa responsabilité civile engagée pour le dommage causé à un tiers que si le mauvais fonctionnement du véhicule présente un lien causal avec l'accident. Il ne suffirait pas de soutenir que le propriétaire est responsable en tout état de cause puisqu'en principe, il ne pouvait se trouver sur la route avec ce véhicule.

Sommaire partiel:

Commet un délit le transporteur effectif qui transporte des marchandises sans être en possession de la licence requise à cet effet (art. 10 de la loi du 1^{er} août 1960 sur le transport de choses par véhicule automobile contre rémunération, abrogé depuis et remplacé par l'art. 36 de la loi du 3 mai 1999 relative au transport de choses par route).
En application des articles 1382 du Code civil et 262 C. soc. (art. 528 C. soc. s'il s'agit d'une société anonyme) les directeurs ou gérants de la société, en l'occurrence ceux de l'entreprise de transport, sont responsables personnellement et solidairement des conséquences dommageables résultant dudit délit.

Lorsque les directeurs d'une entreprise de transport dont la responsabilité est recherchée du chef de l'absence de la licence requise, restent en défaut de prouver qu'ils disposaient effectivement de cette licence, il y a lieu de considérer qu'en effet ils n'en disposaient pas, les parties étant tenues de contribuer à la preuve. Il incombe donc aux défendeurs à l'action d'apporter la preuve des éléments dont ils font état. En l'occurrence il leur suffisait d'obtenir confirmation de l'octroi de la licence par l'administration compétente.
Le transporteur qui effectue un transport sans être en possession de la licence requise commet de ce fait une faute en rapport causal avec les avaries de transport.
En cas de défaillance des entreprises de transport, transporteur contractuel ou effectif, les directeurs ou gérants de ces entreprises sont tenus, en l'absence de la licence requise, d'indemniser le préjudice.
SA Alpina Insurance & Reinsurance Company, Ph. Bourens *qualitate qua faillite* SA Shipping Transport & Trading Services, J. Lammens *qualitate qua faillite* SPRL European Trucking Services, SA Jean Verheyen et F. Andrijaens.

Parties:

Décision:

(...)

8. Demande des sociétés Alpina Insurance & Reinsurance, Belovo et Nishny Novgorod Fat and Oil Plant. –

Etant donné que, dans le jugement interlocutoire du 31 octobre 2002, il a déjà été dit que, si l'infraction sanctionnée par l'article 10, § 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1960 relative au transport rémunéré de choses par véhicules automobiles est établie, il est évident que les administrateurs ou les gérants de la société qui ont effectivement réalisé le transport des marchandises en question sont personnellement et solidairement responsables du dommage qui en a résulté sur base des articles 528 et suivants du Code des sociétés, il n'y a plus lieu de revenir sur ce principe. On peut simplement ajouter que la responsabilité trouve son fondement dans les articles 262 et suivants et/ou 527 et suivants du Code des sociétés.

Il n'y a pas lieu non plus de revenir sur le fait que, comme cela a été constaté dans le jugement interlocutoire du 31 octobre 2002, le transporteur effectif était, en l'espèce, la SPRL E.T.S.

Sur ces deux principes, le tribunal s'est déjà prononcé définitivement.

En fin de compte, il ne reste plus qu'à examiner si la SPRL E.T.S. disposait bien de l'autorisation requise par l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1960 relative au transport rémunéré de choses par véhicules automobiles, dont l'absence est sanctionnée par l'article 10 de la même loi.

La prétendue autorisation n'a pas été présentée. Au cours des débats, les parties défenderesses n'ont pas non plus produit de déclaration du Ministère des communications et de l'infrastructure, alors qu'elles auraient pu lui en demander une. L'administration doit en effet pouvoir retrouver la trace des autorisations qu'elle a délivrées. Il appartient aux parties de faire le nécessaire pour que le dossier soit en état. Elles en ont eu largement l'occasion. Une preuve suffisante de l'existence d'une autorisation n'est pas rapportée. En conséquence, le tribunal ne peut que constater que la SPRL E.T.S. ne possédait pas d'autorisation au sens de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1960 précitée.

En sa qualité de gérant de la SPRL E.T.S., Wilfried Overmeire a enfreint les dispositions de la loi du 1^{er} août 1960. Les demandeurs considèrent dès lors à juste titre qu'en effectuant le transport alors que la société n'y était pas autorisée, Wilfried Overmeire a commis une faute qui, conformément à l'article 1382 du Code civil et à l'article 262 du Code des sociétés (ancien art. 132 LCSC), engage sa responsabilité. Ceci avait aussi déjà été jugé dans le jugement interlocutoire du 31 octobre 2002. Si la SPRL E.T.S. n'avait pas effectué le transport et s'en était tenue à l'interdiction issue de l'absence d'autorisation, le chargement n'aurait pas été endommagé comme il l'a été. On peut en conclure que la faute présente en lien de causalité avec le dommage dont l'ampleur n'est pas contestée. Wilfried Overmeire est dès lors tenu d'indemniser le dommage subi par les demandeurs dans la mesure où ceux-ci n'ont reçu aucun paiement suite à la condamnation qu'ils ont obtenue de la SA S.T.S. et de la SPRL E.T.S. Ce n'est que dans la mesure où les demandeurs n'ont obtenu aucun paiement de la faillite que Wilfried Overmeire est tenu d'indemniser les demandeurs.

Etant donné qu'il a déjà été constaté dans le jugement interlocutoire du 31 octobre 2002 que la responsabilité de celui qui a effectivement réalisé le transport est engagée en l'absence d'autorisation, la demande formée à l'encontre de Wilfried Overmeire et les autres défendeurs en leur qualité d'administrateurs de la SA S.T.S. est non fondée.

(...)

370. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée
440. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour défaut de convocation d'une assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net

N° 855. - Comm. Mous (2^{ème} ch.), 26 juin 2008¹

Présentation:

Le client d'une entreprise de construction tombée en faillite en cours de chantier alors que des avances conséquentes avaient été payées tente d'engager la responsabilité personnelle des gérants de son partenaire contractuel sur divers fondements: non dépôt des comptes annuels, non tenue d'une assemblée générale dans une situation de perte grave de l'actif net, poursuite inconsidérée de l'activité, non tenue d'une comptabilité régulière et finalement faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

Le demandeur sollicite également que soit posée à la Cour Constitutionnelle la question de l'éventuelle discrimination résultant de l'exonération de responsabilité des dirigeants de SPRL de petite dimension dans le cadre de l'action en comblement de passif, exonération qui place les créanciers de ces SPRL dans une situation défavorable au regard de celle des créanciers de SA ou d'entreprises de plus grandes dimensions. On rappelle que c'est la loi du 4 août 1978 qui a instauré cette faveur faite aux petites SPRL, faveur ensuite étendue aux petits SCRL par la loi du 13 avril 1995.

Ces deux demandes sont balayées par le tribunal à la suite d'une motivation précise et pertinente, soulignant tantôt le défaut de preuve, tantôt l'absence de lien causal entre la faute et le dommage invoqué, et rappelant que s'agissant du préjudice résultant de l'augmentation du passif ou de la diminution de l'actif suite au défaut de convocation de l'assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net, seul le curateur peut agir en sa qualité de représentant de l'ensemble des créanciers. Il aurait sans doute été intéressant de connaître l'avis de la Cour Constitutionnelle relativement à la potentielle discrimination entre les dirigeants de petites SPRL et SCRL d'une part, et ceux de petites SA d'autre part, dans le cadre de l'action en comblement de passif. On sait que cette faveur a pour objectif de ne pas décourager la constitution de petites et moyennes entreprises, comme le rappelle la décision commentée, mais ne peut-on imaginer que des personnes motivées et entreprenantes ne créent une *petite* SA? Pourquoi toujours limiter notre vision de la société anonyme à la très grande structure? Si elle avait été interrogée, on doute cependant que la Cour Constitutionnelle ait remis en cause la constitutionnalité de ce régime distinct

855.-1. Cette décision n'a pas été publiée, à notre connaissance; elle porte le numéro de R.G. A/07/172.

favorable aux petites SPRL et SCRL, habitués que nous sommes à découvrir dans ses arrêts que la discrimination instaurée est justifiée par des raisons objectives et que la mesure est proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur, dans une hypothèse où le justiciable a choisi d'opter pour telle structure sociétaire plutôt que telle autre, en pleine connaissance de cause et en devant en assumer les conséquences juridiques.

Sommaire partiel: En ne convoquant pas d'assemblée générale extraordinaire habilitée à délibérer sur la dissolution de la société et en n'établissant pas le rapport spécial exigé par l'article 332 du Code des sociétés, indiquant les mesures de restructuration envisagées, les gérants d'une SPRL engagent leur responsabilité personnelle.
Le préjudice résultant d'une diminution des actifs ou d'une aggravation du passif de la société entre l'absence de convocation d'une assemblée générale en application de l'article 332 du Code des sociétés et la date de la faillite est un préjudice collectif qui lèse les droits communs de tous les créanciers; hors l'hypothèse de l'action en comblement de passif (art. 265 C. soc.), pour laquelle la loi prévoit également un droit d'action individuel des créanciers, seul le curateur peut agir contre le gérant, en cas de faillite de la société, pour réclamer l'indemnisation de ce préjudice.

Parties: D. Soudans c/ R. Stradiot et S. Gaspar.

Décision:

(...)

I. Exposé des faits

En 2000, M. SOUDANS conclut un contrat d'entreprise avec la SPRL SV CONSTRUCT, en vue de l'exécution de travaux de rénovation de son habitation.

Les travaux débutèrent en août 2000.

En mai 2001, la SPRL SV CONSTRUCT interrompit les travaux. Ceux-ci ne reprirent pas, malgré une mise en demeure de M. SOUDANS.

Le 9 octobre 2001, M. SOUDANS assigna la SPRL SV CONSTRUCT en référé, en vue d'obtenir la désignation d'un expert. L'expert MOULIN fut désigné, par ordonnance du 23 janvier 2002 du juge des référés du Tribunal de première instance de Mons.

Dans le cadre de l'expertise, la SPRL SV CONSTRUCT reconnut avoir perçu un montant indu de 970.786 FB, soit 24.065,16 EUR. Aucune transaction ne put toutefois intervenir, parce que la SPRL SV CONSTRUCT ne disposait pas de fonds suffisants pour rembourser M. SOUDANS.

L'expert déposa son rapport en septembre 2003.

Le 12 mai 2004, M. SOUDANS assigna devant le Tribunal de commerce de Mons, aussi bien la SPRL SV CONSTRUCT que ses gérants, M. STRADIOT et Mme GASPAR.

Par jugement du 19 mai 2005, le tribunal:

- prononça la nullité du contrat d'entreprise, pour violation des règles relatives à l'accès à la profession;
- condamna la SPRL SV CONSTRUCT à payer à M. SOUDANS les sommes de 18.487,55 EUR, 7.436,70 EUR, 150 EUR, 123,95 EUR et 1.500 EUR provisionnels;
- sur la base de la responsabilité des gérants pour violation des règles relatives à l'accès à la profession, condamna M. STRADIOT et Mme GASPAR, solidairement avec la société, à payer la somme de 1.953,40 EUR.

Le 29 septembre 2005, le Tribunal de commerce de Mons prononça la faillite de la SPRL SV CONSTRUCT et désigna Me FRANCART en qualité de curateur.

Le 12 février 2007, M. SOUDANS assigna M. STRADIOT et Mme GASPAR devant le Tribunal de commerce de Mons.

II. Objet de la demande

Dans le cadre de la **demande principale**, M. SOUDANS sollicite la condamnation solidaire de M. STRADIOT et Mme GASPAR à payer la somme de 43.282 EUR, augmentée des intérêts et des frais. Il souhaite également que l'exécution provisoire soit accordée, avec exclusion du cantonnement.

Subsidiairement, il demande que le tribunal pose une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle.

Dans le cadre de la **demande reconventionnelle**, M. STRADIOT et Mme GASPAR sollicitent la condamnation de M. SOUDANS à payer la somme de 5.000 EUR, à titre de dommages-intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

III. Discussion

A. Position des parties

1. Position de M. SOUDANS

M. SOUDANS estime que la responsabilité personnelle des gérants de la SPRL SV CONSTRUCT est engagée sur différents fondements:

- non dépôt en temps utile des comptes annuels de la société et non tenue d'assemblées générales;
- non respect de l'article 332 C. soc. (obligation de réunion d'une assemblée générale en cas de perte des fonds propres) et poursuite inconsidérée de l'activité;
- non tenue d'une comptabilité régulière;
- faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite; sur ce dernier point, M. SOUDANS sollicite que le tribunal pose une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle, car il estime que l'exonération de responsabilité des dirigeants des SPRL de petite dimension crée une discrimination injustifiée par rapport aux créanciers de SA ou d'entreprises de plus grandes dimensions.

2. Position de M. STRADIOT

M. STRADIOT relève que les comptes annuels ont été régulièrement déposés à la B.N.B.

L'activité de la société était bénéficiaire la première année. Elle a été plus réduite par la suite.

M. STRADIOT conteste toute faute à l'origine de la faillite dans son chef. Il considère qu'il n'y a pas lieu à poser une question à la Cour Constitutionnelle, parce qu'il n'y a pas de discrimination injustifiée.

3. Position de Mme GASPAR

Mme GASPAR se réfère en conclusions à la position adoptée par M. STRADIOT. Elle formule également une demande de dommages-intérêts.

Elle n'a pas comparu à l'audience de plaidoiries.

B. Examen par le tribunal

1. Le retard dans la publication des comptes

1.1. – M. SOUDANS invoque l'article 98 C. soc., en vertu duquel les gérants sont responsables du dommage occasionné aux tiers du fait de l'absence de dépôt des comptes annuels à la B.N.B. dans les trente jours de leur approbation ou, au plus tard, sept mois après la clôture de l'exercice.

Il relève que les comptes annuels de 2001 et 2002 ont été déposés en novembre 2003. Il considère que, si les comptes annuels avaient été déposés en temps utile, il aurait été informé de la situation de perte récurrente de la SPRL SV CONSTRUCT et il aurait été plus vigilant lors des paiements d'acomptes.

1.2. – Tout d'abord, il ressort du récapitulatif de dépôt des comptes produit par M. SOUDANS que tous les comptes annuels ont été déposés jusqu'en 2004, année précédant la faillite (...). Le seul problème qui peut être invoqué est donc un retard et non une absence de dépôt des comptes.

Il est exact que les comptes annuels 2001 n'ont été déposés que le 2 janvier 2003 (et non en novembre, comme le soutient M. SOUDANS).

Le tribunal observe toutefois que les acomptes ont été payés entre le mois d'août 2000 et le mois de février 2001 (...).

Logiquement, les comptes annuels de l'exercice 2001 auraient dû être approuvés par une assemblée générale et déposés à la B.N.B. en 2002, soit bien après le paiement des acomptes.

Le retard dans le dépôt des comptes annuels est donc étranger au préjudice subi par M. SOUDANS du fait du paiement d'acomptes trop importants.

1.3. – Le tribunal observe surabondamment que l'essentiel des acomptes a été payé en 2000. Or, l'année 2000 était bénéficiaire. La situation n'avait donc rien d'alarmant à cette époque.

En outre, l'obligation de déposer les comptes dans les sept mois de la fin de l'exercice a été ajoutée par la loi du 8 avril 2003 et n'était pas applicable antérieurement.

La responsabilité des gérants ne peut donc être engagée sur ce fondement.

2. L'absence de tenue des assemblées générales

Les procès-verbaux des assemblées générales approuvant les comptes sont produits, à tout le moins jusqu'en 2003.

Ils ne sont effectivement pas signés mais les originaux sont entre les mains du curateur.

La date d'approbation des comptes figure sur le récapitulatif de dépôt des comptes.

Sur la base des pièces produites, le tribunal ne décèle pas d'irrégularité.

3. Non respect de l'article 332 C. soc. (sonnette d'alarme)

3.1. – En application de cette disposition, l'assemblée générale doit être réunie dans un délai de deux mois au maximum, lorsqu'il est constaté que l'actif net est réduit, par suite de perte, à un montant inférieur à la moitié du capital social. Cette assemblée doit délibérer de la dissolution éventuelle de la société ou d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour. Le gérant doit justifier ses propositions dans un rapport spécial tenu à disposition des associés quinze jours avant l'assemblée générale.

3.2. – Le capital de la SPRL SV CONSTRUCT était de 18.592,01 EUR.

La moitié du capital était donc de 9.296 EUR.

En 2002, l'actif net était de 9.474 EUR. En 2003, il n'était plus que 7.684 EUR.

La procédure de l'article 332 aurait dû être respectée en 2003.

Le tribunal observe que c'est également en cette année que la transaction proposée par l'expert MOULIN a échoué, du fait des moyens financiers insuffisants de la SPRL SV CONSTRUCT.

3.3. – Aucune pièce n'indique qu'une assemblée générale extraordinaire a été convoquée en 2003.

Les comptes 2003 ont été approuvés par l'assemblée générale ordinaire du 1^{er} août 2004. Le rapport indique que:

L'assemblée note la perte de l'exercice. L'assemblée encourage le gérant à prendre les dispositions nécessaires afin d'améliorer le chiffre d'affaires de l'entreprise et de la remettre dans une dynamique bénéficiaire.

C'est pour le moins un euphémisme, vu la situation particulièrement préoccupante de la société. En réalité, l'assemblée aurait dû délibérer sur la possibilité d'une dissolution ou sur un plan de restructuration proposé par le gérant.

Le chiffre d'affaires stagnait à 70.000 EUR environ depuis 2001, alors qu'il était de 221.256,45 EUR en 2000, première année d'exploitation (soit la conversion en EUR de 8.925.463 FB).

On note, en 2003, une augmentation des créances commerciales (10.054 EUR, au lieu de 3.531 EUR en 2002), ce qui paraît démontrer une augmentation d'activité. Toutefois, ce regain est compensé par l'augmentation des dettes à l'égard des fournisseurs, qui sont passées de 5.277 EUR (2002) à 11.382 EUR (2003).

Cette situation exigeait donc des mesures autrement plus radicales que les simples encouragements au gérant prodigués par l'assemblée générale ordinaire du 1^{er} août 2004. En outre, l'assemblée générale *ordinaire* n'est pas habilitée à délibérer sur la dissolution de la société et, en l'absence de rapport spécial du gérant, n'est pas en mesure d'envisager des mesures de restructuration fortes (M.-A. DELVAUX, «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *JDSC*, 2003, p. 228 et s. Ce raisonnement vaut même si, comme dans le cas présent, l'associé majoritaire et le gérant sont la même personne: cette circonstance ne délie pas le gérant de son obligation de respecter le prescrit de l'art. 332. Voir en ce sens: J. WINDEY, «Les responsabilités liées à l'état de faillite», in *Les responsabilités d'entreprise*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2007, p. 466, n° 9, et les références citées).

En ne convoquant pas d'assemblée générale extraordinaire habilitée à délibérer sur la dissolution de la société et en n'établissant pas le rapport spécial exigé par l'article 332, indiquant les mesures de restructuration envisagées, les gérants de la SPRL SV CONSTRUCT ont donc violé l'article 332 C. soc.

3.4. – Cet article précise que, lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation.

Dans le cas présent, la créance de M. SOUDANS était préexistante. On ne pourrait pas soutenir qu'il n'aurait pas contracté ou pas versé d'acomptes si la dissolution ou la faillite de la société avait été décidée en 2003.

Son seul préjudice pourrait résulter d'une diminution des actifs ou d'une aggravation du passif de la société entre 2003 et la date de la faillite (J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 125, p. 219).

Toutefois, le préjudice qui résulte d'une diminution de l'actif ou d'une aggravation du passif est un préjudice collectif qui lèse les droits communs de tous les créanciers (Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, I, 639; Cass., 5 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, 250; Cass., 5 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, 1355). Dans cette mesure, seul le curateur peut agir contre le gérant, en cas de faillite de la société (J. HEENEN, «Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou une aggravation du passif de la masse?», *R.C.J.B.*, 1983, p. 29, n° 21; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, n° 128, p. 223 et s.; J. WINDEY, *o.c.*, n° 34 et s., p. 491 et s.). La seule exception

est l'action en comblement de passif (art. 265 C. soc.), pour laquelle la loi prévoit également un droit d'action individuel des créanciers.

Il s'ensuit qu'une demande fondée la violation de l'article 332, dans le cas présent, ne peut être introduite par un créancier individuel.

Le même raisonnement peut être appliqué en ce qui concerne le reproche de poursuite déraisonnable de l'activité, également soulevé par M. SOUDANS.

4. Irrégularité de la comptabilité

M. SOUDANS relève que le chiffre d'affaires annoncé depuis 2001 (environ 70.000 EUR) est irréaliste, compte tenu de ce que la SPRL SV CONSTRUCT était une entreprise générale de construction.

Le tribunal note que le chiffre d'affaires des années 2000 et 2001 est supérieur au montant des acomptes versés par M. SOUDANS durant ces années. Il n'y a donc pas de contradiction à ce sujet.

Par ailleurs, M. STRADIOT indique que les ouvriers ont été licenciés à partir de 2002 et qu'il a travaillé seul à partir de ce moment (sauf d'avril 2002 à août 2003, où il a été assisté d'un ouvrier). Cela a certainement dû entraîner une compression de l'activité de la société.

Le procès-verbal de l'assemblée générale approuvant les comptes de 2001 fait par ailleurs état d'une forte dissension entre associés. Cet élément a dû avoir également un impact négatif sur l'activité de la société.

Il n'en reste pas moins que 70.000 EUR représente un chiffre d'affaires très réduit pour une entreprise générale.

Il est probable que le chiffre d'affaires déclaré ne correspond pas à l'activité réelle. Toutefois, aucun indice précis ne permet de l'établir.

L'irrégularité de la comptabilité n'est donc pas prouvée.

5. La faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite

5.1. – Cette responsabilité particulière figure à l'article 265 C. soc. M. SOUDANS ne l'invoque qu'à titre subsidiaire, et pour cause, parce qu'elle ne peut logiquement être soulevée dans le cas présent.

En effet, l'action en comblement de passif n'est pas applicable lorsque la SPRL en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR HTVA et lorsque le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 370.000 EUR.

Les comptes 2004 ne sont pas déposés. Toutefois, les éléments disponibles indiquent que la SPRL SV CONSTRUCT se situait bien en dessous de ces deux plafonds, même en 2000, la seule année bénéficiaire. Il n'est donc pas utile d'ordonner la réouverture des débats pour produire les comptes 2004.

5.2. – M. SOUDANS est bien conscient de cette situation mais considère que cette exclusion de responsabilité des dirigeants des petites SPRL est discriminatoire. Il demande de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle.

L'exonération de responsabilité des gérants de SPRL de petite taille a été introduite dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par la loi de réorientation économique du 4 août 1978.

Les travaux parlementaires indiquent que cette disposition avait pour but l'encouragement de l'activité des petites et moyennes entreprises et des jeunes indépendants (*Doc. parl. Sénat, sess. ord., 1977-78, 415/2, p. 153*).

Dès lors, la discrimination entre les personnes qui traitent avec de petites SPRL et celles qui contractent avec d'autres types de sociétés est justifiée par des raisons objectives.

En outre, la mesure adoptée est proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur: il est clair que limiter les hypothèses de responsabilité des gérants peut encourager des personnes qui hésitent à fonder une société.

Dans ces conditions, le tribunal estime qu'il n'existe pas de discrimination injustifiée, qui pourrait donner lieu à une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle.

6. Récapitulatif en ce qui concerne la demande principale

Il résulte donc des considérations qui précèdent que la demande principale n'est pas fondée.

7. La demande reconventionnelle

7.1. – M. STRADIOT et Mme GASPAR considèrent que la demande est abusive et réclament des dommages-intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

7.2. – Le fait d'introduire une procédure ne peut être qualifié de téméraire et vexatoire au seul motif que la juridiction ne fait pas droit à la demande.

Le fait de recourir à la justice ne dégénère en acte illicite que lorsqu'il est accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi (Bruxelles, 11 octobre 1999, *R.P.S.*, 2000, 146).

Le tribunal doit apprécier si le demandeur a pu, d'une manière n'apparaissant pas à l'évidence déraisonnable, espérer que la juridiction prenne son argumentation en compte.

7.3. – Dès lors que la procédure de l'article 332 C. soc. a été méconnue par les gérants, la demande principale ne peut certainement pas être considérée comme abusive, même si elle est finalement rejetée par le tribunal.

La demande reconventionnelle n'est donc pas fondée.

IV. Décision du tribunal

(...)

Dit la demande principale non fondée,

En déboute M. SOUDANS et laisse à sa charge les frais qu'il a déjà exposés,

Condamne M. SOUDANS aux dépens (frais de justice), évalués à la somme de deux mille euros (2.000 EUR) par M. STRADIOT et deux mille cinq cent euros (2.500 EUR) par Mme GASPAR.

(...)

Dit la demande reconventionnelle non fondée,
En déboute M. STRADIOT et Mme GASPAR.

400. et s. **Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour non adaptation du capital minimum d'une SPRL sur pied de l'article 17 de la loi du 15 juillet 1985**

N° 856. – Anvers (5^{ème} ch. bis), 13 octobre 2005¹

Présentation: Lorsque les statuts d'une SPRL n'ont pas été adaptés aux nouvelles exigences légales imposées par la loi du 15 juillet 1985² en matière de capital minimum, la sanction doit être cherchée non pas dans la responsabilité des fondateurs mais dans celle des gérants, expressément prévue d'ailleurs par l'article 17 de ladite loi.

La cour rappelle de manière très pertinente que l'action en responsabilité du gérant introduite par les liquidateurs ne peut porter que sur la récupération des fonds nécessaires à la liquidation de la société, en l'espèce inférieurs à la partie du capital non souscrite (500.000 FB) en l'absence d'augmentation de capital pourtant imposée par la loi.

Sommaire: Conformément à l'article 17 de la loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, qui porte le capital minimum de la SPRL de 250.000 FB à 750.000 FB, le gérant est solidairement responsable envers les intéressés de la différence entre le capital investi et le nouveau capital minimum, à moins que dans le délai transitoire de 5 ans, il n'ait proposé à l'assemblée générale d'augmenter le capital ou de dissoudre la société.
Le liquidateur ne peut faire appel à la responsabilité du gérant que dans la mesure de ce qui est nécessaire pour procéder à la liquidation de la société.

Parties: Michel Vandervelden c/ SPRL Service Materiaal en liquidation.

856.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans T.R.V., 2007, liv. 6, p. 458 et note M.W.

2. Loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, M.B., 14 août 1985.

Décision:

(...)

1. Les antécédents et les demandes

Messieurs Arts et Reniers, agissant en leur qualité de liquidateurs de la SPRL Service Materiaal België, dissoute par jugement du Tribunal du commerce de Tongres du 8 octobre 2001, ont fait citer, le 15 novembre 2002, Messieurs Vandervelden afin qu'il comparaisse devant le Tribunal du commerce de Tongres. Ils ont invoqué que la société avait été constituée, le 5 juillet 1972, avec un capital social de 6.197,34 EUR (250.000 FB) et qu'il n'avait jamais été procédé à l'augmentation de ce capital pour qu'il atteigne 18.592,01 EUR (750.000 FB) et, se fondant sur l'article 17 de la loi du 15 juillet 1985, et ont demandé que Monsieur Vandervelden soit condamné à payer la somme de 12.394,67 EUR (500.000 FB) en sa qualité de gérant de la société.

Dans le jugement contesté du 5 novembre 2003, le premier juge a déclaré la demande fondée.

Par requête déposée au greffe de cette cour le 26 décembre 2003, Monsieur Vandervelden a interjeté appel. Il conclut à l'irrecevabilité ou au moins à l'absence de fondement de la demande. Les liquidateurs, quant à eux, concluent à l'absence de fondement de l'appel.

2. Jugement

(...)

2.2. La loi du 15 juillet 1985 a porté à 18.592,01 EUR (750.000 FB) le capital minimum de la société privée à responsabilité limitée (jusqu'alors, société de personnes à responsabilité limitée), qui jusqu'alors s'élevait à 6.197,34 EUR (250.000 FB). L'article 17 fixait le délai transitoire à cinq ans et stipulait que, si, à l'expiration de ce délai, le capital n'atteignait pas ce montant minimum, les gérants devaient être solidairement tenus envers les intéressés au paiement de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum fixé à l'article 120 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Suivant cette disposition, les gérants pouvaient être déchargés de cette responsabilité si, dans ce délai, ils avaient proposé à l'assemblée générale soit d'augmenter le capital à due concurrence, soit de transformer ou de dissoudre la société.

Monsieur Vandervelden, qui ne conteste pas être le gérant de la société mise en liquidation, ne démontre pas avoir pris l'une des initiatives visées par l'article 17 de la loi du 15 juillet 1985. L'inactivité invoquée – mais non prouvée – de la société ne l'en déchargeait pourtant pas.

Le liquidateur ne peut invoquer la responsabilité du gérant que dans la mesure où cela est nécessaire pour procéder à la liquidation de la société. Suivant la déclaration des liquidateurs, la société a été dissoute par jugement du 8 octobre 2001. Jusqu'à présent, aucun créancier ne s'est fait connaître et on n'attend plus que la fin de cette procédure pour clôturer la liquidation, de sorte que la cour part du point de vue que la société n'a pas d'autres dettes que les frais de la liquidation. Avant d'introduire la procédure, les liquidateurs avaient estimé les frais de la liquidation à 836,42 EUR. A l'heure actuelle, ils les estiment à 2.500 EUR, montant qu'ils mentionnent sous réserve. Vu les tâches que les liquidateurs ont dû

effectuer dans le cadre de cette procédure, cette estimation paraît sérieuse. Pour l'instant, il n'est pas démontré que la liquidation a ou aura besoin de plus de moyens.

Etant donné que chacune des parties a à la fois tort et raison en appel, la cour délaisse à chacune des parties ses propres dépens d'appel.

Par ces motifs,

la Cour (...),

confirme l'arrêt contesté, avec comme unique modification que la somme de 13.394,67 EUR au paiement de laquelle Monsieur Vandervelden a été condamné, est ramenée à 2.500 EUR;
(...)