

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **L'implication du défaut d'adaptation du capital d'une SCRL aux exigences de la loi de 1991. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SCRL**

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

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

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2011, 'L'implication du défaut d'adaptation du capital d'une SCRL aux exigences de la loi de 1991. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SCRL: note sous Liège, 21 mai 2010', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 189-192.

#### **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.

## OBSERVATIONS

Cet arrêt nous offre l'occasion de procéder à deux rappels:

**1. Les conséquences de l'absence d'adaptation du capital fixe d'une SCRL au minimum légal imposé par la loi du 20 juillet 1991**

La loi du 20 juillet 1991<sup>2</sup> a augmenté le minimum de la part fixe du capital des SCRL et la question s'est maintes fois posée de savoir ce qu'il fallait faire si une SCRL n'a pas respecté les nouveaux prescrits légaux en matière de capital minimum: les fondateurs peuvent-ils voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont «rien fait» dans le délai d'adaptation prescrit?

A plusieurs reprises, la jurisprudence a retenu la responsabilité des fondateurs sur pied de l'article 405, 1<sup>o</sup> du Code des sociétés, ce qui implique qu'ils soient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par la loi nouvelle<sup>3</sup>. Cette sanction est inadéquate à divers titres.

Tout d'abord, il est évident qu'il n'y a pas eu lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle imposant un capital minimal plus élevé de *constitution* d'une nouvelle société; on ne voit donc pas comment les fondateurs pourraient être responsables pour une prétendue *fondation* ne respectant pas les prescrits légaux.

De même, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par l'article 405, 1<sup>o</sup> puisse être appliquée aux sociétés constituées avant la date butoir prévue par la loi du 20 juillet 1991 pour adapter le capital des SCRL existantes<sup>4</sup>; en effet, introduit par une loi nouvelle, l'article qui fixe un nouveau capital social minimal crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui elle aussi est introduite par cette même loi. A l'époque de la fondation de la société, acte instantané, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au moment où ils ont fondé la société, et la loi nouvelle n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expressément proclamée *rétroactive*, ce qui n'est pas le cas de la loi du 20 juillet 1991<sup>5</sup>.

La doctrine s'est vigoureusement opposée à la mise en cause des fondateurs dans ce contexte. Cette sanction serait d'ailleurs à la source d'une grande insécurité juridique: les fondateurs ne pourraient, en effet, plus jamais être sûrs, au moment où ils créent une so-

2. Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales diverses, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16.951 et s.

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

4. Voir un jugement du 3 novembre 1997 de la troisième chambre du Tribunal de commerce de Termonde qui expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147<sup>ter</sup>, 1<sup>o</sup> aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991, *J.D.S.C.*, 1999, n<sup>o</sup> 79, p. 199 et note M.A. DELVAUX; voir également Comm. Charleroi (1<sup>re</sup> ch.), 16 février 1999, *J.D.S.C.*, 2000, n<sup>o</sup> 181, p. 183 et note M.A. DELVAUX, *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 119, *J.L.M.B.*, 2000, p. 276.

5. Voir Cass., ch. des vac., 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, pp. 215 et s.: «Attendu qu'aucune loi, fut-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur, à moins que de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil». Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par T. VERHOEST, sous Gand (16<sup>e</sup> ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.; Gand, 21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (SPRL et application de l'article 123, 7<sup>o</sup> introduit par la loi du 4 août 1978) et Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (SA et application de l'article 35, 6<sup>o</sup> introduit par la loi du 4 août 1978).

ciété, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui *pèseront* prochainement sur eux. En outre, tout fondateur est susceptible de quitter à tout moment la société; n'est-il pas absurde de le rendre responsable sur base d'une loi entrée en vigueur *après* qu'il ait quitté celle-ci ?

C'est donc vers la responsabilité des dirigeants que doivent se tourner les tiers qui veulent obtenir la réparation de leur préjudice découlant du défaut d'adaptation de la SCRL avec laquelle ils sont en lien contractuel, aquilien ou institutionnel (O.N.S.S., T.V.A., ...) à de nouvelles exigences légales en matière de capital minimum. En l'espèce, c'est l'action en comblement de passif qui a été utilement introduite par les curateurs.

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

## **2. La «faveur» faite aux petites SCRL dans le cadre de l'action en comblement de passif et la charge de la preuve**

L'action en comblement de passif ne peut s'appliquer, selon l'article 409, alinéa 2, si la société en faillite est une SCRL qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 370.000 EUR<sup>6</sup>. Le chiffre d'affaires visé par cette disposition est celui réalisé par la société «au cours des trois exercices ayant précédé la faillite».

C'est aux administrateurs ou aux gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par cet alinéa pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par l'article 409, alinéa 1<sup>er</sup>, et non à la curatelle ou au créancier agissant d'établir le contraire<sup>7</sup>. Sur le plan de la preuve en effet, et conformément au droit judiciaire (article 870 du Code judiciaire), on rappelle que la curatelle ou le créancier demandeur doit prouver trois éléments pour fonder la responsabilité d'un dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif: la faillite, l'insuffisance d'actif et l'existence dans son chef d'une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite. Si ces trois éléments sont établis, la responsabilité du dirigeant peut être engagée, à moins qu'*à son tour*, ce dernier apporte la preuve que la société dont il assume la gestion remplit les critères cumulatifs définis ci-dessus («petite SCRL»).

Quelles conséquences concrètes tirer de ce rappel de la charge de la preuve?

Tout d'abord, si la comptabilité de la société est insuffisante ou même inexistante et ne permet pas d'établir que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur aux dirigeants de petites SCRL, cette faveur est tout simplement écartée.

6. Cette «faveur» a été créée pour les SPRL par la loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 (art. 265, al. 2 du Code des sociétés) et étendue aux SCRL par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935.

7. Voir Comm. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33, qui semble exiger, par erreur selon nous, que la curatelle établisse que la société a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur puisse voir sa responsabilité engagée.

C'est le cas dans l'arrêt commenté et dans un jugement du Tribunal de Commerce de Charleroi du 7 janvier 1997<sup>8</sup> dans lequel les chiffres de la comptabilité d'une SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier, le tribunal considérant que seule une comptabilité régulièrement tenue peut se voir reconnaître une valeur probante; les dirigeants n'ont dès lors pu rapporter la preuve que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur, mais le juge a rouvert les débats après avoir constaté que la comptabilité était susceptible d'être reconstituée, et notamment que le total du bilan pouvait être calculé sur base de pièces probantes disponibles; il a ainsi permis aux administrateurs de (tenter de) rapporter adéquatement la preuve indispensable susmentionnée.

Ensuite, selon nous, les dirigeants qui gèrent une société qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite ne peuvent bénéficier de cette faveur, puisqu'ils sont dans l'impossibilité d'établir le respect d'une des trois conditions (à savoir qu'au cours des trois exercices précédant la faillite, le chiffre d'affaires moyen était inférieur à 620.000 EUR) permettant de les libérer de leur responsabilité, et donc demeurent tenus. Toutefois, certains juges<sup>9</sup> soutiennent que les dirigeants d'une société ayant moins de trois ans d'existence au jour de sa faillite profitent *d'office* du bénéfice instauré par la loi en faveur des petites sociétés. Cette assimilation de toute société presque «morte née», et ce quelle que soit son importance économique, à une «petite» société nous semble inadmissible au regard du texte légal, puisque le second alinéa des articles 265 et 409 du Code des sociétés se présente comme une *exception* au principe de responsabilité posé à l'alinéa premier, et plus précisément comme une restriction à son champ d'application, et que les exceptions sont *de stricte interprétation*.

Enfin, on ne peut suivre certains magistrats qui, comme la 7<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 16 juin 2003<sup>10</sup> confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Courtrai<sup>11</sup>, considèrent que lorsque la société ne compte pas trois années d'existence, il convient de tenter de cerner, par des projections, tant le chiffre d'affaires qui pourrait être réalisé durant le laps de temps nécessaire pour parvenir à trois exercices complets que le total du bilan qui pourrait être réalisé lors du dernier exercice. Ceci permettrait de vérifier le respect des deux conditions chiffrées imposées par le législateur. Le ou les exercice(s) incomplet(s) devrai(en)t donc, selon cette thèse, être complété(s) au *prorata*, un expert pouvant être désigné pour effectuer les «savants calculs» nécessaires. Nous ne partageons pas cette thèse pour les mêmes motifs que ceux développés ci-avant. En outre, comment imaginer extrapoler le chiffre d'affaires futur d'une société sur base des résultats déjà connus, alors même que de nombreuses circonstances (économiques, politiques, sociales, conjon-

8. *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243 et obs. M.A. DELVAUX, *R.D.C.*, 1997, p. 643.

9. Voir par exemple Comm. Bruxelles (5<sup>e</sup> ch.), 14 février 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n°97, p. 241 et note M.A. DELVAUX. Sur cette question, voir notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée, Rép. not.*, Tome XII, Livre IV et Larcier, 2<sup>e</sup> Ed., 1997, n° 317-1, p. 270; C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 180; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2<sup>e</sup> Ed. de l'ouvrage d'O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 233-234; F. t'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. t'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103.

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

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

turelles, ...) sont susceptibles de bouleverser les prévisions? N'est-ce pas une tentative irréalisable, voire même fantaisiste?

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

N° 1012. – *Comm. Mons (2<sup>e</sup> ch.), 26 mai 2011*<sup>1</sup>

*Présentation:* Depuis la loi programme du 20 juillet 2006<sup>2</sup>, l'article 265 du Code des sociétés relatif à l'action en comblement de passif en SPRL a été complété en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'O.N.S.S. et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations et intérêts de retard, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale<sup>3</sup>.

Le texte présume qu'est une faute grave le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme perceuteur des cotisations sociales.

Cette disposition permet donc à l'Office national de Sécurité sociale et au curateur de réclamer à ces administrateurs, selon leur appréciation, la totalité ou une partie des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus.

La décision publiée ci-après interroge la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement entre les dirigeants de sociétés déclarées en faillite selon qu'elles sont redevables de dettes *fiscales* ou de dettes de *cotisations sociales*. En effet, le régime dérogatoire du droit commun en matière d'O.N.S.S. est plus sévère que celui qui concerne les dettes de précompte professionnel et de T.V.A. consacré dans le même texte légal<sup>4</sup>. Relativement aux dettes fiscales, seule existe une présomption *réfragable* de responsabilité alors que relativement aux dettes sociales, cette présomption est *irréfragable*, sans que cette différence de traitement ne semble objectivement justifiée de manière raisonnable et proportionnée par rapport à l'objectif ou à la finalité visée par le législateur. Ce régime plus favorable sur le plan fiscal s'exprime également par d'autres biais, puisqu'en matière de précompte professionnel par exemple<sup>5</sup>, l'article 442<sup>quater</sup> du C.I.R. 92 prévoit

1012.–1. Cette décision n'a pas été publiée; elle porte le numéro de R.G. A/10/799.

2. Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2<sup>e</sup> Ed., p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

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

4. Articles 442<sup>quater</sup> du C.I.R. 92 et 93<sup>undecies</sup> c du Code de la T.V.A. insérés par cette même loi du 20 juillet 2006.

5. Le régime est très similaire en matière de T.V.A sous réserve que l'article 93<sup>undecies</sup>, c du Code de la T.V.A. prévoit que la responsabilité peut être engagée, outre pour le principal et les intérêts, pour les «frais accessoires», non visés par l'article 442<sup>quater</sup>, § 4 du C.I.R. 1992.