

265. [§ 1^{er}] En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

L'alinéa 1^{er} n'est toutefois pas applicable lorsque la société en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à [620 000 EUR], hors taxe sur la valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé [370 000 EUR].

[L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.]

Est réputée faute grave et caractérisée toute [fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3], de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.]

[§ 2] Sans préjudice du § 1^{er}, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les gérants, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54^{ter} de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, 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, les gérants, anciens gérants et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3^{octies}, 8^o de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants visés à l'alinéa 1^{er} devant le tribunal de commerce qui connaît de la faillite de la société.

Le § 1^{er}, alinéa 2, n'est pas d'application vis-à-vis de l'Office et du curateur précité en ce qui concerne les dettes visées ci-dessus.

Est considérée comme faute grave, toute forme de [fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3], de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que 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 percepteur des cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave.]

§ 1^{er} modifié par l'art. 5 de l'A.R. du 20 juillet 2000 (MB, 30 août 2000 (1^{er} éd.)), en vigueur le 1^{er} janvier 2002 (art. 17), par l'art. 34 de la L. du 4 septembre 2002 (MB, 21 septembre 2002 (2^e éd.)), numéroté par l'art. 56 de la L. du 20 juillet 2006 (MB, 28 juillet 2006 (2^e éd.)), en vigueur le 1^{er} septembre 2006 (art. 59) et modifié par l'art. 9 de la L. du 15 juillet 2013 (MB, 19 juillet 2013 (2^e éd.)).

§ 2 inséré par l'art. 56 de la L. du 20 juillet 2006 (MB, 28 juillet 2006 (2^e éd.)), en vigueur le 1^{er} septembre 2006 (art. 59) et modifié par l'art. 86, 1^o de la L. du 27 décembre 2006 (MB, 28 décembre 2006 (3^e éd.)), en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (art. 89) et par l'art. 9 de la L. du 15 juillet 2013 (MB, 19 juillet 2013 (2^e éd.)).

Commentaire de l'art. 265 C. soc.

Auteur: Marie Amélie DELVAUX

dn300146076

Mise à jour: avril 2015

DOCTRINE IMPORTANTE

Traité et monographies

DE BACKER, J.-M. et RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Gembloux, Duculot, 1984.

GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2004.

GOFFIN, J.-F. (avec la collaboration de Grégory DE SAUVAGE), *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012.

GOLLIER, J.-M. et MALHERBE, P., *Les sociétés commerciales. Lois des 7 et 13 avril 1995, Dossiers du J.T.*, n^o 10, Bruxelles, Larcier, 1996.

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

X., *Le point sur le droit des sociétés. Questions choisies*, actes du séminaire organisé par la Commission royale droit et vie des affaires à Liège le 26 mai 2011, Série «Commission droit et vie des affaires de la Faculté de droit de Liège», n^o 10, Bruxelles, Bruylant, 2011.

Articles, études et notes d'observations

COPPENS, P. et T'KINT, F., «Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 289 à 404 et 459 à 620.

DE CORDT, Y. et DELVAUX, M.A., «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», in X., *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, B...E, 2007, pp. 50 à 56.

DELVAUX, M.A. et COIPEL, M., «Le Code des sociétés», *J.T.*, 2000, pp. 545 à 555.

DELVAUX, M.A., «Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SPRL», (note sous Comm. Bruxelles, 14 février 1989), *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, pp. 241 à 243.

DELVAUX, M.A. et DE WOLF, P., «Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales», in X., *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 279 à 290.

DIEUX, X., «La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes», in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, recyclage du 2 mars 1991, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1991, pp. 57 à 110.

GOFFIN, J.-F., *Les responsabilités des administrateurs en pratique*, Colloque Vanham & Vanham du 15 mai 2012, pp. 42 et s.

HUPIN, E., «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en difficulté – Sauver l'entreprise ou se sauver de l'entreprise», in *La responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprise*, Colloque Vanham & Vanham du 24 novembre 2006, pp. 2 et s.

JASPAR, J.-L. et DE SMETH, A., «La notion de gérant de fait», *J.T.*, 1984, pp. 645 à 648.

KEUTGEN, G. et ANDRE-DUMONT, A.-P., «La société et son fonctionnement», *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre J. Renauld (U.C.L.), Louvain-la-Neuve, Academia et Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 247 à 286.

MALHERBE, P., «Les dirigeants responsables de dettes tributaires», *Rev. prat. soc.*, 2007, pp. 386 à 397.

PARMENTIER, Cl., «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, pp. 741 à 786.

RENARD, J.-P., «Les responsabilités particulières des dirigeants de sociétés en difficultés et le nouveau régime de liquidation des sociétés», in *Le risque entrepreneurial*, VBO-FEB, 2006, pp. 108 et s.

RONSE, J. et LIEVENS, J., «L'administrateur des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite, l'extension de la faillite au maître de l'affaire», *Les sociétés commerciales*, Ed. du Jeune Barreau, 1985, pp. 183 et s.

RONSE, J., «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, pp. 292 à 311.

VAN OMMESLAGHE, P. et DIEUX, X., «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1979 à 1990)», *R.C.J.B.*, 1992, pp. 573 à 705, 1993, pp. 639 à 824 et 1994, pp. 733 à 820.

VAN RYN, J. et VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1972 à 1978)», *R.C.J.B.*, 1981, pp. 221 à 308 et 361 à 463.

VAN RYN, J. et DIEUX, X., «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, pp. 401 à 404.

VEROUGSTRAETE, I., «L'action en comblement de passif (art. 63ter des lois coordonnées sur les sociétés commerciales)», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.V.D.A., 1983, pp. 425 à 450.

VEROUGSTRAETE, I. et VAN BUGGENHOUT, C., «Faillissement en continuité van de onderneming», *T.P.R.*, 1990, pp. 1731 à 1779.

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Voir les décisions commentées dans le texte ainsi que les nombreuses notes infrapaginales.

COMMENTAIRE

Structure

Introduction

- I. L'action en comblement du passif
 - A. Champ d'application
 1. Quant aux gérants visés
 2. Quant aux SPRL visées
 - a. SPRL ayant un objet commercial
 - b. SPRL d'une certaine importance
 - B. Eléments constitutifs
 1. Une faute grave et caractérisée
 - a. La faute grave et caractérisée appréciée par le magistrat
 - b. La faute grave et caractérisée présumée de manière irréfragable par le législateur
 2. La faillite et l'insuffisance de l'actif
 3. La contribution de la faute à la faillite
 - C. Titulaires de l'action
 - D. Juridiction compétente pour connaître de l'action et pouvoir d'appréciation du juge
 - E. Délai de prescription
 - F. Lien avec l'interdiction judiciaire d'exercer une activité commerciale ou de diriger à l'avenir une société

- II. La responsabilité pour les dettes sociales
 - A. Champ d'application
 - B. Éléments constitutifs
 - C. Titulaires de l'action
 - D. Juridiction compétente pour connaître de l'action et pouvoir d'appréciation du juge
 - E. Délai de prescription

Introduction

1 La responsabilité des gérants de SPRL envers les tiers peut être recherchée pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société qu'ils gèrent ou ont gérée.

Ce fondement de responsabilité, instauré par le législateur notamment pour «*marquer la responsabilité personnelle des dirigeants maladroits ou aventureux*» (*1), permet de condamner les gérants à couvrir les dettes de la société, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, à concurrence de l'insuffisance d'actif. On qualifie d'ailleurs cette action d'*action en comblement de passif*.

Cette aggravation de la responsabilité des gérants en cas de faillite permet aux tiers de retenir des fautes qui ne s'identifient pas nécessairement à une violation de la loi ou des statuts, mais à une faute de gestion qu'ils ne peuvent reprocher aux gérants de SPRL en cours de vie sociétaire. (*2)

C'est l'objet du § 1^{er} de l'article 265 qui sera traité au point I.

En outre, depuis 2006, une responsabilité accrue des dirigeants de sociétés a été instaurée par le législateur relativement à des *dettes particulières*, les dettes sociales, à l'égard de *tiers déterminés*, l'ONSS et le curateur de faillite.

C'est l'objet du § 2 de l'article 265 qui sera traité au point II.

I. L'action en comblement de passif

A. CHAMP D'APPLICATION

2 Sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée les gérants *de droit ou de fait*, actuels ou anciens, d'une SPRL ayant *un objet commercial* et *d'une certaine importance*.

Précisons chacune de ces notions.

(*1) P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 492. Dans le même sens, voy. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, 2^{ème} éd., Larcier, 1997, n° 317-1 et les références citées et J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2004, n° 132 et les références citées.

(*2) L'article 262 C. soc. ne permet qu'à la SPRL, et non aux tiers, d'engager la responsabilité de son gérant pour des fautes commises dans la gestion.

1. Quant aux gérants visés

3 Le texte vise expressément «*tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société*». La responsabilité est donc attachée à la fonction exercée.

Il en résulte trois conséquences.

1. La responsabilité concerne *tout gérant*, quelle que soit la façon dont il a été désigné et quels que soient les pouvoirs réels dont il dispose au sein de la SPRL.

Personnes physiques comme personnes morales répondent de manière identique de leurs fautes. (*1)

Actifs et non-actifs répondent de manière identique de leurs actes. (*2)

Aucune distinction ne doit être faite selon que le gérant est associé de la SPRL ou non, ni selon qu'il est rémunéré ou exerce son mandat à titre gratuit.

(*1) On rappelle qu'une personne physique comme une personne morale peut être gérant d'une SPRL.

Autrefois, seule une personne physique pouvait être gérante d'une SPRL en vertu d'une limitation expresse inscrite à l'art. 255 ancien C. soc. mais la loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes, dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition (dite «*loi corporate governance*») a supprimé le mot «physique» dans l'article 255, autorisant dès lors une personne morale à gérer une SPRL. L'art. 61, § 2, C. soc. prévoit expressément que la personne morale dirigeant une société doit désigner une personne physique chargée de l'exécution de cette mission pour ses nom et compte; ladite personne encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale représentée.

(*2) De nombreuses décisions de jurisprudence vont dans ce sens. Voy. p. ex. Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 6 décembre 1999 (*J.D.S.C.*, 2001, n° 315, p. 194; *T.R.V.*, 2000, p. 40 et note) en ces termes: «*Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la politique de la société. En effet, les administrateurs doivent exercer eux-mêmes leur mandat et ne peuvent jamais se faire remplacer de manière permanente par un mandataire comme cela fut le cas en l'espèce. (...) C'est déjà en soi une faute grave de prêter son nom et, sans s'occuper effectivement de l'administration de la société, d'en confier totalement la gestion de fait à un mandataire.*» Voy. égal. Gand (7^{ème} ch.), 8 février 2001 (*J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211 et note M.A. DELVAUX intitulée «De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité»): «*En tant qu'unique gérante, elle ne peut se cacher derrière les manquements du gérant de fait auquel elle abandonna la gestion «sans aucunement se soucier du fonctionnement de la société» (voy. sa déclaration dans le procès-verbal n° 10282).*» Voy. aussi Gand (7^{ème} ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, p. 480 et *J.D.S.C.*, 2007, n° 777, p. 61 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les trois missions du dirigeant et le délai de prescription de sa responsabilité»: «*(...) Les autres administrateurs disent ne plus avoir été au courant de rien à partir du mois de mars 1984. Néanmoins, des administrateurs ne peuvent pas échapper à leur responsabilité en invoquant qu'ils ne se sont pas occupés des affaires de la société. Un administrateur est tenu de suivre les affaires de la société. S'il n'en a pas matériellement ou intellectuellement la possibilité, il doit refuser le mandat d'administrateur (J. RONSE, «Overzicht van rechtspraak. Venootschappen (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, 201). (...) L'administrateur doit exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société.*» Voy. aussi Mons, 3 mars 2008, *J.D.S.C.*, 2010, n° 949, p. 102 et obs. M.A. DELVAUX: Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en invoquant le fait qu'ils n'ont pas été impliqués dans la gestion de la société; lorsqu'ils sont incapables matériellement ou intellectuellement de remplir leur fonction, ils ne doivent pas accepter leur mandat; celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale doit en effet posséder les connaissances et les qualités sur lesquelles les tiers sont en droit de compter. Voy. enfin Gand, 10 novembre 2008, *NJW*, 2009, liv. 211, p. 820 et note S. DE GEYTER; *J.D.S.C.*, 2010, n° 950, p. 108 qui considère que les administrateurs passifs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la gestion et que le fait de n'avoir exercé à aucun moment leur mission d'administrateur et de ne pas avoir contrôlé la manière dont était gérée la société constitue une faute grave manifeste.

Ni une éventuelle incompétence technique, ni le motif philanthropique pour lequel il aurait accepté sa mission, ni d'éventuelles absences à une ou plusieurs réunion(s) du collège de gestion ne pourraient limiter la responsabilité d'un gérant. (*1)

Ainsi, il a été jugé que l'obligation d'établir des comptes annuels est une obligation qui incombe aux dirigeants, et qu'ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité pour l'établissement de comptes inexacts en invoquant qu'ils n'ont pas collaboré activement à l'élaboration de ceux-ci, qui ont été rédigés par l'expert-comptable de l'entreprise et vérifiés et approuvés par le réviseur. (*2)

Au niveau de la *contribution à la dette*, nous verrons ci-après que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et peut fixer la condamnation du gérant inactif ou incompétent à une part moins grande que celle des dirigeants plus «effectifs» dans la gestion.

2. Ceux qui *exercent en fait* la fonction de gérant, sans avoir été désignés par l'organe compétent de la SPRL, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit. (*3)

(*1) «Un administrateur distrait, inactif, incompétent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations des LCSC ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même *s'il n'en a pas connaissance*» (O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 97 et J.-F. GOFFIN, *o.c.*, p. 312). En soi, l'inactivité d'un administrateur n'est pas une cause d'exonération; l'incompétence, l'absentéisme ou la méconnaissance des affaires de la société ne réduisent pas la responsabilité d'un administrateur, qui n'a pas à accepter une telle fonction s'il n'a pas la possibilité ou la volonté d'assumer cette charge (Comm. Mons (2^{ème} ch.), 23 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2006, n° 732, p. 129). Voy. égal. Liège, 1^{er} décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 280; Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 89, n° 6180, note P. C.; voy. aussi sur ce point J.-L. FAGNART, «Examen de jurisprudence. La responsabilité civile (1968 à 1975)», *J.T.*, 1976, p. 591. Par contre, la cour d'appel de Gand étonne lorsque, dans un arrêt du 22 janvier 2008 (*Cour. fisc.*, 2008 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 6, 419 et note S. VERTOMMEN; *F.J.F.*, 2009, liv. 1, 8 et note; *J.D.S.C.*, 2009, n° 908, p. 214), elle écarte toute responsabilité du second administrateur délégué d'une société à l'égard de l'Etat belge au motif que, bien qu'il n'ait pu ignorer le fait que le précompte professionnel et les cotisations sociales demeureraient impayés, les faits révèlent qu'il n'était pas possible pour lui d'agir au sein de la société. Selon nous, le dirigeant qui se retrouve ainsi impuissant doit alerter l'assemblée générale et, si nécessaire, démissionner.

(*2) Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 25 juin 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 580, p. 234 et note M.A. DELVAUX intitulée «C'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui! Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou *in solidum*, l'intervention d'un garant: autant de voies utiles au fautif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale?», *T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 81 et note J. VANROYE.

(*3) Voy. l'arrêt rendu en matière de banqueroute par la Cour de cassation le 2 décembre 1963, *Rev. prat. soc.*, 1965, p. 13, même s'il a été rendu en matière pénale; voy. égal., en matière civile, Anvers, 28 avril 1997, *T. Not.*, 1997, p. 521, en abrégé; voy. aussi les observations formulées par la Commission bancaire dès l'année 1970 (*Rapport de la Commission bancaire*, 1971, pp. 148-149); voy. enfin Comm. Gand (6^{ème} ch.), 22 juin 2006 (*T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 281 et *J.D.S.C.*, 2008, n° 846, p. 180) qui considère que 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.

Il n'est pas toujours aisé de préciser quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux dirigeants. (*1) Selon P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, pour être qualifié de mandataire de fait, *«il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées (devenu art. 522 C. soc.), que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait»*. (*2)

O. POELMANS distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification de dirigeant de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents (*3):

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance. (*4)

Le dirigeant de fait est donc celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de direction et d'administration. (*5)

(*1) Les membres d'un «comité de direction et de surveillance» ne prenaient pas d'initiative. Ils ne signaient pas de documents, ne jouissaient d'aucune délégation de pouvoir. Ils ne s'immisçaient pas dans la gestion. Leurs interventions extérieures se plaçaient uniquement dans le cadre de «bons offices». Ils ne sont pas des administrateurs de fait, même s'ils ont siégé avec les membres du conseil d'administration (Liège, 1^{er} décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, pp. 280 et s. et spéc. p. 289). En revanche, est bien un dirigeant de fait, celui qui a seul les contacts avec la clientèle, établit et signe les devis et contrats, fixe les prix, dirige et surveille le personnel, a la signature de tous les comptes et peut opérer tout transfert de fonds, se fait verser, outre un appointement fixe, une commission et ce, sans être couvert par une décision préalable de la gérante, un vote de l'assemblée générale ou une convention, s'attribue des frais de transport auxquels il n'a pas droit et est seul compétent pour prendre les décisions importantes de la vie sociale (Comm. Bruxelles (4^{ème} ch.), 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524).

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

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

(*4) En ce sens, O. POELMANS signale que le délégué d'une organisation syndicale organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine n'agit pas en qualité d'indépendant puisqu'il reste dans les liens de subordination l'unissant à son syndicat; il ne peut donc être considéré comme administrateur de fait ni tenu responsable des désordres de la gestion (Comm. Liège, 17 mai 1983, *Jur. Liège*, 1983, p. 449 et note P. FRANÇOIS).

(*5) Voy. not. Liège, 13 février 2007, *R.R.D.*, 2007, liv. 123, p. 145; *J.D.S.C.*, 2009, n° 891, p. 122 et n° 913, p. 226; Comm. Turnhout, 10 décembre 2007, *R.A.B.G.*, 2008/8, p. 492; *J.D.S.C.*, 2009, n° 891, p. 123 et obs. P. KILESTE et C. STAUDT.

La qualification de dirigeant de fait suppose que l'immixtion dans la gestion interviene sans aucun fondement légal ou contractuel. (*1) Ainsi, «*la notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires du franchisé puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seules forces du franchisé ne lui permettent pas d'obtenir*» (*2); elle implique que le franchiseur ne peut être qualifié d'administrateur ou gérant de fait du franchisé que lorsqu'il prend «*des initiatives dépassant le cadre contractuel de la franchise, en posant des actes que n'auraient pu poser que les administrateurs, par exemple en signant des documents, en assistant aux réunions du conseil d'administration, en donnant directement des instructions au personnel, en imposant des prix à la revente, etc., aliénant ainsi la nécessaire indépendance que doit pouvoir conserver la société franchisée*». (*3)

Dans un jugement du 10 décembre 2007 (*4), le tribunal de commerce de Turnhout a rappelé que le liquidateur d'une société ne peut être qualifié de dirigeant de fait et n'assume donc pas les responsabilités corrélatives: en sa qualité de liquidateur, ses responsabilités sont spécifiquement déterminées par l'article 192 C. soc. (*5)

On recommandera utilement aux personnes qui sont appelées à conseiller ou surveiller une société de ne jamais franchir la frontière qui sépare l'avis ou l'observation de la prise de décision. Par exemple, les banquiers ou les fournisseurs exclusifs devront faire preuve d'une prudence particulière. (*6)

L'Etat lui-même doit se montrer circonspect: il a été condamné comme dirigeant de fait d'une société dans laquelle il avait désigné un «manager de crise». (*7)

Par contre, il a été jugé que le simple fait pour un associé de déposer le bilan de la société alors que celle-ci n'a plus de dirigeant ne suffit pas à permettre de le considérer comme dirigeant de fait. (*8)

De même, il a été jugé que le banquier qui exerce un contrôle étroit sur la gestion en payant les factures du crédit sur la base de pièces justificatives lui remises par le crédit et en exigeant que certaines décisions qui impliquent une utilisation des cré-

(*1) O. RALET, *o.c.*, p. 70; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, p. 88.

(*2) D. MATRAY, «Introduction générale», in *Le contrat de franchise*, Liège, CDVA, 29 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 8.

(*3) Mons (1^{ère} ch.), 13 janvier 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 588, p. 264 et obs. M.A. DELVAUX; *D.A.O.R.*, 2002, liv. 64, p. 377. Le premier juge avait considéré le franchiseur comme administrateur de fait de son franchisé et l'avait condamné dans le cadre de l'action en comblement de passif.

(*4) *R.A.B.G.*, 2008/8, p. 492; *J.D.S.C.*, 2009, n° 891, p. 122 et obs. P. KILESTE et C. STAUDT.

(*5) Quant au dirigeant qui deviendrait liquidateur de la société autrefois gérée, sa responsabilité en qualité de liquidateur (pour les actes accomplis dans le cadre de cette fonction, sa mission d'administrateur au sens propre ayant pris fin le jour où la liquidation a été décidée) est également définie par l'art. 192 C. soc.

(*6) La désignation par un banquier d'un expert indépendant chargé de surveiller les travaux ne transforme pas le banquier en administrateur de fait. Les banques ne sortent pas de leur rôle de bailleur de fonds en imposant aux crédits des mesures de contrôle technique adaptées à la mesure du crédit et destinées à assurer une surveillance normale de celui-ci (Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 184).

(*7) Comm. Bruxelles (5^{ème} ch.), 22 octobre 1983, *J.T.*, 1983, p. 113.

(*8) Liège (7^{ème} ch.), 17 décembre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 204, p. 250; *J.L.M.B.*, 1998, p. 583; cette décision réforme Comm. Namur, 20 novembre 1995, *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 349 et note M. DE WOLF.

dits octroyés soient soumises à son accord préalable, ne sort pas de son rôle de dispensateur de crédit et ne peut être qualifié de dirigeant de fait. (*1)

3. Les dirigeants pourraient être tentés, lorsqu'ils craignent que leur décision engage leur responsabilité, d'échapper à celle-ci en cherchant à être *couverts* par l'assemblée générale et en soutenant qu'ils ne sont alors que les *exécutants* d'une décision de l'assemblée générale, même si celle-ci ne relève pas de la compétence de cet organe. (*2) Pareille décision de l'assemblée n'exclut cependant nullement que les dirigeants eux-mêmes doivent prendre une décision: soit ratifier la décision de l'assemblée générale en y donnant exécution, soit s'y opposer et ne pas la mettre en œuvre lorsque, par exemple, elle n'est pas conforme à l'intérêt de la société, soit démissionner si nécessaire. Ne perdons pas de vue que, quelle que soit la position de l'assemblée générale, les dirigeants ne peuvent être libérés de leur propre responsabilité de respecter la loi et les statuts et d'exercer leur fonction *dans l'intérêt de la société*.

2. Quant aux SPRL visées

a. SPRL ayant un objet commercial

4 Les gérants de sociétés *civiles* à forme commerciale ne peuvent être tenus responsables de leurs éventuelles fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite; en effet, une société civile n'a pas la qualité de commerçant (*3), et ne peut donc corrélativement jamais être déclarée en faillite, condition pourtant nécessaire pour introduire ce type d'action en responsabilité comme nous le verrons ci-après.

Cette regrettable distinction de régimes entre les SPRL commerciales et les SPRL civiles à forme commerciale pourrait éventuellement faire l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle. (*4)

b. SPRL d'une certaine importance

5 L'action en comblement de passif n'est pas ouverte si la société faillie est une SPRL qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors TVA, et si le total du bilan, au

(*1) Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 587, p. 261 et note M.A. DELVAUX, «L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire? Contre qui?»; *R.D.C.*, 2003, liv. 1, p. 21 et note J. BUYLE et M. DELIERNEUX. Ce jugement cite O. RALET, *o.c.*, pp. 69 et 70, n° 46 et J.-F. GOFFIN, *o.c.*, pp. 86 à 89, n°50.

(*2) Pour une illustration, voy. Anvers (5^{ème} ch.), 2 mars 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 192 et note C. CLOTTENS; *J.D.S.C.*, 2008, n° 840, p. 134 et note M.-C. ERNOTTE et n° 850, p. 189.

(*3) Art. 3, § 4, 2^{ème} al., C. soc.

(*4) On rappelle que les fondateurs de SPRL civiles à forme commerciale échappent également de manière critiquable à la responsabilité spéciale des fondateurs pour capital manifestement insuffisant (art. 229, 5°, C. soc.).

terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 370.000 EUR. (*1) Le chiffre d'affaires visé par cette disposition est celui réalisé par la société «*au cours des trois exercices ayant précédé la faillite*».

Cette faveur a été instaurée par la loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935. (*2)

Elle est expressément écartée dans le cadre de la responsabilité personnelle et solidaire des gérants à l'égard de l'ONSS et du curateur instaurée par la loi-programme du 20 juillet 2006 (voy. *infra*).

C'est aux gérants qu'il appartient d'établir que la SPRL qu'ils dirigent entre dans les conditions fixées par le 2^{ème} alinéa de l'article 265, § 1^{er}, C. soc. pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par le 1^{er} alinéa (*3), et non à la curatelle ou au créancier agissant d'établir le contraire. (*4) Sur le plan de la preuve en effet, et conformément au droit judiciaire (*5), nous verrons ci-après 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 SPRL dont il assume la gestion rencontre les critères cumulatifs définis ci-dessus («*petite SPRL*»).

(*1) Art. 265, § 1^{er}, 2^{ème} al., C. soc. Sur la critique de cette limitation initialement instaurée pour la SPRL, voy. notamment J.-M. DE BACKER et O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Gembloux, Duculot, 1984, n° 99, pp. 126 et 127; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; M. WYCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap» (note sous Comm. Liège, 7 décembre 1988), *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. 445; O. RALET, *o.c.*, p. 180; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, pp. 223-224; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. not., T. XII, Liv. IV, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 270; F. T'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; M.A. DELVAUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 14 février 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241; voy. aussi, sur cette disposition, les appréciations de P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, n° 81, pp. 523-524.

(*2) Art. 265, § 1^{er}, 2^{ème} al., C. soc. Cette faveur a été étendue aux SCRL par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935.

(*3) Voy. not. Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243; *R.D.C.*, 1997, p. 643; dans cette espèce, les chiffres de la comptabilité de la SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier, de sorte que les dirigeants n'ont pu rapporter la preuve que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur aux dirigeants de petites sociétés. Voy. égal. Liège, 13 février 2007, *R.R.D.*, 2007, liv. 123, p. 145; *J.D.S.C.*, 2009, n° 913, p. 226; Liège (7^{ème} ch.), 30 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 16, 728; *R.R.D.*, 2007, liv. 122, 51; *R.D.C.*, 2008, liv. 4, 335; *J.D.S.C.*, 2009, n° 912, p. 222 et obs. M.A. DELVAUX et Liège, 21 mai 2010, *R.R.D.*, 2009, n° 133, p. 349; *J.D.S.C.*, 2011, n° 1011, p. 183 et obs. M.A. DELVAUX: l'absence de comptabilité empêche les dirigeants de la société qui invoquent l'exception des «petites sociétés» de rapporter la preuve que la société se trouve en deçà des chiffres prévus par l'art. 265, 2^{ème} al., C. soc. pour échapper à l'application de la responsabilité aggravée prévue par cette disposition. Par contre, lorsque les comptes annuels n'ont pas été déposés à la BNB, la reconstitution du chiffre d'affaires et du total du bilan peut se faire *a posteriori* par toutes voies de droit, le juge se référant aux comptes annuels qui ont été approuvés par les différentes assemblées générales (Bruxelles, 22 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006/8, p. 846 et note J. WINDEY; *J.D.S.C.*, 2008, n° 842, p. 149).

(*4) Voy. Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 9 avril 2002 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX; *R.W.*, 2003-04, 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 dirigeant puisse voir sa responsabilité engagée.

(*5) Art. 870 C. jud.

Les gérants qui dirigent une SPRL qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite peuvent-ils bénéficier de la faveur établie par le législateur? Nous estimons que non: ils sont en effet dans l'impossibilité d'établir le respect d'une des conditions cumulatives (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 (*1) persistent à soutenir que les gérants d'une société ayant moins de trois ans d'existence au jour de sa faillite profitent *d'office* du bénéfice de l'article 265, § 1^{er}, 2^{ème} alinéa, C. soc. Cette assimilation de toute société presque «morte née», et ce quelle que soit son importance économique, à une «petite» SPRL paraît inadmissible au regard du texte légal, puisque le 2^{ème} alinéa de l'article 265, § 1^{er}, C. soc. se présente comme une *exception* au principe de responsabilité posé au 1^{er} alinéa, et plus précisément comme une restriction à son champ d'application, et que les exceptions sont *de stricte interprétation*.

On ne peut pas non plus suivre certains magistrats qui, comme la 7^{ème} chambre de la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 16 juin 2003 (*2) confirmant un jugement du tribunal de commerce de Courtrai (*3), 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) *pro rata*, 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, conjoncturelles, ...) sont susceptibles de bouleverser les prévisions? N'est-ce pas une tentative irréalisable, voire même fantaisiste?

Nous privilégions donc une application stricte du texte, en vertu de laquelle sont nécessairement exclus du bénéfice du 2^{ème} alinéa de l'article 265, § 1^{er}, C. soc., les gérants de SPRL ne comptant pas trois années d'existence.

(*1) Voy. p. ex. Comm. Bruxelles (5^{ème} ch.), 14 février 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241 et note M.A. DELVAUX. Sur cette question, voy. not. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. not., T. XII, Liv. IV et Larcier, 2^{ème} éd., 1997, n° 317-1, p. 270; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *o.c.*, p. 180; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 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.

(*2) *J.D.S.C.*, 2005, n° 668, p. 188 et note M.A. DELVAUX intitulée «L'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL et SCRL: qui prouve quoi?», *NJW* 2004 (abrégé), Liv. 65, p. 380, note M.T. Voy. également Gand (7^{ème} ch. bis), 19 septembre 2011, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2012, liv. 4, p. 227 et *J.D.S.C.* 2013, à paraître.

(*3) 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.*, 2001-02, p. 748.

On peut se demander si l'exonération de la responsabilité des dirigeants de petites SPRL et SCRL a pour conséquence la création d'une discrimination entre les créanciers de ces petites structures et ceux des petites SA. Le client d'une entreprise de construction, petite SPRL tombée en faillite en cours de chantier alors que des avances conséquentes avaient été payées, a tenté d'obtenir que soit posée à la Cour constitutionnelle la question d'une éventuelle discrimination, ce créancier se sentant placé dans une situation défavorable au regard de celle des créanciers de SA, ou de SPRL de plus grandes dimensions.

Cette demande a été balayée par le tribunal de commerce de Mons. (*1) Il aurait sans doute été intéressant de connaître l'avis de la Cour constitutionnelle. On doute cependant qu'elle aurait remis en cause la constitutionnalité de ce régime distinct 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.

Enfin, ne perdons pas de vue que si l'action en comblement de passif n'est pas ouverte contre les gérants de «petites» SPRL, ces derniers peuvent néanmoins voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382 et 1383 C. civ. (*2)

B. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

6 Trois éléments doivent être réunis pour qu'une action en comblement de passif puisse être intentée avec succès contre le gérant d'une SPRL:

- une faute grave et caractérisée;
- la faillite et l'insuffisance de l'actif;
- la contribution de la faute à la faillite.

Chacun de ces éléments est détaillé ci-dessous.

1. Une faute grave et caractérisée

7 Il s'agit d'une faute (faute de gestion, délit, ...) inadmissible qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, une faute lourde non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir «*nettement marquée*» (*3), ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable (*4); l'auteur était conscient, ou devait l'être, qu'elle contribue-

(*1) Comm. Mons (2^{ème} ch.), 26 juin 2008, *J.D.S.C.*, 2008, n° 855, p. 217.

(*2) Voy. Comm. Tongres, 18 décembre 2007, *R.A.B.G.*, 2008/8, p. 517 et *J.D.S.C.*, 2009, n° 901, p. 176.

(*3) Comm. Liège (3^{ème} ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

(*4) Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209; *R.D.C.*, 2000, p. 642.

rait à la faillite de la société. On considère que la faute grave est toujours caractérisée mais qu'une faute caractérisée n'est pas nécessairement grave. (*1)

L'appréciation du caractère grave et caractérisé de la faute relève du magistrat (a.), sauf dans l'hypothèse dans laquelle le législateur a instauré, en 2002 puis en 2006, une présomption irréfragable (b.).

a. La faute grave et caractérisée appréciée par le magistrat

8 Citons quelques exemples de fautes reconnues comme fondements d'une action en comblement de passif:

- le détournement de fonds au préjudice d'une société constituée avec un capital insuffisant (*2);
- l'attribution d'avances à une autre société à un moment où celle-ci est déjà en liquidation, sans justification (*3);
- le détournement de près des 3/4 du capital social, peu après la constitution, sans aucune justification économique ou financière (*4);
- le montage d'une opération de reprise d'une autre société afin de reporter artificiellement la faillite de cette dernière (*5);
- la facturation partielle des fournitures de services apportées à une société tierce actionnaire à 50% de la société gérée, afin de ne pas compromettre la santé financière de cette société tierce et en sacrifiant la société gérée et ses créanciers (*6);
- la tenue d'une comptabilité fautive et la poursuite d'une exploitation pendant deux ans alors que le capital était perdu (*7); la tenue d'une comptabilité fragmentaire (*8); l'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et étant à la source d'un non-respect des engagements envers les fournisseurs et les créanciers institutionnels (*9) ou exposant la société à des sanctions fiscales et donc à un alourdissement de ses charges (*10); le défaut de fiabi-

(*1) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, pp. 543 et s. et réf. citées; *Act. dr.*, «L'entreprise en difficulté», 1997/3, pp. 525 et s. et les réf. citées; Comm. Liège (3^{ème} ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX intitulée «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

(*2) Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200; *R.D.C.*, 2001, p. 739.

(*3) *Ibid.*

(*4) Gand, 10 novembre 2008, *NJW*, 2009, liv. 211, p. 820 et note S. DE GEYTER; *J.D.S.C.*, 2010, n° 950, p. 108.

(*5) Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 6 décembre 1999, *J.D.S.C.*, 2001, n° 323, p. 215; *T.R.V.*, 2000, p. 40 et note.

(*6) Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209; *R.D.C.*, 2000, p. 642; il apparaît en l'espèce que la société est gérée essentiellement pour servir d'outil financier à la société tierce.

(*7) Comm. Bruxelles, 8 décembre 1981, *B.R.H.*, 1982, p. 393.

(*8) Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243; *R.D.C.*, 1997, p. 643.

(*9) Comm. Liège, 26 juin 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 416, p. 224 et note M.A. DELVAUX intitulée «La faute grave et caractérisée du dirigeant ayant contribué à la faillite de la société, la responsabilité du dommage causé aux tiers et l'interdiction judiciaire d'exercer une activité commerciale ou de diriger à l'avenir une société: aux mêmes (grands) maux les mêmes (grands) remèdes?», *R.R.D.*, 2000, p. 346.

(*10) Liège, 21 mai 2010, *R.R.D.*, 2009, n° 133, p. 349; *J.D.S.C.*, 2011, n° 1011, p. 183 et obs. M.A. DELVAUX.

- lité des comptes empêchant les gérants de droit et de fait de se rendre compte des difficultés de la société (*1); l'établissement de comptes annuels non conformes à la réalité (*2);
- des prélèvements massifs effectués par un administrateur dans les avoirs sociaux et atteignant le double du capital social (*3); des prélèvements substantiels en compte courant alors que la société souffre de difficultés de trésorerie (*4);
 - la tolérance de prélèvements injustifiés et à des fins privées effectués par un coadministrateur (*5);
 - la poursuite irréflechie d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif), ayant finalement conduit à la faillite et où les actifs étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers (*6); la poursuite d'une activité gravement déficitaire, au-delà du raisonnable, sans aucune chance de redressement (*7); le fait de n'avoir pas fait la déclaration de la faillite dans le délai légal et d'avoir prolongé une situation gravement déficitaire (*8);
 - l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire durant deux années, l'acceptation que le nombre d'administrateurs prévu par la loi n'ait plus été atteint depuis plusieurs années, l'oubli de veiller à ce que les comptes soient régulièrement tenus, une convocation de la société par les services d'enquêtes commerciales s'étant avérée nécessaire pour qu'une assemblée générale extraordinaire se tienne et que les comptes relatifs à trois exercices successifs soient hâtivement établis (*9);
 - la mise en place d'une «caisse noire»;

(*1) *Ibid.*

(*2) Comm. Malines, 5 mars 2009, *Cour. fisc.*, 2009, liv. 14, p. 628; *T.R.V.*, 2010, liv. 1, p. 71 et note D. DESCHRIJVER et *J.D.S.C.*, 2010, n° 955, p. 137.

(*3) Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523.

(*4) Liège (7^{ème} ch.), 3 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2001, n° 322, p. 211; *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 148 et note W. DERIJCKE.

(*5) Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196.

(*6) P. COPPENS et F. T'KINT, «Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 488. Voy. p. ex. Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201 et obs. Cl. PARMENTIER; Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261.

(*7) Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, n° 197, p. 232, obs. M. CALUWAERTS; *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261; Bruxelles (9^{ème} ch.), 4 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, liv. 9, p. 960 et *J.D.S.C.*, 2010, n° 953, p. 120 et note M.A. DELVAUX intitulée «Deux fondements fréquents de la responsabilité des dirigeants d'une société qui périclète».

(*8) Comm. Malines, 5 mars 2009, *Cour. fisc.*, 2009, liv. 14, p. 628; *T.R.V.*, 2010, liv. 1, p. 71 et note D. DESCHRIJVER et *J.D.S.C.*, 2010, n° 955, p. 137.

(*9) Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *D.A.O.R.*, 2003, liv. 65, p. 70.

- la violation de la législation fiscale (*1);
- l’omission systématique de payer le précompte professionnel pendant une période de 18 mois (*2), (*3);
- le défaut de provisionner une dette fiscale (*4);
- l’absence d’adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales relatives au capital minimum (*5), privant la société des fonds dont elle a besoin (*6);
- l’acceptation d’une traite pour le compte de la société par un administrateur, sachant pourtant que les marchandises livrées ne sont pas conformes à la commande et qu’elles ont été renvoyées à l’expéditeur (*7);
- la gestion de fait d’une société sous le couvert d’hommes de paille (*8);
- le désintérêt de l’évolution des affaires de la société, à condition qu’il soit précisément établi (*9);
- 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 (*10);

(*1) A apprécier bien sûr au cas par cas: si la violation de la législation fiscale est involontaire et apparaît comme la conséquence du déclin financier de l’entreprise, l’appréciation sera différente de l’hypothèse où le non-respect des obligations fiscales s’identifie à un mode de financement délibérément mis en place par les dirigeants. Notons que la loi-programme du 20 juillet 2006 (*M.B.*, 28 juillet 2006, 2^{ème} éd., p. 36.921, art. 14, 15 et 16) a substantiellement aggravé la responsabilité des dirigeants sur le plan fiscal, de façon plutôt «sournoise» et susceptible de surprendre leur diligence; elle a inséré en effet deux nouveaux cas de responsabilité, non pas dans le Code des sociétés mais dans des textes «étrangers» (l’un dans le Code des impôts sur les revenus 1992, art. 442^{quater} et l’autre dans le Code TVA, art. 93^{undecies}C), en faveur d’un créancier qu’elle a souhaité privilégier: l’administration fiscale. Ces dispositions prévoient la responsabilité *solidaire* des dirigeants de la société lorsque cette dernière ne paie pas le précompte professionnel ou la TVA, à la condition que ce manquement soit imputable à une faute commise dans la gestion de la société au sens de l’art. 1382 C. civ. Le texte instaure une *présomption réfragable* de faute au sens de cet article dans le chef des personnes chargées de la gestion journalière en cas de *non-paiement répété* par la société du précompte professionnel ou de la TVA, à moins que le non-paiement provienne de difficultés financières qui ont donné lieu à l’ouverture de la procédure de concordat judiciaire (devenue réorganisation judiciaire), de faillite ou de dissolution judiciaire. Ce n’est pas le lieu de détailler cette responsabilité ici.

(*2) Comm. Malines, 5 mars 2009, *o.c.*

(*3) Comm. Anvers, 19 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2012, n° 1047, p. 145; *Cour. fisc.*, 2010 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 18, p. 716; *R.W.*, 2011-12, liv. 23, p. 1049; le non-versement systématique du précompte professionnel peut, suivant les circonstances de l’espèce, constituer une faute grave et caractérisée engageant la responsabilité personnelle des dirigeants d’une SA; lorsque les difficultés financières de la société ne sont pas que temporaires, il n’est pas justifié pour les administrateurs d’une SA de retarder la faillite en se procurant du crédit au détriment du Trésor.

(*4) Liège, 21 mai 2010, *R.R.D.*, 2009, n° 133, p. 349; *J.D.S.C.*, 2011, n° 1011 et obs. M.A. DELVAUX.

(*5) Comm. Liège (3^{ème} ch.), 24 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2002, n° 414, p. 213; Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX; *R.W.*, 2003-04, liv. 1, p. 33; Liège, 13 février 2007, *R.R.D.*, 2007, liv. 123, p. 145; *J.D.S.C.*, 2009, n° 913, p. 226.

(*6) Liège, 21 mai 2010, *o.c.*

(*7) Comm. Anvers, 29 juin 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 309.

(*8) Liège, 21 mai 2010, *o.c.*

(*9) Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196 (*quod non in casu*: le simple fait d’attendre la fin de l’exercice social s’étendant en l’espèce sur 18 mois pour demander le détail des comptes et les résultats concrets de la société gérée n’a pas été considéré comme faute grave dans un contexte où la société bénéficie des services d’un comptable sérieux et où rien ne permet de craindre que le codirigeant qui gère activement la société ne commet des erreurs de gestion ou des malversations).

(*10) Comm. Gand (6^{ème} ch.), 22 juin 2006, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2006, liv. 5, p. 281 et *J.D.S.C.*, 2008, n° 846, p. 180.

- d’une façon générale: une politique aventureuse, toute faute impardonnable ou manifeste et incontestable. (*1)

Par contre, avant l’entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006 (*2), le «simple» non-paiement des charges sociales n’a généralement pas été reconnu comme une faute grave et caractérisée lorsqu’il est involontaire et est la conséquence de l’évolution défavorable des affaires de l’entreprise (*3); il a été considéré que l’absence de paiement des charges sociales constitue par contre une faute grave lorsqu’il constitue un mode de financement délibérément choisi par les dirigeants de l’entreprise. (*4) Nous verrons au point II l’évolution de cette appréciation relativement aux dettes sociales suite à l’entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006.

De même, la seule constatation comptable de l’importance du passif fiscal de la faillite ne permet pas l’engagement de la responsabilité des gérants pour faute grave et caractérisée; le fait de croire à tort dans les chances de redressement de l’entreprise gérée est une faute de gestion qui ne présente toutefois pas, à elle seule, le caractère de gravité requis par l’action en comblement de passif. (*5)

Dans une espèce tranchée le 10 juin 2010 (*6), la cour d’appel de Liège a rejeté le caractère «grave et caractérisé» de la faute retenue dans le chef de l’administrateur d’une SA (*7), d’une part parce que la gestion administrative et comptable de la société avait été confiée à un autre administrateur et, d’autre part, parce que l’essentiel du passif était déjà constitué lors de la disparition du fondateur administrateur délégué, la société n’exerçant ensuite plus aucune activité de sorte qu’il n’y a pas eu d’aggravation du passif qui soit imputable au seul dirigeant encore poursuivi en appel (la condamnation de la fondatrice administrateur étant devenue définitive en premier degré).

Dans une espèce tranchée le 23 mars 2006 (*8), la 2^{ème} chambre du tribunal de commerce de Mons a considéré que:

- n’a pas commis de faute grave et caractérisée ayant contribué à la survenance de la faillite le dirigeant qui, même tardivement, a réagi de manière énergique et adaptée en dénonçant les dysfonctionnements de la société et en demandant la tenue d’une assemblée générale pour délibérer sur les mesures à prendre compte tenu de la

(*1) Liège (7^{ème} ch.), 1^{er} février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 412, p. 207; *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 179; *D.A.O.R.*, 2001, p. 163 (*quod non in casu*).

(*2) Loi-programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^{ème} éd., p. 36.921, art. 56, 57 et 58. *Voy. infra* point 2.

(*3) *Voy.* l’arrêt de la cour d’appel de Liège du 24 octobre 2003 (*J.D.S.C.*, 2005, n° 665, p. 174 et note M.A. DELVAUX intitulée «Où l’on apprend que l’état de nécessité permet aux dirigeants de méconnaître en toute impunité les obligations sociales et fiscales pesant sur la société gérée», *F.J.F.*, n° 2005/125, liv. 5, p. 407) se référant à l’état de nécessité pour rejeter la responsabilité des dirigeants.

(*4) Liège (7^{ème} ch.), 13 janvier 2004, *J.D.S.C.*, 2005, n° 667, p. 183 et obs. M.A. DELVAUX.

(*5) *Ibid.*

(*6) *R.R.D.*, 2009, n° 133, p. 355 et *J.D.S.C.*, 2011, *o.c.*

(*7) Les fautes reprochées étaient le désintérêt de la gestion de la société faillie, une démission des fonctions de dirigeant de la société de manière intempestive moins de deux mois après sa nomination et l’absence de convocation d’un conseil d’administration, notamment pour vérifier si sa démission était acceptée et publiée.

(*8) *J.D.S.C.*, 2006, n° 732, p. 129.

situation comptable catastrophique (absence de faute grave et caractérisée), et ce d'autant plus que ce dirigeant ne détenait qu'un pourcentage minime du capital ne lui permettant pas d'influer sur les votes à l'assemblée générale (absence de lien causal);

- a, par contre, commis une faute grave et caractérisée, mais qui n'a pas contribué à la faillite et n'engage dès lors pas sa responsabilité (absence de lien causal), le dirigeant qui n'a pas pris part activement à la gestion de la société et qui n'a pris aucune initiative pour dénoncer les dysfonctionnements ou y porter remède, mais qui n'était pas actionnaire, toute démarche active de sa part étant presque certainement vouée à l'échec. Cette justification nous paraît largement discutable.

b. La faute grave et caractérisée présumée de manière irréfragable par le législateur.

9 La loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés (*1) a créé une *responsabilité objective* des administrateurs de sociétés faillies dans le cadre de l'action en comblement de passif.

Elle a en effet ajouté un alinéa aux articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés pour instaurer une *présomption irréfragable* (*2) de faute grave et caractérisée, en ces termes (selon la formulation *actualisée en 2013*) (*3): « *Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux* ».

La formulation initialement retenue, et à laquelle se référait expressément la loi du 4 septembre 2002, était « *la fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2 de la loi du 11 janvier 1993* ».

Pour tenter de comprendre cette formule, il fallait rechercher les travaux préparatoires de la loi du 7 avril 1995 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux (*4) qui citaient des exemples de ce qu'il convenait d'entendre par *fraude grave et organisée*.

Ainsi, est considérée comme telle la fraude « *qui consiste en un évitement ou un remboursement illicite d'impôts, réalisé à l'appui d'un faux en écriture, commise en exécution d'un montage initié à cette fin, comportant une succession de transactions et/ou l'intervention d'un ou plusieurs intermédiaires, ainsi que le recours, au plan*

(*1) *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s. À défaut de disposition expresse en sens contraire, cette loi est entrée en vigueur dix jours après sa publication au Moniteur belge, soit le 1^{er} octobre 2002.

(*2) Voir la justification de l'amendement et la précision du caractère irréfragable de la présomption: *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1132/007, p. 5.

(*3) Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des Sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s., en vigueur le 1^{er} octobre 2002. À noter que la loi du 11 janvier 1993 a encore été modifiée par une loi du 15 juillet 2013 portant des dispositions urgentes en matière de lutte contre la fraude (*M.B.*, 19 juillet 2013 – entrée en vigueur le 29 juillet 2013), les articles 9 à 13 concernant tout particulièrement la responsabilité des dirigeants de sociétés.

(*4) *M.B.*, 10 mai 1995, p. 12.378.

national ou international, à des mécanismes de simulation ou de dissimulation, notamment des structures sociétaires ou des constructions juridiques » (*1).

La gravité de la fraude résulte notamment de « *la confection et/ou l'usage de faux documents, du montant élevé de la transaction et du caractère anormal de ce montant, eu égard aux activités ou à l'état de fortune du client* ».

L'organisation de la fraude résulte notamment de « *l'utilisation d'un montage qui prévoit des transactions successives et/ou l'intervention d'un ou plusieurs intermédiaires, dans lequel sont utilisés soit des mécanismes complexes, soit des procédés à dimension internationale (même s'ils sont utilisés au niveau national. Les mécanismes complexes se traduisent par l'usage de mécanismes de simulation ou de dissimulation faisant appel notamment à des structures sociétaires ou des constructions juridiques* ».

L'exigence de l'organisation de la fraude a finalement disparu (*2), seule l'exigence de gravité subsistant. Toute fraude fiscale n'est cependant pas directement présumée être une faute grave et caractérisée puisqu'il faut encore que cette fraude soit qualifiée de grave, selon l'appréciation du juge saisi.

Cette présomption irréfragable de faute grave et caractérisée définie par le législateur facilite évidemment la tâche du demandeur à l'action en comblement de passif puisqu'elle n'autorise même pas la preuve contraire; reste au dirigeant qui se voit reprocher une *fraude fiscale grave, organisée ou non*, au sens de la loi sur le blanchiment des capitaux, à démontrer que cette faute n'a en aucune façon contribué à la faillite (voy. *infra*, point 3.).

(*1) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 3058/1, pp. 51 et 52, cité par la note d'information du 8 mars 2010 destinée aux réviseurs d'entreprises visés à l'article 3, 3° de la loi du 11 janvier 1993 (T1003) publiée par la Cellule de Traitement des Informations Financières (C.T.I.F.) à destination des professionnels du chiffre, point 5.4, pages 12 et 13; cette note dans son intégralité est disponible à l'adresse suivante: <http://www.ctif-cfi.be/website/images/FR/t1004professionsduchiffrefr.pdf>.

(*2) Loi du 15 juillet 2013 précitée, articles 9 à 11 remplaçant dans les articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés les mots « *fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2* » par les mots « *fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3* ».

2. La faillite et l'insuffisance de l'actif

10 L'action en comblement de passif ne peut être intentée qu'en cas de faillite de la société dirigée (*1), et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales.

A noter que l'action ne doit pas nécessairement être introduite avant la clôture de la faillite. (*2) Il a été jugé que la question de savoir si certaines opérations ou décisions prises par les anciens dirigeants d'une société sont ou non constitutives de fautes graves et caractérisées ne peut, dans certains cas, être tranchée qu'après la clôture de la faillite, notamment parce que certaines faillites sont parfois clôturées dans un délai très bref, de sorte qu'il peut s'avérer intéressant, pour les créanciers pris individuellement, de n'introduire leur action qu'après avoir constaté que le curateur n'agirait pas par lui-même; les créanciers ne peuvent en outre chiffrer précisément leur dommage qu'après la clôture de la faillite, car ce n'est qu'à ce moment qu'ils savent s'ils ont ou non reçu des sommes dans le cadre de la liquidation. (*3)

3. La contribution de la faute à la faillite

11 La faute reprochée au dirigeant ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait *contribué*, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause. (*4)

Il a été jugé que:

- l'omission de tirer la sonnette d'alarme en cas de perte grave de l'actif net est une faute qui a *retardé la survenance* de la faillite *sans toutefois y contribuer* (*5);

(*1) Signalons un arrêt de la Cour de cassation (1^{ère} ch.) du 17 octobre 2008 (*R.A.B.G.*, 2009/8, p. 537; *J.D.S.C.*, 2010, n° 960, p. 163) prononcé dans une hypothèse particulière puisque la faillite de trois sociétés distinctes mais liées est prononcée par un *seul jugement*, la responsabilité des dirigeants de chacune des sociétés étant recherchée sur pied de l'art. 530 C. soc. avec trois passifs traités comme *une seule masse*. Dans le jugement déféré à la Cour, la cour d'appel de Gand avait constaté que les administrateurs ne faisaient en réalité aucune distinction entre les différentes sociétés et que les éléments de fait susceptibles de fonder leur responsabilité concernaient effectivement chacune des sociétés (soit l'une, soit deux, soit les trois) (Gand (7^{ème} ch.), 6 novembre 2006, *D.A.O.R.*, 2007, liv. 82, p. 208 et *J.D.S.C.*, 2009, n° 916, p. 237). Les fautes retenues à leur charge étaient le non-respect des règles comptables, le dépôt tardif de comptes annuels comportant des informations incorrectes, l'omission de tirer la sonnette d'alarme, le fait de tirer un profit personnel de certains actes sans respecter les règles applicables aux conflits d'intérêts, la reconnaissance de l'existence de graves difficultés dans la gestion journalière de la société et le caractère tardif de la réaction face à la situation de la société. Pour établir la condition d'*insuffisance d'actif* nécessaire pour l'action en comblement de passif, la Cour de cassation souligne que *c'est l'ensemble de la masse* qui doit être pris en considération pour établir la différence entre les bénéfices et les dettes.

(*2) L'obligation d'informer le curateur de l'introduction de pareille action, prévue à l'art. 265, § 1^{er}, 2^{ème} al. et que nous examinerons ci-après, ne s'impose évidemment pas lorsque la faillite est clôturée au jour de l'introduction de l'action en comblement de passif.

(*3) Comm. Anvers, 19 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2010, n° 1047, p. 145; *Cour. fisc.*, 2010 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 18, p. 716 et *R.W.*, 2011-12, liv. 23, p. 1049.

(*4) Voy. p. ex. Gand, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 976; voy. A. BENOIT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. dr.*, 1991, p. 110.

(*5) Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200; *R.D.C.*, 2001, p. 739.

C. SOC. ART. 265 – 20

- l’embellissement du bilan constitue une faute qui n’est *pas directement une cause* de la faillite et *ne contribue pas* davantage à celle-ci (*1);
- dès lors que le projet économique sur lequel reposait la société s’est rapidement révélé catastrophique, mais n’était pas en lui-même utopique ou aventureux, que l’insuffisance des moyens prévus n’est pas démontrée, mais qu’il semble bien que les difficultés de la société résultent, en réalité, de choix malheureux eu égard à la conjoncture défavorable dans le secteur d’activités concerné et que la décision des administrateurs de poursuivre les activités ne peut en soi leur être reprochée, les manquements de ces administrateurs aux obligations comptables et aux dispositions légales, bien que graves, n’ont cependant pas contribué en eux-mêmes à la faillite. (*2)

Une faute grave et caractérisée qui n’a pas contribué à l’apparition du passif ou à la non-réalisation ou à la perte d’actifs ne conduit dès lors pas à la responsabilité dans le cadre de l’action en comblement de passif. Ainsi, dans une espèce où l’inactivité des dirigeants pendant la période litigieuse avait été jugée fautive, la cour d’appel de Gand a rejeté l’action en comblement de passif après avoir constaté que durant cette période d’inactivité, aucune nouvelle dette n’avait vu le jour, toutes les créances au passif de la faillite existant déjà précédemment. (*3) Dans une espèce où les administrateurs d’une SA n’avaient pas repris une dette et un cautionnement dans les comptes, la même cour a rejeté l’action en comblement de passif en soulignant que ne pas reprendre une dette ou ne pas constituer de provision pour cette dette ne peut pas être considéré comme une donnée *qui a contribué à la faillite*: reprendre ou non la dette ou le cautionnement ne modifie en effet pas la situation réelle de la société.

N’ont par définition pas contribué à la faillite les faits, même fautifs, *postérieurs* à celle-ci. (*4)

C. TITULAIRES DE L’ACTION

12 On s’est longtemps demandé si le curateur bénéficiait d’un véritable monopole pour intenter l’action en comblement de passif, ou si une initiative individuelle d’un créancier isolé était envisageable.

Jusqu’en 2002 (*5), la jurisprudence comme la doctrine considéraient de façon assez unanime que pareille action en responsabilité était réservée en exclusivité au

(*1) *Ibid.*

(*2) Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, n° 733, p. 134 et *D.A.O.R.*, 2003, liv. 65, p. 70.

(*3) Gand (7^{ème} ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, p. 480; *J.D.S.C.*, 2007, n° 785, p. 107 et obs. M.A. DELVAUX.

(*4) Bruxelles (9^{ème} ch.), 13 janvier 2005, *D.A.O.R.*, 2007, liv. 82, p. 204; *J.D.S.C.*, 2009, n° 898, p. 165 relativement à la captation du fonds de commerce de la société par un administrateur.

(*5) Voy. *supra* la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés.

curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers; les créanciers isolés n'étaient pas recevables à agir en comblement de passif et l'action s'éteignait à la clôture de la faillite. (*1)

Il a été jugé que ce monopole d'action du curateur n'était pas contraire à l'article 6, 1., de la convention européenne des droits de l'homme «*dès lors que l'article 63ter (des LCS) ne confère aucun droit subjectif aux créanciers particuliers mais uniquement à la masse faillie*». (*2)

Restait alors au créancier individuel la possibilité de fonder ses prétentions sur l'article 1382 C. civ., avec les difficultés de prouver la faute mais surtout le lien causal strict de celle-ci avec son dommage.

Cette consécration jurisprudentielle et doctrinale d'un monopole du curateur pour introduire l'action en comblement de passif a été complètement anéantie par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés. (*3) Elle a ajouté un alinéa supplémentaire à l'article 265 du Code des sociétés en ces termes: «*L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'ac-*

(*1) Voy. Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997 (*J.D.S.C.*, 1999, n° 100, p. 246 et note M.A. DELVAUX, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT) en ces termes: «*Que ce dommage et le droit à réparation qui en résultent sont communs à l'ensemble des créanciers (Cass., 2 mars 1995, R.D.C., 1995, p. 569; Cass., 12 février 1981, R.C.J.B., 1983, p. 5), sans qu'une somme quelconque ne doive revenir à un créancier déterminé; (...) qu'en effet, une telle action tend (...) à réparer un dommage collectif (...) et vise donc à reconstruire la masse faillie*» (à noter que cette idée de préjudice «collectif», dont chacun souffre de manière égale, n'est qu'une vue de l'esprit; en réalité, le dommage se répercute de manière très différente sur les créanciers suivant qu'ils sont préférentiels ou chirographaires). Dans le même sens, le tribunal de commerce de Bruxelles a considéré, dans un jugement du 14 février 1983 (*Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326; *R.D.C.*, 1983, p. 602 et obs.), que si l'action contre les fondateurs pour capital de fondation manifestement insuffisant peut, à la clôture de la faillite, être introduite par les créanciers, ces derniers reprenant l'exercice de leurs droits et pouvant donc l'intenter individuellement, il n'en va pas de même pour l'action en comblement de passif qui ne peut être introduite que par le curateur et s'éteint à la clôture de la faillite. En conséquence, lorsque le curateur estime inopportun ou matériellement impossible de l'intenter, les tiers sont privés d'un recours individuel fondé sur cette disposition, même après la clôture de la faillite. La jurisprudence semblait bien fixée en ce sens jusqu'à la modification législative de 2002. Voy. not. Civ. Liège, 12 février 1982, *J.C.B.*, p. 625 et note Y. DUMON; Comm. Bruxelles, 22 octobre 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 244 et *J.C.B.*, 1982, p. 574; Comm. Bruxelles, 17 mai 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 55; Anvers, 13 février 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; Bruxelles, 7 décembre 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 106; Bruxelles, 18 février 1997, *Pas.*, 1996, II, p. 40; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 778; O. POELMANS, «L'affaire des *Forges de Clabecq* et le droit de la faillite» (note sous Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, pp. 75 et 77-78 (ce dernier auteur signale que l'action en comblement de passif devrait plutôt être qualifiée d'*action en restitution d'actif*, ce qui soulignerait davantage le rôle joué par le curateur); O. RALET, *o.c.*, p. 182; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 795; I. VEROUGSTRATE, «L'action en comblement de passif», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, CDVA, 1983, p. 441 et *Manuel du curateur de faillite*, Bruxelles, Swinnen, 1987, n° 835; L. DABIN et A. BENOIT-MOURY, *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. 6, 23 octobre 1986, p. 149; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 52, p. 778; J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 295.

(*2) Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT; *J.D.S.C.*, 1999, n° 100, p. 246 et obs. M.A. DELVAUX.

(*3) *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s.

tion éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.» À défaut de disposition expresse en sens contraire, la loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002.

Cette modification fondamentale résulte d'un amendement déposé par le Gouvernement (*1); celui-ci partait du constat que lorsqu'une société commerciale fait faillite, ses dirigeants peuvent encourir deux types de sanctions: d'une part, l'interdiction professionnelle fondée sur l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 (voy. *infra* au point F.), d'autre part, une responsabilité aggravée avec prise en charge de tout ou partie du passif, avec ou sans solidarité, dans la mesure fixée par le juge, en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

Ces deux mesures ont été introduites concomitamment par la loi du 4 août 1978. (*2)

La pratique a toutefois permis de constater que la responsabilité aggravée des dirigeants en cas de faute grave et caractérisée n'était appliquée que dans un nombre très peu élevé d'hypothèses, notamment parce que la jurisprudence estimait que seul le curateur pouvait poursuivre les dirigeants de société sur cette base. Or les curateurs ont souvent semblé frileux à introduire pareille procédure, complexe, généralement très longue et au résultat aléatoire, alors même que le tribunal de commerce les presse fréquemment à clôturer les faillites qu'ils gèrent dans les meilleurs délais.

La loi sur les faillites du 8 août 1997 (*3) avait modifié le régime des interdictions professionnelles en introduisant la possibilité, pour chaque créancier individuel, de solliciter l'application de pareille sanction, mais cette possibilité d'agir individuellement n'avait curieusement pas été reconnue au créancier dans le cadre de l'action en comblement de passif; pourquoi cette divergence de solution, alors qu'une extension du droit d'agir semblait déjà opportune en 1997?

L'objectif clairement affirmé du législateur de 2002 était d'encourager les actions en comblement de passif en permettant à tous les préjudiciés d'intenter une procédure contre le ou les dirigeant(s) fautif(s).

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

Le régime actuel est le suivant: le créancier agissant individuellement doit en informer préalablement le curateur (*5); ceci permet au curateur d'intervenir volontairement à la procédure ou d'intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

(*1) Amendement n° 36 du Gouvernement, présenté et détaillé dans *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin. 2000-01, n° 1132/007, pp. 3 à 5 et 1132/013, pp. 128 à 134.

(*2) Loi du 4 août 1978 de réorientation économique, art. 82, 91 et 94, *M.B.*, 17 août 1978.

(*3) *M.B.*, 28 octobre 1997, p. 28.562.

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

(*5) A moins, comme signalé ci-avant, que l'action soit introduite *après* la clôture de la faillite.

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

Selon les auteurs du texte, ce résultat exclusif ne heurte pas le principe d'égalité. D'une part, ce sacro-saint principe d'égalité reste souvent lettre morte dans la pratique des faillites, lorsque l'on constate le nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur comme les procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers (est cité comme exemple l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage); d'autre part, la volonté des auteurs du texte est clairement d'inciter le créancier individuel à agir; or s'il se retrouve sur pied d'égalité avec les autres créanciers inertes, on ne voit réellement pas ce qui le motiverait à introduire une quelconque action en justice contre les dirigeants.

Dans un arrêt du 10 décembre 2008 (*1), la Cour de cassation précise que lorsque l'action en comblement de passif est exercée par un créancier isolé *conjointement avec celle du curateur*, elle ne peut tendre qu'à la réparation de son préjudice propre, indépendant de la perte de sa créance sur la société ou résultant d'une faute étrangère à celle qui a causé le préjudice collectif.

Dans les conclusions précédant cet arrêt (*2), l'avocat général VANDERMEERSCH souligne que le droit d'action du créancier isolé, concurrent à celui du curateur, *«pourrait conduire le juge à condamner le gérant gravement fautif à réparer deux fois le même dommage (...). En effet, si le juge fait droit tant à la demande du créancier lésé qu'à l'action du curateur, le dommage du créancier lésé pourrait se voir indemnisé une première fois par la réparation directe du préjudice subi par le créancier agissant et une seconde, par le comblement du passif au profit de la masse suite à l'action du curateur»*.

Il propose dès lors de distinguer deux hypothèses: *«La première est celle où le créancier lésé agit seul à l'égard du gérant fautif en l'absence de toute action du curateur. Dans ce cas, conformément à l'article 265, § 1^{er}, alinéa 3, le montant alloué par le juge est limité au préjudice réellement subi par le créancier agissant (*3) et lui revient exclusivement. Par contre, lorsque le créancier lésé agit concomitamment avec le curateur, ce dernier a le monopole de l'action en ce qui concerne l'en-*

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

(*2) Concl. D. VANDERMEERSCH présentes sur le site www.cass.be et publiées dans *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907.

(*3) Ce préjudice ne sera déterminé en général que lorsque l'ampleur du dividende est déterminée, s'il s'agit d'un créancier ordinaire ou pourvu d'un privilège général (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 2003, p. 633).

*semble des créances admises au passif (*1): conformément à la jurisprudence de la Cour, le curateur, qui agit en justice au nom de la masse, exerce les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers (*2). (...) Dans cette hypothèse, l'action concomitante du créancier lésé à titre individuel ne peut être exercée que lorsqu'elle a pour objet la réparation d'un préjudice qui lui est propre, distinct de celui de la masse que subissent l'ensemble des créanciers, ou lorsque son action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif (*3).»*

Ainsi, nous pouvons récapituler comme suit:

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

On constate que cette petite révolution introduite par la loi du 4 septembre 2002 en ce qui concerne l'action en comblement de passif n'a pas impliqué un accroissement substantiel des actions en responsabilité aggravée des dirigeants, les créanciers individuels étant peu nombreux à en profiter.

D. JURIDICTION COMPÉTENTE POUR CONNAÎTRE DE L'ACTION ET POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE

13 L'action en comblement de passif relève de la compétence du tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

Elle nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation au niveau de la faute, d'une part, au niveau de la contribution à la dette d'autre part.

Relativement à la faute, et hors les hypothèses de présomptions légales irréfragables, il n'est pas toujours aisé pour le magistrat de considérer que la faute est *établie*, puis de la *qualifier* de grave et caractérisée (toute faute commise par un gérant ne constitue pas forcément une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner sa

(*1) Lors de son audition au Sénat, le représentant de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone a plaidé en ce sens: «L'intervenant accepte que l'on garde le droit d'action individuel des créanciers mais celui-ci doit être subordonné à l'action collective du curateur. L'action individuelle qui serait intentée par un créancier doit cesser dès qu'une action collective est menée. Le préjudice du créancier individuel est en effet inclus dans le dommage que va réclamer le curateur.» (Doc. Parl., Sénat, 2001-02, 2-877/8, p. 21).

(*2) Cass., 2 mars 1995, RG C.93.0094.F, *Pas.*, 1995, n° 127; Cass., 24 octobre 2002, RG C.00.0476.N et C.00.0477.N, *Pas.*, 2002, n° 564.

(*3) J.-F. GOFFIN, *Responsabilités de dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 228. Comme préjudice propre, cet auteur cite l'exemple du créancier individuel qui s'est porté caution des dettes de la société faillie ou encore l'hypothèse où il a souscrit une augmentation de capital d'une société sur la base de faux bilans présentés par les administrateurs.

responsabilité (*1)). Le magistrat doit éventuellement nuancer l'*imputabilité* distincte de la faute à chacun des gérants en fonction du rôle joué dans sa commission, des obligations particulières pesant sur lui, ... (*2) Il faut enfin établir que cette faute a *contribué* à la faillite, le lien causal devant être apprécié par le juge.

Relativement à l'ampleur de la contribution à la dette, le juge dispose également d'une large palette puisqu'il condamne les gérants à couvrir la totalité ou une partie des dettes de la société, avec ou sans solidarité. L'ampleur de la condamnation des dirigeants, qui supporteront tout ou seulement une quotité du passif social, est donc souverainement décidée par le juge. Selon quels critères?

En vertu du texte légal, la limite maximale de la condamnation est nécessairement l'insuffisance d'actif. Ceci laisse une énorme marge de manœuvre au magistrat.

La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le juge doit statuer *en équité*, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée. (*3) Le gérant peut donc être amené à supporter une condamnation soit qui excède les conséquences objectives de sa faute, soit qui est réduite au regard de celles-ci. Ceci s'explique notamment par le fait que cette source de responsabilité est largement détachée du lien de causalité puisqu'il suffit que la faute ait *contribué* à la faillite.

Le juge peut fixer la condamnation du gérant inactif ou incompetent à une part moins grande que celle des dirigeants plus «effectifs» dans la gestion. (*4) Il tiendra compte, par exemple, de la répartition des tâches entre gérants ou de l'incidence de leurs fautes respectives sur la faillite. (*5)

E. DÉLAI DE PRESCRIPTION

14 L'article 198, 4^{ème} alinéa, C. soc. prévoit que l'action en responsabilité contre les 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. (*6), (*7)

Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les gérants, quel que soit son fondement juridique (*8), de sorte qu'elle s'applique à l'action en comblement de passif.

(*1) Voy. p. ex. la décision du tribunal de commerce de Termonde (2^{ème} ch.) du 5 septembre 1997 (*J.D.S.C.*, 1999, n° 99, p. 244 et obs. M.A. DELVAUX; *T.G.R.*, 1998, p. 75): le tribunal reconnaît qu'une faute a été commise (calcul erroné du prix de revient entraînant de mauvais résultats du chiffre d'affaires) mais qu'elle n'est pas grave au point d'engager la responsabilité du dirigeant sur pied de l'art. 63^{ter} des LCSC (devenu l'art. 265 C. soc.).

(*2) Pour des illustrations, voy. Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 31 décembre 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 96, p. 240 (sommaire); *T.G.R.*, 1998, p. 77. Sur cette appréciation marginale du magistrat, voy. J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207 et Mons, 3 mars 2008, *R.R.D.*, 2007, liv. 124-125, p. 294 et *J.D.S.C.*, 2010, n° 949, p. 102.

(*3) Voy. p. ex. Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 328; J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 303; O. RALET, *o.c.*, p. 186; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, pp. 245-246.

(*4) Voy. not. Mons, 3 mars 2008, *J.D.S.C.*, 2010, n° 949, p. 102 et obs. M.A. DELVAUX.

(*5) Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209; *R.D.C.*, 2000, p. 642.

(*6) 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).

Lorsque cette action en responsabilité est basée sur un ensemble indivisible de faits, la prescription (pour la totalité) ne se prescrit qu'à compter du dernier de ces faits. (*1)

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

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

Nous renvoyons le lecteur aux développements apportés par Dominique MOUGE-NOT sous l'article 198 du présent ouvrage.

F. LIEN AVEC L'INTERDICTION JUDICIAIRE D'EXERCER UNE ACTIVITÉ COMMERCIALE OU DE DIRIGER À L'AVENIR UNE SOCIÉTÉ (*2)

15 L'arrêt royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités a été substantiellement modifié par la loi du 2 juin 1998. (*3)

Parmi les motifs qui permettent au juge de prononcer une interdiction, on trouve, depuis la loi du 4 août 1978 (*4), le fait pour le dirigeant de droit ou de fait, actuel ou

(*7) Il a été jugé que «*Le bref délai de prescription de cinq ans pour les actions en responsabilité à l'encontre des administrateurs (art. 198 C. soc.) qui déroge au droit commun ne constitue aucune violation du principe constitutionnel d'égalité. La ratio legis de ce bref délai est de ne pas laisser trop longtemps les administrateurs dans l'incertitude quant à leur responsabilité, dans l'intérêt du commerce.*» (Gand (7^{ème} ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, 480 et *J.D.S.C.*, 2007, n° 785, p. 107). Plus récemment, la Cour constitutionnelle a été interrogée sur la question de la compatibilité de l'art. 198, § 1^{er}, 4^{ème} tiret, C. soc. avec les art. 10 et 11 de la Constitution et a souligné, dans un arrêt n° 47/2007 du 21 mars 2007 (*J.D.S.C.*, 2007, n° 778, p. 69 et note M.A. DELVAUX intitulée «*Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs*»), qu'il existe une justification objective et raisonnable dans la différence de traitement des victimes que cette disposition instaure, selon que la faute génératrice du dommage qu'elles subissent constitue ou non une faute commise dans le cadre de la gestion d'une société, confirmant la parfaite conformité au principe d'égalité et de non-discrimination.

(*8) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, 1^{ère} éd., 1954, n° 636, p. 405.

(*1) Pour une illustration, voy. Gand (1^{ère} ch.), 28 octobre 2010, *J.D.S.C.*, 2012, n° 1046, p. 141; *T.G.R.-T.W.V.R.*, liv. 2, p. 120, note X ou *Comm. Anvers*, 19 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2012, n° 1047, p. 145; *Cour. fisc.*, 2010 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 18, p. 716; *R.W.*, 2011-12, liv. 23, p. 1049.

(*2) Sur l'ensemble de cette question, on renvoie à l'article de G.-A DAL intitulé «*Les interdictions professionnelles ou l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités*», paru dans le n° 6028 du *J.T.*, 2001, aux pages 769 à 775 et A. MASSET, «*La responsabilité pénale dans l'entreprise*», *Guide juridique de l'entreprise*, 3^{ème} éd., Livre 119.4, Waterloo, Kluwer, 2006, n°s 150 à 185 et Livre 20 «*Droit des sociétés commerciales*», Waterloo, Kluwer, 2006, n°s 150 à 185, pp. 1188 à 1190.

(*3) *M.B.*, 22 août 1998, p. 27.088. Cette loi a apporté trois changements majeurs: une extension de la liste des infractions pouvant mener à l'interdiction, la suppression du caractère automatique de celle-ci et la fixation de la durée pendant laquelle l'interdiction peut être imposée; ces deux derniers changements sont une conséquence immédiate de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 57/98 du 27 mai 1998 qualifiant d'inconstitutionnelles au regard des articles 10 et 11 l'ancienne automaticité de la condamnation en dehors de tout débat judiciaire et sa durée illimitée (voy. égal. l'arrêt n° 87/98 du 15 juillet 1998 confirmant cette position). A noter que plusieurs lois postérieures ont apporté diverses modifications moins fondamentales à l'arrêt royal n° 22.

(*4) Loi de réorientation économique du 4 août 1978, *M.B.*, 17 août 1978.

ancien (*1), d'une société faillie d'avoir commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. (*2) Le ministère public, comme tout créancier resté impayé dans la faillite, peut solliciter le prononcé de pareille interdiction, un débat s'ouvrant alors sur cette question précise.

La jurisprudence exige que celui qui réclame cette mesure d'interdiction professionnelle précise, à tout le moins succinctement, dans son acte introductif d'instance les éléments de fait qui servent de fondement à sa demande; ce n'est pas au tribunal saisi d'une demande d'interdiction qu'il appartient d'énoncer, en lieu et place du demandeur, les faits susceptibles de justifier pareille sanction. Il a ainsi été jugé par la cour d'appel de Bruxelles qu'est nul l'exploit de citation qui énonce seulement que le cité, en qualité d'administrateur-délégué, a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite de sa société, mais s'abstient d'indiquer concrètement un quelconque fait, acte ou comportement fautif. En effet, un tel libellé ne permet ni au cité ni au juge de déterminer concrètement les griefs servant de fondement à la mesure d'interdiction sollicitée. (*3)

A noter que si, par le passé, l'interdiction professionnelle liée à une condamnation pénale «ne faisait l'objet d'aucun débat judiciaire et frappait même parfois des condamnés à leur insu puisque le jugement n'était pas motivé sur ce point» (*4), l'interdiction professionnelle comme peine accessoire prononcée par la juridiction commerciale devait déjà, avant la loi du 2 juin 1998, être précisément motivée, après que le failli ait été entendu, éventuellement assisté de son avocat, en chambre du conseil. Le tribunal peut également estimer nécessaire d'entendre d'autres personnes. Le texte cite le juge-commissaire à titre exemplatif; nous pensons qu'il serait également opportun d'entendre le curateur, personnage central de toute faillite et souvent le mieux à même d'informer le tribunal sur les circonstances particulières de celle-ci et les compétences et qualités du dirigeant.

Comme dans le cadre de l'action en comblement de passif, le prononcé d'une interdiction professionnelle est soumis à un énorme pouvoir d'appréciation du magistrat, qui dispose de la *faculté* d'interdire, non autrement détaillée. On déplore la rareté de la jurisprudence publiée en la matière, ce qui laisse le juge encore plus solitaire face à la décision – ô combien grave – qu'il doit prendre.

Il pourrait être intéressant d'étudier les applications éventuellement divergentes de la notion, pourtant formulée de manière identique, de *faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite*, dans le cadre de la responsabilité des dirigeants, d'une part, de leur éventuelle interdiction professionnelle, d'autre part. Les deux sanctions, établies

(*1) A condition que la publication de leur démission aux annexes du *Moniteur belge* soit au maximum antérieure d'une année à la déclaration de la faillite (art. 3bis, § 1^{er}, de l'A.R. n° 22).

(*2) Art. 3bis, § 2, de l'A.R. n° 22, resté inchangé en 1998.

(*3) Bruxelles, 16 décembre 1999, *R.D.J.P.*, 2000, p. 250; *R.D.C.*, 2000, p. 419, note H.R.; *J.D.S.C.*, 2002, n° 382, p. 111 et obs. P. KILESTE et C. BERTSCH.

(*4) P. KILESTE, C. BERTSCH et C. STAUDT, «Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL», *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Livre 22.2, n° 110, pp. 15-16 et Livre 10 «Droit des sociétés commerciales», 3^{ème} éd., Waterloo, Kluwer, 2006, n° 110, pp. 583-584.

par la même loi du 4 août 1978, sont-elles automatiquement liées, ou bien l'interdiction professionnelle exige-t-elle «un cran de plus» dans la gravité de la faute commise?

Malheureusement, la jurisprudence disponible en matière d'interdiction professionnelle pour faute grave et caractérisée est trop peu abondante à l'heure actuelle pour permettre un tel examen comparatif.

Il nous paraît à tout le moins que l'interdiction professionnelle, en ce qu'elle touche non *pas le patrimoine* du gérant (condamnation pécuniaire), mais directement *sa personne et sa capacité à générer des revenus* (soit l'interdit ne peut plus exercer le commerce, soit il ne peut plus être dirigeant ou commissaire d'une société commerciale (*1)), doit rester une mesure exceptionnelle venant sanctionner uniquement la faute grave et caractérisée qui témoigne de véritables manœuvres frauduleuses destinées à tromper les tiers quant à la gestion de la société. En outre, si la condamnation à réparer le dommage de la victime est une sanction tournée vers *le passé*, l'interdiction professionnelle handicape quant à elle *l'avenir* du dirigeant, sans possibilité de rémission immédiate; dans la typologie des sanctions, elle se place donc clairement parmi les sanctions les plus sévères.

De graves erreurs d'appréciation, négligences ou omissions fautives ne peuvent donc, selon nous, justifier à elles seules une sanction aussi lourde que l'interdiction, même s'il est bon qu'elles ne restent pas impunies, par exemple par le biais d'une condamnation fondée sur l'action en comblement de passif.

A contre-courant de l'opinion «généreuse» qui précède, on retrouve la bonne sagesse populaire qui soutient généralement qu'il vaut mieux prévenir que guérir: ceci implique de privilégier l'interdiction comme mesure visant à éviter de nouvelles sources de fautes, difficultés, responsabilités et indemnisations corrélatives à l'avenir.

Ne nous leurrions pas toutefois quant à la portée de l'interdiction: la réalité de la vie économique permet de constater qu'en pratique, l'interdiction professionnelle est assez fréquemment, et même aisément, contournée par le biais du recours à un *homme de paille* (qui sera souvent une *femme de paille*, à savoir l'épouse ou compagne de l'interdit...).

II. La responsabilité pour les dettes sociales

16 Sous un chapitre intitulé «*Responsabilité personnelle et solidaire des gérants et administrateurs de sociétés en cas de faillite*», la loi-programme du 20 juillet 2006 (*2) a ajouté un § 2 aux articles 265, 409 et 530 C. soc. en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations, inté-

(*1) Art. 3bis, § 2 et 3, de l'A.R. n° 22.

(*2) Loi-programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^{ème} éd., p. 36.921, art. 56, 57 et 58.

rêts 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. (*1)

Cette disposition permet à l'ONSS et au curateur de réclamer à ces dirigeants la totalité ou une partie des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus.

A. CHAMP D'APPLICATION

17 Sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée les gérants *de droit ou de fait, actuels ou anciens*, d'une SPRL ayant un objet commercial.

Nous renvoyons aux développements faits au point I à cet égard, sous la seule réserve suivante: la faveur faite aux gérants de petites SPRL est expressément écartée par le législateur à l'article 265, § 2, 3^{ème} alinéa, de sorte que tous les dirigeants sont tenus de manière identique, même si la SPRL gérée est une petite entreprise.

Nous verrons ci-après que le régime de responsabilité objective instauré par la loi-programme du 20 juillet 2006 a déjà été examiné à diverses reprises par la Cour constitutionnelle.

Quant à son champ d'application, une question qui taraudait encore les auteurs de doctrine vient de recevoir l'éclairage de la Cour constitutionnelle : celle de la divergence de traitement entre les dirigeants d'une société selon qu'elle développe une activité civile ou commerciale. Nous avons déjà rappelé qu'une société civile n'a pas la qualité de commerçant (*2) et ne peut donc corrélativement jamais être déclarée en faillite, de sorte que ses dirigeants ne peuvent être tenus de la responsabilité aggravée en matière d'ONSS. Dans un arrêt du 25 septembre 2014, la Cour (*3) a considéré que « *La différence de traitement entre les personnes selon qu'elles gèrent, administrent ou dirigent, d'une part, une société commerciale ou, d'autre part, une société civile à forme commerciale, une fondation ou une ASBL, repose sur un critère objectif, à savoir la nature civile ou commerciale de la personne morale. Seules les sociétés commerciales peuvent être déclarées en faillite. Dès lors que les dispositions en cause visent des hypothèses de faillites, le critère de distinction qu'elles retiennent est pertinent par rapport à l'objectif de la mesure, qui, par ailleurs, peut se justifier objectivement et raisonnablement. La circonstance que d'éventuelles fraudes seraient commises par les personnes qui gèrent, administrent ou dirigent des sociétés civiles, des ASBL ou des fondations n'est pas de nature à priver à elle seule les dispositions en cause de leur justification.* ».

(*1) Art. 38, § 3octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

(*2) Art. 3, § 4, C. soc.

(*3) C.C. n° 133/2014, 25 septembre 2014 (question préjudicielle), R.D.C. 2014 (sommaire VAN HOE, A.), liv. 9, p. 935; R.D.C. 2015 (sommaire HAEX, D., TIJSKENS, H.), liv. 1, p. 122 et site de la Cour à l'adresse <http://www.const-court.be>.

B. ELÉMENTS CONSTITUTIFS

18 Le moins que l'on puisse dire est que la formulation de l'article 265, § 2, C. soc. ne brille pas par sa transparence, ce qui est inacceptable pour un texte fondateur d'une responsabilité particulière, qui plus est particulièrement lourde.

Tentons de préciser ce qui peut l'être.

Les gérants de SPRL peuvent être personnellement et solidairement tenus responsables de tout ou partie des dettes sociales dues par la société gérée au jour de la faillite dans deux hypothèses:

- s'ils ont commis une *faute grave à la base de la faillite*;
- 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 de l'ONSS*.

Relativement à la première hypothèse, le législateur *présume* de manière *irréfragable* qu'est une faute grave:

- toute forme de fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, comme c'était déjà le cas suite à la loi précitée du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés;
- 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 percepteur des cotisations sociales; ainsi, le simple fait que l'un des co-gérants a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales, et ceci sans limitation dans le temps, entraîne la responsabilité de tous ses co-gérants. Cette forme de responsabilité *objective* (*1) nous apparaît inacceptable puisqu'elle amène chacun à s'interroger sur le passé de ses comparses, seul un hypothétique «*certificat de bonnes mœurs économiques et sociales*» délivré par l'ONSS permettant de le rassurer! (*2)

En outre, le législateur donne au Roi le pouvoir, après avis du comité de gestion de l'ONSS, de déterminer les faits, données ou circonstances qui peuvent également être considérés comme fautes graves; l'arrêté royal sur ce point n'a cependant jamais été adopté à notre connaissance.

A défaut d'entrer dans cette présomption légale irréfragable, que faut-il entendre par *faute grave*? Peut-on appliquer la jurisprudence développée relativement à la notion de faute grave et caractérisée du § 1^{er} de l'article 265? Le législateur de 2006 n'a

(*1) J.-P. RENARD, «Les responsabilités particulières des dirigeants de sociétés en difficultés et le nouveau régime de liquidation des sociétés», in *Le risque entrepreneurial*, VBO-FEB, 2006, p. 108.

(*2) Selon l'expression utilisée par Y. DE CORDT et M.A. DELVAUX dans leur contribution intitulée «La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier», in *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 38.

pas repris le terme «caractérisée» de l'action en comblement de passif qui visait la faute «*nettement marquée*», «*pouvant être perçue comme gravement inadéquate par tout homme raisonnable*», dont «*l'auteur était conscient, ou devait l'être, qu'elle contribuerait à la faillite de la société*» (voy. *supra*, point I.). Nous avons souligné que l'on considère généralement que la faute grave est toujours caractérisée mais qu'une faute caractérisée n'est pas nécessairement grave. Dès lors, il nous semble que la nuance dans les deux textes légaux ne doit pas avoir d'incidence en pratique et dans l'appréciation jurisprudentielle.

D'autre part, les termes «*à la base de la faillite*» exigent-ils un lien causal plus strict que la simple *contribution* de la faute à la faillite prévue au § 1^{er} de l'article

265? Il nous semble qu'une réponse affirmative s'impose: ce n'est pas n'importe quelle faute présentant un lien causal, fut-il ténu, qui peut être fondatrice de responsabilité, mais la faute qui a été prépondérante dans la survenance de la faillite.

Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date. (*1), (*2)

La question s'est posée de savoir si le dirigeant pouvait être personnellement tenu de la dette ONSS d'une société dont la faillite a été déclarée *après* l'entrée en vigueur des articles 265, § 2, 409, § 2 et 530, § 2, C. soc., lorsqu'il a géré au moins deux autres sociétés dont la faillite a été prononcée *avant* ladite entrée en vigueur.

Le tribunal de commerce de Bruxelles (*3) a répondu par la négative, après avoir souligné que la loi-programme du 20 juillet 2006 qui aggrave la responsabilité civile des dirigeants de société en les rendant personnellement responsables des cotisations et majorations ONSS en certaines circonstances ne contient aucune disposition de droit transitoire sur l'étendue d'application dans le temps; elle ne déroge donc pas au principe de la non-rétroactivité des lois. Le tribunal considère dès lors qu'il doit être admis que ces dispositions ne régissent pas la réparation de dommages dont la cause (ou le fait générateur, soit en l'espèce avoir été impliqué dans au moins deux faillites laissant une ardoise sociale) est antérieure à leur mise en vigueur. Lorsque les deux faillites laissant une ardoise ONSS ont été prononcés *avant* l'entrée en vigueur de la loi-programme du 20 juillet 2006, le principe de non-rétroactivité de la loi exclut en effet, selon le tribunal, que la responsabilité du dirigeant soit engagée sur cette base.

Notons que l'ONSS a introduit un appel contre cette décision mais que nous n'avons jamais pu avoir connaissance de l'arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles.

Un jugement de la 29^{ème} chambre du tribunal de commerce de Bruxelles du 9 décembre 2008 (*4) confirme cette thèse selon laquelle, à défaut de dispositions transitoires dérogoires, les conditions de l'article 265, § 2, 1^{er} alinéa, C. soc. doivent être remplies *après* le 1^{er} septembre 2006. C'est la solution adéquate, selon notre analyse.

Cependant, le tribunal de commerce de Tongres a considéré, dans un jugement du 9 octobre 2008 (*5), que la disposition nouvelle prévoit une délimitation très claire dans le temps, à savoir la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite de

(*1) En vertu de l'art. 59 de la loi-programme précitée.

(*2) A noter que c'est par erreur que certains jugements (voy. p. ex. Comm. Tongres (2^{ème} ch.), 9 octobre 2008, *R.W.*, 2008-09, liv. 25, p. 1057; *J.D.S.C.*, 2010, n° 956, p. 144 et note M.A. DELVAUX intitulée «La responsabilité à l'égard de l'ONSS et le droit transitoire») indiquent que l'art. 265, § 2, C. soc. est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 puisque l'art. 59 de la loi-programme prévoit que cette nouvelle responsabilité relative aux cotisations de sécurité sociale après faillite est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date. L'erreur provient sans doute du fait que l'art. 265, § 2, introduit par la loi-programme du 20 juillet 2006 a été légèrement modifié par l'art. 86, 1^o, de la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006 (I), l'art. 89 indiquant que *les modifications* entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

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

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

(*5) Comm. Tongres (2^{ème} ch.), 9 octobre 2008, *R.W.*, 2008-09, liv. 25, p. 1057; *J.D.S.C.*, 2010, n° 956, p. 144 et note M.A. DELVAUX intitulée «La responsabilité à l'égard de l'ONSS et le droit transitoire».

la société, ce qui lui semble suffisant pour considérer que la disposition s'applique *immédiatement*, même si les faillites antérieures se sont produites *avant* la date de son entrée en vigueur. (*1)

Dans l'espèce tranchée par le tribunal de commerce de Bruxelles le 27 novembre 2008 (*2), le dirigeant avait demandé que soit posée une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, sur le point de savoir si le régime de responsabilité aggravée à l'égard de l'ONSS instauré par la loi du 20 juillet 2006 ne constituerait pas une violation des articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où ce régime dérogatoire du droit commun est plus sévère que celui qui concerne les dettes de précompte professionnel et de TVA consacré dans le même texte légal. (*3)

En effet, relativement aux dettes fiscales, seule existe une présomption *réfragable* de responsabilité alors que relativement aux dettes sociales, cette présomption est *ir-réfragable*, 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 (*4), l'article 442*quater* du CIR 1992 prévoit une exclusion de présomption (*5) et une limitation des sommes dues (*6), définit une solidarité fondée sur la faute au sens de l'article 1382 C. civ. (*7) et pose une condition à la recevabilité de l'action. (*8)

Le dirigeant soulignait également que ce régime de présomption irréfragable de responsabilité portait atteinte à son patrimoine en violation de l'article 6 de la

(*1) Dans le même sens, voy. Anvers 5^{ème} ch. bis), 13 octobre 2011, Limb. rechtsl., 2012, liv. 4, p. 260 et note, J.D.S.C. 2013, à paraître; Gand (7^{ème} ch.), 19 décembre 2011, T.G.R.-T.W.V.R. 2012, liv. 3, p. 197, J.D.S.C. 2013, à paraître.

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

(*3) Art. 442*quater* CIR 1992 et 93*undecies*C CTVA.

(*4) Le régime est très similaire en matière de TVA sous réserve que l'art. 93*undecies*C CTVA prévoit que la responsabilité peut être engagée, outre pour le principal et les intérêts, pour les «frais accessoires», non visés par l'article 442*quater*, § 4, CIR 1992.

(*5) Art. 442*quater*, § 3, CIR 1992: «Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1^{er}, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.»

(*6) Art. 442*quater*, § 4, CIR 1992: «La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel.»

(*7) Art. 442*quater*, § 1^{er}, CIR 1992: «En cas de manquement, par une société ou une personne morale visée à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à son obligation de paiement du précompte professionnel, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale.»

Cette responsabilité solidaire peut être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la personne morale lorsqu'une faute ayant contribué au manquement visé à l'alinéa 1^{er} est établie dans leur chef.»

(*8) Art. 442*quater*, § 5, CIR 1992: «L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.»

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai précité, des mesures conservatoires à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement.»

convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisqu'il ne pouvait disposer d'une garantie inhérente au procès équitable devant un tribunal impartial et indépendant susceptible d'être saisi de la contestation des sanctions que poursuit l'ONSS à son égard. Si la sanction prévue par le texte incriminé du Code des sociétés apparaît comme civile, ses modalités d'application la rapprochent par nature d'une *sanction pénale*, au sens large retenu par la Cour européenne des droits de l'homme. Or toute amende pénale nécessite l'instauration d'un mécanisme de recours juridictionnel permettant d'en discuter et de la contester.

Rejetant la demande formulée par l'ONSS, le tribunal de commerce de Bruxelles n'a malheureusement pas examiné cet intéressant moyen de défense.

Cependant, une décision du tribunal de commerce de Mons est venu combler cette frustration (*1) en posant à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle de l'inconstitutionnalité de l'article 265, § 2, C. soc. au regard de la divergence de traitement entre les gérants tenus de dettes sociales ou de dettes de précompte professionnel ou de TVA. Plus précisément, était visée la situation des gérants tenus personnellement et solidairement, suite à la présomption irréfragable, en raison de la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires.

Par un arrêt du 29 mars 2012 (*2), la Cour a rejeté le caractère inconstitutionnel du régime mis en place, après avoir clairement précisé qu'elle ne se prononçait que sur l'hypothèse limitée dont elle avait été saisie, et donc pas sur la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants qui auraient commis une faute grave qui est à la base de la faillite, ni sur ce qui est considéré, au 4^{ème} alinéa de la disposition en cause, comme étant une faute grave.

La Cour commence par rappeler l'objectif du législateur, à savoir garantir une meilleure perception des cotisations de sécurité sociale, en visant en priorité les entrepreneurs malhonnêtes.

La Cour analyse ensuite les deux régimes et souligne que relativement aux dettes *fiscales*, d'une part, le champ d'application est plus large puisqu'il ne nécessite pas la faillite de la société gérée (la responsabilité peut être engagée dès qu'apparaît un manquement aux obligations d'une entreprise au paiement de la TVA ou du précompte professionnel) et d'autre part, l'administration fiscale dispose de possibilités plus larges pour le recouvrement des dettes que l'ONSS ou le curateur. La Cour estime dès lors qu'il est justifié que le dirigeant confronté à une dette fiscale puisse disposer de la faculté de renverser la présomption instaurée par le législateur.

(*1) Comm. Mons (2^{ème} ch.), 26 mai 2011, *J.D.S.C.*, 2011, n° 1012, p. 192.

(*2) C. const., n° 52/2012, 29 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2012, n° 1051, p. 159.

Le jugement montois du 26 mai 2011 (*1) abordait également de manière intéressante deux interrogations nées de la mise en œuvre de la loi-programme du 20 juillet 2006 en matière de responsabilité des dirigeants relative aux dettes ONSS:

1. Faut-il, pour agir sur la base précitée, attendre la clôture de la faillite pour laquelle l'ONSS fait valoir son droit ou la clôture des deux faillites antérieures entraînant des dettes à l'égard de l'ONSS? La réponse est dans les deux cas négative selon le tribunal: d'une part, du fait de la solidarité mise en place par l'article précité, l'ONSS n'est pas tenu d'attendre la clôture de la faillite pour laquelle il fait valoir ses droits et peut agir immédiatement contre le gérant, co-débiteur solidaire; ce dernier sera ensuite subrogé dans les droits de l'ONSS à l'égard de la faillite; d'autre part, les dettes à l'égard de l'ONSS dans les faillites antérieures doivent exister *au jour de la faillite*, peu importe que l'ONSS soit éventuellement remboursé ensuite.

2. Faut-il, pour être considéré comme «impliqué dans une faillite» antérieure, être gérant *au jour de la déclaration de faillite*? La réponse est également négative selon le tribunal: la condition d'*implication* ne se limite pas à l'existence d'un mandat de gérant au jour de la faillite et, dans l'espèce tranchée, l'associé unique lors du jugement déclaratif est pareillement impliqué dans la faillite. L'*implication* suppose l'exercice de fait du pouvoir de gérer la société durant la période d'accroissement des dettes. (*2)

Avant l'arrêt du 29 mars 2012, la Cour constitutionnelle avait déjà été interpellée sur la constitutionnalité du régime de responsabilité aggravée des dirigeants en matière d'ardoise ONSS. (*3) La question préjudicielle partait du constat que le régime de la loi-programme de 2006 a instauré, pour une catégorie déterminée de dirigeants, une responsabilité personnelle et solidaire dérogatoire au régime de droit commun de la responsabilité, sur la base de la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale. La loi-programme n'aurait-elle pas instauré, par ce biais, une responsabilité *objective* sur la base d'une présomption *irréfragable*, ce qui a pour effet d'instaurer un régime dérogatoire au régime normal de la responsabilité et une différence de traitement entre dirigeants, selon qu'ils ont ou non des dettes à l'égard de l'ONSS?

La Cour constitutionnelle a répondu que le tribunal de commerce saisi du litige par le curateur ou l'ONSS vérifie si les conditions légales de la responsabilité personnelle

(*1) Comm. Mons (2^{ème} ch.), 26 mai 2011, *J.D.S.C.*, 2011, n° 1012, p. 192.

(*2) Comm. Tongres (2^{ème} ch.), 9 octobre 2008, *R.W.*, 2008-09, liv. 25, p. 1057; *J.D.S.C.*, 2010, n° 956, p. 144 et note M.A. DELVAUX intitulée «La responsabilité à l'égard de l'ONSS et le droit transitoire».

(*3) C. const., n° 139/2009, 17 septembre 2009, *M.B.* 27 novembre 2009 (extrait), p. 74.249; *NJW*, 2010, liv. 215, 61, note S. DE GEYTER; *R.W.*, 2009-10 (sommaire), liv. 14, 598; *R.W.*, 2009-10, liv. 28, 1178; *Chron. D.S.*, 2009 (sommaire), liv. 10, 554; *R.D.C.*, 2009 (reflet I. VAN MIEROP), liv. 9, 981; *T.B.P.*, 2010, liv. 6, 331; *T.R.V.*, 2010, liv. 1, 52; *D.A.O.R.*, 2007, liv. 82, 204; *J.D.S.C.*, 2010, n° 958, p. 152 et note de M.A. DELVAUX intitulée «Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, § 2, du Code des sociétés».

et solidaire sont réunies et si les dirigeants concernés ont été impliqués, au cours de la période de cinq ans qui a précédé une nouvelle faillite, dans au moins deux autres faillites entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale. Le tribunal examine, en droit et en fait, le montant des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et indemnité forfaitaire dus, sur la base de l'action dont il est saisi. Par conséquent, relativement au montant des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus, le tribunal compétent dispose, dans le cadre du traitement de l'action intentée, du même pouvoir d'appréciation que l'ONSS et le curateur. Dans cette interprétation, la Cour considère que l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction est garanti aux dirigeants concernés, de sorte que la mesure en cause est raisonnablement justifiée à la lumière du but poursuivi et ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

C. TITULAIRES DE L'ACTION

19 L'action est expressément ouverte à l'Office national de sécurité sociale, créancier que le législateur a voulu privilégier, ainsi qu'au curateur de la faillite.

D. JURIDICTION COMPÉTENTE POUR CONNAÎTRE DE L'ACTION ET POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE

20 L'action relève de la compétence du tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

Comme l'action visée au § 1^{er} de l'article 265, elle nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de la faute que l'ampleur de la contribution à la dette.

Relativement à la faute, et hors les hypothèses de présomptions légales irréfragables, il n'est pas toujours aisé pour le magistrat de considérer que la faute est *établie*, puis de la *qualifier* de grave; toute faute commise par un dirigeant ne constitue pas forcément une faute grave susceptible d'entraîner sa responsabilité. De même, le magistrat doit éventuellement nuancer l'*imputabilité* distincte de la faute à chacun des gérants en fonction du rôle joué dans l'omission de payer les dettes sociales, des obligations particulières pesant sur lui, &

Dans la première hypothèse mentionnée au point 18 *ab initio*, il faut enfin établir que cette faute était à la base de la faillite, le lien causal devant être apprécié par le juge.

Relativement à l'ampleur de la contribution à la dette, le juge dispose également d'une large palette puisqu'il condamne les gérants à couvrir la totalité ou une partie des dettes sociales, avec ou sans solidarité.

Nous pensons pouvoir renvoyer aux développements faits ci-avant relativement au pouvoir du juge dans le cadre de l'action en comblement de passif à cet égard.

Le préjudice à couvrir, en tout ou en partie selon l'appréciation souveraine du magistrat, vise les cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54^{ter} de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus par la SPRL au jour du prononcé de la faillite.

E. DÉLAI DE PRESCRIPTION

21 Nous renvoyons aux développements ci-avant relatifs à l'action en comblement de passif et aux commentaires de Dominique MOUGENOT sous l'article 198 du présent ouvrage.

Dans un arrêt du 2 juin 2014 (*1), la Cour de cassation a confirmé que l'action de l'ONSS contre les dirigeants répond aux règles de droit commun de l'interruption de la prescription de sorte qu'elle n'est pas interrompue par l'envoi d'une lettre recommandée adressée par l'ONSS au liquidateur d'une société.

(*1) Cass. (3ème ch.), 2 juin 2014, numéro de rôle S.12.00.74.N., disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse <http://www.cass.be>.