

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

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

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

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

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2020, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, p. 63-163.

General rights

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

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

Take down policy

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

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

*GUJE, 2^e édition – Livres 24.3, 24bis.3, 24ter.4
D.S.C., 4^e édition – Livre 12*

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

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

200. à 230. **La responsabilité des fondateurs dans l'hypothèse du capital insuffisant**
Le rôle et la responsabilité du notaire dans l'établissement du plan financier

N° 1450. – Liège (7^e ch.), 14 janvier 2020¹

Présentation : Cet arrêt retient l'attention quant à l'examen de la responsabilité tant de la fondatrice unique d'une SPRL pour capital manifestement insuffisant que de celle du notaire qui ne l'aurait pas adéquatement conseillée lors de la constitution de sa société.

Sommaire : Dans le cadre d'une action en responsabilité des fondateurs dans l'hypothèse d'un capital manifestement insuffisant, le juge apprécie souverainement le montant de la condamnation prononcée sans être tenu ni de procéder à une analyse du dommage ni d'ordonner une réparation intégrale de celui-ci. C'est en compensation de la simplification de l'analyse du lien causal et des conditions de la solidarité que le législateur a donné au juge un pouvoir particulier qui lui permet de ne pas dépasser les limites d'une sanction civile raisonnable.

Si le notaire auquel est remis le plan financier n'intervient pas dans son élaboration, ne garantit ni le réalisme ni la sincérité des prévisions qu'il contient et ne doit pas apprécier son bien-fondé, cela n'en fait pas un simple dépositaire dudit plan car il est tenu à un devoir général de mise en garde et de conseil vis-à-vis de ses clients ; il doit attirer l'attention des fondateurs sur l'importance du plan financier et sur ses éventuelles insuffisances formelles manifestes ; si le plan financier apparaît illusoire, fumeux, incomplet ou grossier, le notaire doit refuser d'instrumenter.

Le notaire doit également attirer l'attention de ses clients sur l'ensemble des risques que représente une opération pour ceux-ci, sur la portée véritable de leurs opérations juridiques, sur l'efficacité des actes qu'ils signent et sur les conséquences qui peuvent en découler, même si la convention a été négociée en dehors de lui ; cette obligation de mise en garde porte non seulement sur les risques juridiques mais également sur les risques purement économiques. Ce devoir de conseil et de mise en garde du notaire doit s'apprécier en fonction du degré d'instruction de ses clients ; cependant, l'intervention d'autres spécialistes lors de la rédaction du projet d'acte ne dispense pas le notaire de son obligation de conseil, surtout lorsque le projet contient un danger apparent.

C'est au notaire qu'il revient de prouver qu'il a correctement informé le fondateur de l'importance du plan financier et des conséquences qui en découlent pour lui en cas de faillite prématurée de la société, l'insertion d'une clause de style dans son acte étant insuffisante à cet égard.

Parties : S.T./Me G. R. *qualitate qua* faillite SPRL Z. et C.R.

(...)

1450.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général 2018/RG/779.

Antécédents et objet des appels

L'objet du litige et les circonstances de la cause ont été correctement relatés par les premiers juges dans la décision entreprise.

Il suffit de rappeler que Maître G. R., en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL Z., prononcée par le tribunal de commerce de Verviers, le 28 février 2013, a poursuivi devant cette juridiction la condamnation de l'appelante, fondatrice et associée unique de la société faillie, à libérer le capital social souscrit à concurrence de 6.200 €, à lui payer la somme de 12.170 € à titre de remboursement de prélèvements non justifiés effectués sur le compte bancaire de la société, ainsi que l'intégralité du passif produit à la faillite, soit 65.396,68 €. Ce dernier chef de demande est fondé sur l'article 229, 5°, du Code des sociétés.

Il a également réclamé la condamnation solidaire de Maître R.C. au côté de l'appelante au paiement de l'intégralité du passif produit à la faillite, car ce dernier aurait manqué à son devoir de conseil lors du passage de l'acte constitutif de la société en son étude.

Il a postulé leur condamnation aux intérêts, depuis le 8 novembre 2016 envers l'appelante et depuis le 31 juillet 2013 vis-à-vis du notaire C.

L'appelante a reconnu une dette de 16.433,39 € à l'égard de la curatelle (sous déduction éventuelle de paiements effectués depuis le mois d'avril 2017) correspondant aux deux premiers chefs de demande. Elle a sollicité à pouvoir s'en acquitter par versements mensuels de 100 €. Elle a formé une demande en garantie à l'encontre du notaire C. pour toute condamnation dont elle ferait l'objet du fait de l'insuffisance du capital social au jour de la constitution de la société.

Les premiers juges ont condamné l'appelante au paiement d'une somme de 17.293,39 € (6.200 € + 11.093,39 €), à majorer des intérêts légaux depuis le 8 novembre 2016 jusqu'au complet paiement pour les deux premiers chefs de demande.

Ils ont considéré que le capital de la société faillie était, au jour de sa constitution, manifestement insuffisant pour financer l'activité projetée durant les deux premières années et ont condamné l'appelante à ce titre au paiement d'une somme de 10.000 €.

Les dépens ont été liquidés à son égard à la somme de 196,91 € dont à déduire la TVA s'il échet.

La demande de termes et délais de l'appelante a été rejetée, mais il lui a été donné acte de son engagement à apurer sa dette.

Les demandes du curateur et de l'appelante vis-à-vis du notaire C. ont été jugées recevables mais non fondées.

Le curateur et l'appelante ont été condamnés chacun au paiement d'une indemnité de procédure de 600 € vis-à-vis du notaire C.

Les frais de citation du notaire C. exposés par le curateur ont été délaissés à ce dernier.

L'appel de S.T. est limité à sa demande en garantie dirigée contre le notaire C.

Elle postule en outre la condamnation de « *qui de droit* » aux dépens, dont une indemnité de procédure de 3.600 €.

Le curateur forme un appel incident du jugement *a quo* et réitère l'intégralité de ses prétentions d'instance.

Le notaire C. conclut au non-fondement des appels et à la confirmation de la décision attaquée en ce qu'elle le concerne. Très subsidiairement, si une faute causale du dommage de l'appelante était retenue à son encontre, il y aurait lieu à partage de responsabilité et sa garantie vis-à-vis de l'appelante devrait être limitée à ce que celle-ci prouvera avoir effectivement payé au curateur du chef de sa responsabilité de fondateur de la société faillie.

Il liquide ses dépens d'appel à une indemnité de procédure unique de 3.600 € qu'il réclame aux deux appelants.

Discussion

(...)

2. La responsabilité de l'appelante sur pied de l'article 229, 5° du Code des sociétés :

L'article 229, 5° du Code des sociétés dispose que les fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressés des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était lors de la constitution manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

La SPRL Z. a été constituée par acte notarié passé en l'étude de Maître R.C. le 15 février 2011.

La faillite de la SPRL Z. a été prononcée par le tribunal de commerce de Verviers le 28 février 2013, soit moins de trois ans après sa constitution.

Le plan financier de la SPRL Z. a été réalisé avec l'assistance du comptable M.R. Il est daté du 3 février 2011.

Selon ce plan, au terme du premier exercice social fixé statutairement au 31 décembre 2012 (soit un premier exercice de 22,5 mois), la société enregistrerait en perte de 7.465 €. Sa perte à la fin du deuxième exercice, soit au 31 décembre 2013, serait de 3.290 €. Elle serait identique à l'issue du troisième exercice, au 31 décembre 2014.

La société serait donc dans une situation de pertes récurrentes à l'issue de presque quatre années d'activité.

Parmi les moyens mis à la disposition de la société, le plan renseigne un emprunt à plus d'un an de 37.600 € que l'appelante n'a en réalité jamais obtenu pour la société en constitution (cf. le jugement *a quo*, page 12, paragraphe 1^{er} : « *le tribunal apprendra - à l'audience - que S.T. savait, avant de constituer la société, que le prêt envisagé était refusé par sa banque* »).

Le plan mentionne également des avances de l'associé pour 3.750 €, alors qu'il est constant que le capital social n'est libéré qu'à concurrence de 12.400 € et que l'appelante est sans ressources personnelles au jour de la constitution de la société (selon ses dires le capital social souscrit a été partiellement libéré grâce à des aides de sa famille en Russie).

Les charges en personnel sont importantes (ce que reflète le passif de la faillite) parce que l'appelante ne maîtrise pas suffisamment le français pour conclure elle-même des ventes.

« (L) a structure financière (était) à ce point déséquilibrée qu'elle devait fatalement conduire l'entreprise à la ruine, qu'elle qu'ait pu être la gestion de celle-ci »².

Dans ces conditions, il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que la faillite de la société ait été prononcée presque deux ans jour pour jour après sa constitution.

Le capital social et les moyens mis à la disposition de la société existants au jour de sa constitution étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

L'appelante en convient puisqu'elle ne tente pas de démontrer le contraire et cherche uniquement par son appel à mettre en cause la responsabilité du notaire C.

Le curateur reproche aux premiers juges d'avoir limité la condamnation de l'appelante sur pied de l'article 229, 5^o, du Code des sociétés « *à une somme symbolique de 10.000 euros, se référant à la situation financière déclarée précaire dont elle ne justifie au demeurant pas* » (ses conclusions, page 8, paragraphe 3).

Le juge apprécie souverainement le montant de la condamnation prononcée.

« Il n'est pas tenu de procéder à une analyse du dommage, et ne doit pas nécessairement ordonner une réparation intégrale de ce dommage. Il peut s'agir d'une 'proportion' du passif, dît la loi. En d'autres termes, en compensation de la simplification de l'analyse du lien causal et des conditions de la solidarité, le législateur a donné au juge un pouvoir particulier qui lui permet de ne pas dépasser les limites d'une sanction civile raisonnable »³.

L'appelante bénéficie de l'aide juridique de seconde ligne. Afin d'échapper à la précarité (aides sporadiques du CPAS), elle a tenté de lancer une activité indépendante qui s'est soldée par un échec cuisant. Celui-ci est imputable à un manque de connaissance manifeste des règles essentielles de comptabilité et de gestion et des moyens mis à la disposition de la société.

2. MATRAY, D., « Observations sur la responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés » in *Le droit des sociétés*, Chron. Pal. Liège, t. VII, 23 décembre 1989, traduisant les propos de T. BREESCH, R.W., 1980-1981, col. 1674.

3. *T.P.D.C.*, tome 4, n° 1158 ; dans le même sens, WINDEY, J., « Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs », *R.D.C.*, 2001, n° 80, p. 320 et les références, n° 76, p. 319 ; Liège (14^e ch.), 10 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009/7, p. 295.

La simple lecture du plan financier aurait dû la convaincre d'emblée du fait que sans modification drastique dans sa structure financière, son activité était vouée à sa perte. *A fortiori*, s'il est tenu compte du fait que l'emprunt de 37.600 € mentionné n'avait pas été obtenu. La mauvaise foi de l'appelante n'est cependant pas avérée. Celle-ci tente autant que faire se peut d'honorer ses dettes auprès du curateur par des versements certes modestes mais réguliers.

Il ne peut toutefois être question de l'exonérer de fait de toute responsabilité et sa condamnation au paiement d'une somme de 10.000 € en vertu de l'article 229, 5°, du Code des sociétés apparaît comme étant de nature à lui faire comprendre que nul ne peut se lancer dans une activité commerciale en toute impunité. Elle permet également au curateur de disposer d'une créance à son égard susceptible d'apurer dans une certaine mesure le passif social.

3. La responsabilité du notaire C. lors de la passation de l'acte constitutif de la société :

Il est constant que le plan financier déposé par l'appelante chez le notaire C., préalablement à la passation de l'acte constitutif de la SPRL Z., a été établi par un professionnel du chiffre, le comptable M.R.

Ce plan est complet et présente toutes les apparences de sérieux dans son élaboration. La qualité des prestations fournies par le comptable n'est pas mise en cause.

Le fait que l'activité projeté par l'appelante génère des pertes systématiques durant les trois premiers exercices ne permet pas non plus de conclure au caractère fantaisiste dudit plan. On serait même tenté de penser le contraire.

Il n'existe pas d'interdiction formelle pour le fondateur de constituer une société dont le plan financier révèle une activité théoriquement déficitaire au cours des trois premiers exercices.

Dans cette hypothèse, il s'expose toutefois à voir sa responsabilité personnelle engagée en vertu de l'article 229, 5°, du Code des sociétés.

Conformément à l'article 215 du Code des sociétés, le notaire est tenu, préalablement à la constitution de la société, de se faire remettre par les fondateurs le plan financier dans lequel ils justifient le capital social de la société à constituer. Ce plan est conservé par le notaire.

Le notaire auquel est remis le plan financier n'intervient pas dans son élaboration et ne garantit ni le réalisme ni la sincérité des prévisions qu'il contient⁴.

Est-ce dire que le notaire n'agirait que comme un simple dépositaire dudit plan et n'engagerait sa responsabilité que s'il omet de se faire remettre le plan par les fondateurs (article 215 Code des sociétés) ou de le transmettre, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi, au tribunal ayant prononcé la faillite de la société dans les trois ans de sa constitution (article 229, 5°, Code des sociétés).

Non, car le notaire est tenu à un devoir général de mise en garde et de conseil vis-à-vis de ses clients.

4. DE VALKENEER, R., « Le notaire et son devoir de conseil », *Rev. not.*, 2002, p. 374.

En effet, selon l'article 9, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de la loi organique du notariat (loi de Vente) « *Le notaire informe toujours entièrement chaque partie des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels elle intervient et conseille les parties en toute impartialité* ».

Lors de la constitution de la société, il doit d'abord attirer l'attention des fondateurs sur l'importance du plan financier « *et sur ses éventuelles insuffisances formelles manifestes (...) Il pourrait devoir, en cas d'insuffisance caractérisée, refuser son ministère. Le notaire n'a toutefois pas à apprécier le bien-fondé du plan financier.* »⁵.

Dès lors, certains considèrent à raison que « *Devant un plan illusoire ou fumeux, qui ne laisse aucune place au doute... le notaire devra refuser d'instrumenter sauf éventuellement à se réserver une attestation signée par les fondateurs qu'il les a informés de son opinion défavorable et des dangers auxquels ils s'exposent* »⁶.

Il a été jugé dans ce sens que « *le notaire ne peut limiter son intervention à recevoir ce document, ni même à attirer en termes généraux l'attention des fondateurs sur la portée de l'article 123, 7^o, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ; encore lui appartient-il de dénoncer un plan financier qui, à premier examen, se révèle à ce point incomplet ou grossier qu'il n'en a en réalité que le nom* »⁷.

Son devoir de mise en garde et de conseil ne se limite cependant pas à ces seules hypothèses.

Si cela devait être le cas, dès lors qu'en l'espèce la qualité intrinsèque du plan financier n'est pas mise en cause, la responsabilité du notaire C. ne pourrait être engagée.

Il a été également jugé à bon droit que « *un notaire doit attirer l'attention des parties sur l'ensemble des risques que représente une opération pour l'une ou l'autre d'entre elles. Les parties ont le droit d'être éclairées par le notaire sur la portée véritable de leurs opérations juridiques, sur l'efficacité des actes qu'elles signent et sur les conséquences qui peuvent en découler, même si la convention a été négociée en dehors de lui. Cette obligation de mise en garde porte non seulement sur les risques juridiques, mais également sur les risques purement économiques. Le devoir de conseil du notaire lui impose d'avertir d'initiative ses clients des risques auxquels ils s'exposent* (R. De Valkeneer, « Responsabilité notariale », Rev. Not., 2000, pp. 25 et s. et réf. cit.).

Ce devoir est conçu pour suppléer à l'ignorance des parties et doit s'apprécier en fonction du degré d'instruction de celles-ci. En revanche, l'intervention d'autres spécialistes, lors de la rédaction du projet ne dispense pas le notaire de toute obligation de conseil, notamment lorsque le projet contient un danger apparent. »⁸.

Cette jurisprudence est parfaitement transposable en l'espèce.

5. GOVERS, P., « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des notaires », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, C.U.P., n° 03/2006, vol. 86, p. 124, Larcier, 2006.
 6. MICHEL, H., « Plan financier et responsabilité notariale », *J.T.*, 1982, p. 71.
 7. Trib. Comm. Charleroi, 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 99/564.
 8. Bruxelles, 6 septembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, p. 13776.

Le notaire C. n'est pas le rédacteur du plan financier. Celui-ci a été élaboré par un tiers, le comptable Michel R. Comme nous l'avons déjà relevé, ce plan est complet et présente toutes les apparences de sérieux dans son élaboration. La qualité des prestations fournies par le comptable n'est pas mise en cause.

Toujours est-il qu'il résulte de ce plan que l'activité projetée par l'appelante serait gravement déficitaire au terme de trois exercices comptables couvrant une période de presque quatre années civiles et que sur de telles bases rien ne permet de présager d'une amélioration de la situation de la société au-delà de ce terme.

La simple lecture de ce plan doit convaincre toute personne normalement prudente et diligente, et donc *a fortiori* un notaire, que l'appelante court droit à la catastrophe si elle s'en tient à ce que celui-ci prévoit.

Le notaire C. a reçu l'appelante en son étude en vue de la passation de l'acte constitutif de la SPRL Z.

Il a donc pu constater que celle-ci ne maîtrisait pas la langue française (il est rappelé qu'elle avait fui la Tchétchénie quelques années plus tôt et que le plan prévoit l'engagement des vendeuses car elle est incapable d'assurer elle-même les ventes) et qu'elle n'était pas au fait des règles en matière de comptabilité et de gestion et du droit des sociétés.

Dans sa lettre du 5 août 2013 adressée au curateur, le notaire C. expose qu'en ce qui concerne ses obligations en l'espèce : « *le rôle du Notaire à ce sujet est de s'assurer que le plan financier lui soit remis par le fondateur dûment signé ? En aucun cas le Notaire ne doit collaborer à la rédaction de ce plan* ».

Il soutient qu'il a « *ensuite correctement informé le fondateur de l'importance du plan financier et des conséquences qui en découlent pour lui en cas de faillite prématurée de la société* ».

Le notaire C. a la charge de la preuve de cette allégation (article 870 Code judiciaire).

L'insertion à l'article 4 de l'acte constitutif de la SPRL Z., sous le titre « *Plan financier* », d'une clause de style selon laquelle « *La comparante reconnaît que le notaire soussigné a attiré son attention sur la portée de l'article 229 du Code des sociétés concernant la responsabilité des fondateurs en cas de faillite de la société constituée avec un capital manifestement insuffisant.* » n'est pas suffisante pour rapporter cette preuve.

Dès lors, il doit être conclu qu'il n'a pas, d'initiative, attiré l'attention de l'appelante sur les risques qu'elle prenait personnellement en constituant une société dont les perspectives de viabilité à court terme étaient d'emblée fortement compromises au vu du plan financier que celle-ci venait de lui remettre. L'appelante a pu croire que la constitution d'une société la mettrait à l'abri des créanciers de celle-ci. Elle n'a pas été éclairée par le notaire sur l'efficacité toute relative de la constitution d'une société dans de telles conditions, notamment quant à la protection de son patrimoine personnel. Le notaire C. ne l'a pas mise en garde sur les risques juridiques et économiques qu'elle encourrait compte tenu du caractère manifestement déficitaire de l'activité projetée.

En outre, au vu du plan financier qui lui avait été soumis avant la constitution de la société et des risques personnels encourus par l'appelante dans de telles conditions, le notaire C. aurait pu lui conseiller de renoncer à son projet.

L'appelante aurait pu se lancer dans son activité de vente de vêtements en personne physique, ce qui en cas de faillite personnelle, aurait pu la préserver des poursuites de ses créanciers, pour autant qu'elle soit déclarée excusable.

Il a été ainsi jugé que « Maître D., en sa qualité d'homme de loi, spécialisé en droit des sociétés – comme doit l'être tout notaire normalement compétent –, s'il s'était un tant soit peu intéressé à la situation de Dame DA., aurait pu conseiller aux parties de faire choix d'une formule juridique plus adéquate, permettant au Sieur C. de constituer la société avec le même capital social et de mettre la Dame DA. à l'abri d'une action en responsabilité. »⁹.

Le notaire C. a manqué à son devoir de mise en garde et de conseil vis-à-vis de l'appelante. Il engage sa responsabilité contractuelle à son égard et lui doit sa garantie.

L'appelante circonscrit sa demande à toute condamnation dont elle ferait l'objet du fait de l'insuffisance du capital social au jour de la constitution de la société.

La garantie du notaire C. est limitée au dommage subi par l'appelante en lien causal avec la faute qu'il a commise.

Il s'agit donc d'établir dans quelle mesure le dommage subi par l'appelante ne se serait pas produit sans la faute du notaire C.

Si le notaire C. avait attiré l'attention de l'appelante sur les risques qu'elle encourrait selon l'article 229, 5°, du Code des sociétés, compte tenu du caractère manifestement déficitaire de l'activité projetée, celle-ci aurait-elle renoncé à son projet de constituer la SPRL Z., évitant ainsi de voir sa responsabilité mise en cause par le curateur sur pied de la disposition précitée qui se solde par sa condamnation au paiement d'une somme de 10.000 € ?

Il est rappelé que « le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est imputable à une faute »¹⁰ et que la perte de cette chance doit être « réelle »¹¹.

Le dommage de l'appelante serait dans la perte d'une chance d'éviter de devoir payer ces 10.000 €, sa responsabilité ne pouvant être mise en cause sur pied de l'article 229, 5°, du Code des sociétés si elle n'avait pas constitué la société.

Les circonstances de la cause tendent à démontrer que l'intention de l'appelante était de se lancer dans cette activité en société « coûte que coûte ».

Ainsi, elle avait tu au comptable M.R. tout comme au notaire C. le fait qu'elle n'avait pas pu obtenir le prêt de 37.600 € destiné à financer son activité en société.

9. Mons, 25 octobre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 711.

10. Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1425.

11. Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 829.

Il convient également de relever que si l'appelante avait exercé son activité en personne physique sur la base des mêmes données que celles contenues dans le plan financier, elle aurait couru à la faillite et aurait donc dû faire face aux revendications d'un curateur, certes sur d'autres fondements juridiques.

Rien ne permet d'affirmer que l'appelante aurait pu bénéficier de l'excusabilité alors prévue par l'article 80 de la loi du 8 août 1997 qui suppose un failli malheureux et de bonne foi.

Dans ces conditions, l'appelante ne démontre pas que sans la faute du notaire C., elle aurait réellement perdu une chance d'éviter de devoir payer une somme de 10.000 €, soit dans le cadre de la faillite de la SPRL Z., soit en raison de sa faillite personnelle.

La demande en garantie de l'appelante est dès lors non fondée.

Le curateur réclame la condamnation du notaire C., solidairement avec l'appelante, au paiement de l'intégralité du passif social produit à la faillite de la SPRL Z.

Celui-ci reste cependant en défaut d'établir l'existence du lien causal entre la faute à présent avérée du notaire C. et le « *dommage subi par les créanciers* » (ses conclusions, page 15).

En effet, il n'est nullement démontré que sans cette faute, le dommage dont il demande l'indemnisation ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

L'appelante aurait pu se lancer dans son activité projetée en personne physique et contracter des dettes similaires vis-à-vis de ceux-ci.

Sa demande est dès lors non fondée.

OBSERVATIONS

La responsabilité du fondateur pour capital manifestement insuffisant, les contours du rôle du notaire et le large pouvoir d'appréciation du tribunal

Dans ce dossier, le curateur réclamait tout d'abord à l'unique fondatrice et associée d'une SPRL déclarée en faillite la libération du capital non encore libéré et le remboursement de ses prélèvements injustifiés sur le compte de la société, ce qu'il a aisément obtenu et n'a plus fait l'objet de discussion en appel.

Par contre, sa demande complémentaire de condamnation de la fondatrice à assumer tout le passif de la faillite sur pied de l'article 229,5° de l'ancien Code des sociétés avait été réduite par les premiers juges à 10.000 €, tandis que la demande de garantie formulée par la fondatrice à l'encontre de son notaire, auteur de l'acte constitutif, avait été rejetée.

Tant la fondatrice que le curateur ont formé appel, l'une, à titre principal, dans l'unique but d'obtenir la garantie de son notaire et l'autre, incidemment, dans le but d'obtenir une contribution plus substantielle au passif de la faillite, avec une condamnation solidaire du notaire aux côtés de la fondatrice.

Envisageons ces deux responsabilités ci-après.

Quant à la responsabilité de la fondatrice

La responsabilité de la fondatrice apparaît incontestable dans un contexte de faillite dans les deux années de la constitution de la société, avec un capital fixé au minimum légal, un emprunt envisagé mais refusé par la banque avant la constitution, des avances de l'associée également envisagées dans le plan financier sans aucune chance de concrétisation, des pertes récurrentes « programmées » par ce plan durant les quatre premières années d'activité, des charges en personnel importantes au motif que la fondatrice ne maîtrise pas suffisamment le français pour entrer elle-même en contact avec sa clientèle alors que l'objet de la société est la vente de vêtements, ... Le tableau était fort noir et c'est sans surprise que la Cour estime que « *le capital social et les moyens mis à la disposition de la société existants au jour de sa constitution étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.* »

Cependant, au niveau du *quantum*, le curateur n'avait obtenu « que » 10.000 € devant les premiers juges, eu égard à la situation financière de la fondatrice déclarée précaire (même si nullement prouvée) alors qu'il avait sollicité la couverture de l'intégralité du passif de la faillite, soit plus de 65.000 €.

La Cour va confirmer la condamnation originelle au motif que la fondatrice bénéficie de l'aide juridique de seconde ligne et de l'aide sporadique du CPAS, qu'elle a tenté une activité d'indépendante qui a échoué suite à son « *manque de connaissance manifeste des règles essentielles de comptabilité et de gestion et des moyens mis à la disposition de la société* », que sa mauvaise foi n'est pas avérée et qu'elle effectue des versements réguliers – même si modestes – au profit du curateur.

Le maintien d'une condamnation, même si elle est limitée à 10.000 €, permet, selon la Cour, d'éviter d'exonérer la fondatrice de toute responsabilité, tout en espérant qu'elle comprenne que « *nul ne peut se lancer dans une activité commerciale en toute impunité* », et assure au curateur la récupération d'une certaine somme permettant, très partiellement, d'apurer le passif de la faillite.

La mobilisation, par le curateur, de l'article 229, 5° de l'ancien Code des sociétés présentait :

- l'avantage de ne pas devoir prouver le moindre lien causal : il suffit que le juge constate l'insuffisance manifeste du capital, sans devoir examiner si le montant trop peu élevé de celui-ci est bien la cause de la faillite, qui peut être due à une toute autre cause¹²,
- mais l'inconvénient d'une totale incertitude quant au *quantum* de la condamnation : contrairement aux autres numéros de l'article 229 qui prévoient soit une responsabilité *mathématique* (= « *boucher le trou* »), soit une responsabilité *proportionnelle au dommage causé*, la responsabilité pour capital manifestement insuffisant laisse au juge un pouvoir d'appréciation considérable ; le texte invite le juge à fixer la proportion du passif à imputer au fondateur, sans toutefois lui souffler à l'oreille les critères à prendre en considération pour évaluer la condamnation chiffrée qui serait la plus adéquate.

12. La faillite ou la cessation d'activité du client principal de la société par exemple.

Pour obtenir une condamnation plus substantielle de la fondatrice et son obligation à couvrir l'intégralité du passif, quelle que soit son importance, le curateur aurait pu tenter d'engager sa responsabilité aquilienne mais la preuve du lien causal entre la faute et le dommage apparaît nettement plus délicate à apporter. Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite, indépendamment du faible montant de son capital initial et des moyens mis à sa disposition. La charge de la preuve est donc bien plus lourde.

A noter que :

- l'article 229, 5° de l'ancien Code des sociétés est devenu l'article 5:16, 2° du CSA, la formulation demeurant presque inchangée^{13 14} ;
- le CSA définit désormais clairement, à l'article 5:4, § 2, les sept éléments qui doivent figurer dans le plan financier, dont le législateur ne donnait autrefois ni définition, ni consistance minimale.

Quant à la responsabilité du notaire

Il n'est pas contesté qu'un fondateur peut parfaitement constituer une société « dont le plan financier révèle une activité théoriquement déficitaire au cours des trois premiers exercices. » (comme relevé par la décision annotée). Encore faut-il alors qu'il soit parfaitement informé quant à la responsabilité personnelle qu'il encourt sur la base du droit des sociétés.

En l'espèce, la Cour estime que la simple lecture du plan financier¹⁵ avec, notamment, des pertes récurrentes « programmées » durant les quatre premières années d'activité, était de nature à « convaincre toute personne normalement prudente et diligente, et donc a fortiori un notaire » que la fondatrice allait « droit dans le mur » si elle s'en tenait à ce que le plan prévoyait, d'autant que le notaire a pu constater *de visu* qu'elle ne maîtrisait pas le français, ce qui n'aide pas, et qu'elle ne semblait pas connaître les règles en matière de comptabilité et de gestion ni le droit des sociétés.

C'est au notaire qu'il revient de prouver qu'il a « correctement informé le fondateur de l'importance du plan financier et des conséquences qui en découlent pour lui en cas de faillite prématurée de la société », l'insertion d'une clause de style dans son acte étant insuffisante à cet égard. La Cour estime qu'en l'espèce, le notaire échoue à établir qu'il a correctement rempli son office à cet égard, manquant à son devoir de mise en garde et de conseil de sorte qu'il engage sa responsabilité contractuelle envers la fondatrice et doit la garantir.

Cependant, il faut encore prouver le lien causal entre cette faute avérée et le dommage subi par la fondatrice.

13. Les trois nuances sont les suivantes :

- le point de départ des trois ans est désormais l'acquisition de la personnalité juridique, et plus la constitution de la société ;
- les termes « le capital social ou (dans les cas de la SPRL-S) les fonds propres » ont été remplacés par « les capitaux propres de départ » dans le CSA ;
- la phrase relative à la transmission du plan financier par le notaire au tribunal a été reformulée.

14. Signalons la publication, dans le numéro 4 de la revue *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, 2020, aux pages 449 à 494, sous la plume des Juges de l'Entreprise Aurore JANSEN et Wim DAVID, d'une contribution très intéressante intitulée « *Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?* » qui consacre de nombreux développements à la responsabilité des fondateurs en cas d'insuffisance manifeste du capital/des capitaux propres de départ (innovations, droit transitoire, rappels, ...).

15. Dont il n'est pas contesté qu'il apparaît complet et élaboré par un professionnel du chiffre avec toutes les apparences de sérieux ; les qualités de ce plan financier sont dès lors hors propos en l'espèce.

Cette dernière aurait pu renoncer à constituer une société, préférer développer son activité en personne physique et éventuellement bénéficier de l'excusabilité alors visée à l'article 80 de la loi du 8 août 1997 si elle avait pu établir sa qualité de faillie malheureuse et de bonne foi.

La Cour se pose dès lors la question de savoir si la fondatrice aurait quand même constitué la SPRL si son notaire avait correctement attiré son attention sur les risques encourus.

Son dommage s'identifie à « *la perte d'une chance d'éviter de devoir payer ces 10.000 € (...) si elle n'avait pas constitué la société* » et la Cour estime que dans les circonstances de l'espèce qui lui est présentée, l'intention de la fondatrice « *était de se lancer dans cette activité en société 'coûte que coûte'* », notamment parce qu'elle a caché tant à son comptable qu'à son notaire qu'elle n'avait pas obtenu le prêt nécessaire à financer l'activité ; la fondatrice ne parvient dès lors pas à établir que sans la faute de son notaire, elle aurait effectivement perdu une chance d'éviter de devoir payer 10.000 €, soit dans le cadre de la faillite de sa société, soit en raison de sa faillite personnelle.

Ceci justifie le rejet de sa demande en garantie.

La demande de condamnation solidaire du notaire aux côtés de la fondatrice formulée par le curateur est également rejetée à défaut d'établir le lien causal entre la faute du notaire et le dommage des créanciers sociaux ; la Cour estime que le curateur échoue à prouver que sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit ; si elle n'avait finalement pas constitué sa SPRL, la fondatrice aurait en effet pu exercer l'activité de vente de vêtements en personne physique et contracter... des dettes similaires vis-à-vis des mêmes créanciers.

Terminons par deux réflexions que nous inspire cet arrêt dont nous louons la précision de l'analyse :

1/ La Cour rappelle que le devoir de conseil et de mise en garde du notaire doit s'apprécier en fonction du degré d'instruction de son client, tout en précisant que l'intervention d'autres spécialistes lors de la rédaction du projet d'acte ne le dispense pas de son obligation de conseil. Ce « degré d'instruction » du fondateur n'a par contre aucun impact en ce qui concerne sa responsabilité personnelle pour capital manifestement insuffisant. A côté des deux conditions 'objectives' qui doivent être réunies pour pouvoir engager la responsabilité des fondateurs dans ce contexte (faillite et insuffisance manifeste du capital), aucune condition de type 'subjectif', à savoir propre aux caractéristiques personnelles de chaque fondateur, ne peut être ajoutée.

Au niveau de l'*obligation* à la dette, les fondateurs sont tous traités sur le même pied : à partir du moment où sont constatées, d'une part, la faillite de la société dans le délai de trois ans et, d'autre part, l'insuffisance manifeste de son capital, ils sont *solidairement* tenus, dans une proportion fixée par le juge, des engagements de la société. Et ceci indépendamment de leurs connaissances particulières, de leurs aptitudes personnelles, de leur expérience, ...

Par contre, au niveau de la *contribution* à la dette, le juge peut considérer que tel ou tel fondateur a joué un rôle primordial, au vu de ses compétences particulières par exemple, ce qui justifie qu'il prenne en charge une fraction plus importante de la dette^{16 17}.

2/ Dans l'espèce tranchée, la Cour stigmatise le silence maintenu par la fondatrice, tant à l'égard de son comptable qu'à l'égard du notaire, relativement au prêt bancaire de 37.600 € qu'elle attendait pour développer ses activités mais qui lui avait été refusé avant la constitution de sa société. Ce prêt était pourtant expressément renseigné par le plan financier parmi les moyens mis à la disposition de la société.

Lorsqu'elle évalue la part du passif de la faillite à mettre à sa charge et décide de confirmer sa condamnation à assumer « seulement » 10.000 €, la Cour affirme que la mauvaise foi de la fondatrice n'est pas avérée. Par contre, lorsqu'elle envisage la responsabilité du notaire et l'éventuel choix de la fondatrice de renoncer à constituer une société et d'exercer en personne physique, la Cour souligne que « rien ne permet d'affirmer qu'(elle) aurait pu bénéficier de l'excusabilité (...) qui suppose un failli malheureux et de bonne foi ».

Alors... est-elle de bonne ou de mauvaise foi, cette fondatrice ?

De notre côté, nous aurions été plus sévères que la Cour car cette dissimulation de l'information relative au refus du prêt apparaît vraiment substantielle (surtout quand on voit l'ampleur du prêt au regard du capital social, soit près du double, et quand on sait que le prêt faisait expressément partie des moyens mis à la disposition de la société dans le plan financier¹⁸) et semble témoigner d'une certaine malhonnêteté. Dans la mesure où le juge apprécie souverainement l'ampleur du *quantum* au regard des circonstances de l'espèce, nous aurions sans doute choisi de fixer la condamnation de la fondatrice au montant du prêt bancaire finalement non obtenu, soit 37.600 €. Mais... reconnaissons qu'elle est toujours délicate, cette tâche du juge d'évaluer la « juste condamnation » sur le plan financier.

16. Inversement, si le juge constate que tel fondateur était de simple complaisance, il peut restreindre sa part de la dette commune, à moins qu'il considère que participer à la constitution d'une société par simple « sympathie » est une faute grave à stigmatiser.
17. Epinglons un arrêt de la même cour que nous avons publié il y a longtemps déjà (Liège (14^e ch.), 10 septembre 2007, *J.D.S.C.*, 2008, n° 845, p. 168) : il a été jugé que la contribution à la dette devait être fixée *en fonction de la participation de chaque fondateur dans la société au jour de sa constitution*, sans aggraver la situation du fondateur *avocat* ou du fondateur *comptable*, chacun ayant fait preuve de la même légèreté et de la même imprévoyance.
18. Faisaient également partie du plan financier, parmi les moyens mis à la disposition de la société, des avances de l'associée unique/fondatrice pour 3.750 € alors qu'il est établi qu'elle était sans ressources personnelles au jour de la constitution de la société, ayant déclaré que la libération partielle du capital social avait été opérée grâce à des aides de sa famille en Russie ; à nouveau, on peut douter de la bonne foi de la fondatrice...

262. et 264. **La responsabilité des associés pour faute – La décision fautive d'une assemblée générale**N° 1451. – Trib. entr. Gand (div. Termonde) (2^e ch.), 14 janvier 2019¹

Présentation : Ce jugement retient notre attention car il n'est pas fréquent qu'un curateur de faillite s'attaque non pas aux dirigeants de la société faillie (SA L.), mais à son actionnaire principale (SPRL M). Nous ne sommes pas *stricto sensu* dans un cas de responsabilité des associés pour décision fautive d'une assemblée générale mais l'espèce est cependant intéressante en ce que le Tribunal stigmatise la décision inadéquate d'une actionnaire principale, conséquences à l'appui.

L'enjeu ? Deux distributions de dividendes décidées par l'AGO puis par une AGE peu avant l'aveu de faillite (la première 5 mois avant, la seconde – six fois plus importante – à peine un mois avant).

Le curateur estime ces opérations anormales et sollicite du Tribunal qu'il les déclare inopposables à la masse des créanciers de la faillite afin que les fonds distribués lui soient rétrocédés.

Au moment de décréter ces versements de dividendes, la société était engluée dans de graves difficultés avec des sous-traitants impayés, des chantiers inachevés, ... une demande de réorganisation judiciaire étant même vraisemblablement opportune, selon le Tribunal, mais... non sollicitée.

L'imbroglie ? L'un des deux administrateurs de la société faillie est le gérant de son actionnaire principale (95 %), la SPRL M., société de management et bénéficiaire des dividendes... et à peine 11 jours après la faillite, une nouvelle société portant un nom similaire (L+) a été constituée par ses deux anciens administrateurs !

Sommaire : Aucune base légale n'oblige les administrateurs à tenir compte également des pertes de l'exercice en cours lors de l'évaluation d'un acompte sur dividende. Cela découle toutefois de l'obligation générale de gestion prudente énoncée à l'article 527 du Code des sociétés.

Si la distribution est effectuée sur la base de l'actif net à la date de clôture du dernier exercice, le conseil d'administration, qui propose la distribution à l'assemblée générale, doit démontrer, par un état volontairement établi, qu'à la date de l'acompte sur dividende le bénéfice distribuable est suffisant.

L'action paulienne est fondée, en ce qui concerne le paiement d'un acompte sur dividende, lorsque les administrateurs ont conscience du risque élevé de faillite au moment de la distribution et que cette distribution a permis à des personnes liées à la société de régler leurs dettes à l'égard de la société. C'est ce contexte qui fait de cette distribution de dividendes une transaction anormale.

Parties : Me E.C. *qualitate qua* faillite SA L./SPRL M.

(...)

1451.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Rev. prat. soc./T.R.V.*, 2019, liv. 8, p. 878 avec une note de G. LINDEMANS intitulée « *Un double fondement : l'action paulienne comme test de distribution* ».

A. La demande - procédure

1. La demande telle qu'énoncée dans les conclusions du 21 novembre 2018 vise à :

Entendre déclarer que le paiement du dividende de 25.000,00 EUR décidé lors de l'assemblée générale annuelle du 20 mai 2015 n'est pas opposable à la masse des créanciers de la faillite de la SA L.

Entendre déclarer que le paiement du dividende du 11 septembre 2015 d'un montant de 160.000,00 EUR n'est pas opposable à la masse des créanciers de la faillite de la SA L. ;

Condamner la SPRL M. à rembourser 185.000,00 EUR, plus les intérêts depuis les actes contestés jusqu'à la date de signification de la citation, plus les intérêts judiciaires à partir de la date de la citation ;

Condamner également la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

B. Faits - objet du litige

2. La SA L. a été déclarée en faillite sur aveu le 16 octobre 2015. Les administrateurs étaient M. et A.

La société était spécialisée dans la rénovation de pharmacies. La SPRL M. détenait 9.500 des 10.000 actions de la SA L. La SPRL M. était en fait une société de management. La SPRL M. louait un bien immobilier, [...], qu'elle sous-louait à la SA L.

3. La SA L. faisait appel à divers sous-traitants pour l'exécution de ses projets et à la SPRL M. PR., cette dernière société avait été constituée par la SA L. et M. le 16 août 2005.

4. En raison de la faillite de la SA L., le seul client de la SPRL M. PR., la SPRL M. PR. a également été déclarée en faillite le 16 octobre 2015.

5. Le passif de la faillite de la SA L. s'élève, selon le 5^e PV de vérification des créances, à 1.633.658,90 EUR, dont 725.021,64 EUR de passif ordinaire et 908.637,32 EUR de passif privilégié. La partie défenderesse reconnaît dans ses conclusions qu'il y avait des problèmes avec les sous-traitants et que les travaux ne pouvaient être suffisamment suivis, en raison de la maladie de la fille de M.

6. Il ressort du 5^e PV de vérification des créances que des montants très importants sont dus à certains créanciers, comme à la SPRL B-DB, 182.224,04 EUR, à la SPRL AG-SP, 188.123,00 EUR et à la SPRL VH 225.362,00 EUR. La SPRL B-DB était un sous-traitant qui a cité en paiement pour l'audience du 16 octobre 2015 et qui n'a pas voulu accorder un nouveau report de paiement. D'autres sous-traitants n'ont pas non plus voulu accorder un nouveau report et ont activé l'action directe auprès de différents maîtres d'ouvrage. Dans ses conclusions, la partie défenderesse indique que certains sous-traitants ne souhaitaient plus faire d'offres puisqu'ils n'étaient pas payés. Ils auraient également facturé des travaux non réalisés, mais dont les factures n'ont pas été protestées ou l'ont été avec retard, en raison du manque de temps et de l'absence de M. dans l'entreprise.

Les créances des clients se sont avérées irrécouvrables après la faillite, en raison de l'inachèvement des chantiers.

7. L'exercice comptable de la SA L. s'est clôturé le 31 décembre 2014 avec un bénéfice de 51.790,73 EUR. Selon les comptes annuels au 31 décembre 2014, approuvés par l'assemblée générale du 20 mai 2015, un montant de 25.000,00 EUR a été distribué sur le bénéfice de l'exercice comptable 2014.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 11 septembre 2015 de la SA L., il a été décidé de distribuer un acompte sur dividende de 160.000,00 EUR, soit 16,00 EUR par action. Lors de cette assemblée, seule l'actionnaire SPRL M., représentée par son gérant M., était présente avec 9500 actions. L'autre actionnaire, A., n'était pas présente à cette assemblée.

8. La partie défenderesse considère que ces transactions sont parfaitement normales.

9. Divers créanciers, sous-traitants de la SA L. en faillite, ont intenté une action en responsabilité contre les administrateurs de la SA L. sur la base de l'article 530 C. Soc. Par jugement du 4 juin 2018 de la 8^e chambre du tribunal de céans, les administrateurs ont été condamnés à payer 150.000,00 EUR.

10. Il a été établi qu'à peine 11 jours après la faillite de la SA L., une nouvelle société a été constituée, la SPRL L.+, avec A. et M., les anciens administrateurs de la SA L., comme fondateurs.

C. Appréciation

11. Aucune distribution ne peut être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait, à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré ou, si ce montant est supérieur, du capital appelé, augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. Par actif net, il faut entendre le total de l'actif tel qu'il figure au bilan, déduction faite des provisions et dettes (art. 617 C. Soc.).

12. La société peut verser un acompte sur dividende, indépendamment des règles légales relatives au dividende intérimaire, à condition toutefois que l'on s'en tienne aux limites de l'article 617 C. Soc. (Cass. 23 janvier 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 201 ; *D.A.O.R.*, 2002, 366 ; *R.C.J.B.*, 2003, 557, note D. WILLERMAIN « La distribution par l'assemblée générale d'une société anonyme d'un dividende en cours d'exercice » ; J. GOFFIN, « Le rôle de l'assemblée générale des actionnaires dans la distribution de dividendes en droit belge », *J.D.C.S.* 2009, 94-108).

13. La distribution d'un dividende intérimaire ne pouvait donc avoir lieu que si, après la distribution, les capitaux propres de la société n'étaient pas tombés en dessous du montant du capital souscrit (en l'espèce 100 000,00 EUR) plus les réserves indisponibles (en l'espèce 10 000,00 EUR).

14. Il n'y a pas de base légale pour obliger les administrateurs à prendre également en compte les pertes de l'exercice en cours. Toutefois, cela est nécessaire en vertu de l'obligation générale de gestion prudente contenue dans l'article 527 C. Soc. Si la distribution est effectuée

sur la base de l'actif net tel qu'il existe à la date de clôture du dernier exercice comptable, le conseil d'administration, qui propose la distribution à l'assemblée générale, devra démontrer, sur la base d'un état établi volontairement, que le bénéfice est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte sur dividende à cette date et qu'entre-temps il n'a pas été perdu en raison des pertes de l'exercice en cours. En effet, les administrateurs qui proposent à l'assemblée générale de distribuer des sommes disponibles à la date de clôture de l'exercice doivent vérifier, au moment où ils formulent leur proposition, s'il est toujours conforme à la bonne gouvernance de distribuer effectivement ces sommes. (T. BAART, Y. VAN DEN BROECKE, « Over de uitkering van gewone, tussentijdse en interim-dividenden : op welke jaarrekening moet de uitkering worden gebaseerd en welke procedure dient gevolgd te worden ? », *Not. Fisc. Maand.*, 2011, (294) 301 ; H. DE WULF, « Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden ? », *R.D.C.* 2005, 393, 399-400 ; R. TAS, « Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen », *T.R.V.*, 2003, (497) 517, n° 42 ; K. Van Hulle, « Wettelijke beperkingen inzake winstuitkeringen », dans *Het gewijzigde vennootschapsrecht*, numéro spécial *R.D.C.* 1984, 77, n° 6 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Gand, Fecheyr, 1950, 373, n° 325).

15. Le rapport de l'assemblée générale spéciale de SA L. du 11 septembre 2015 mentionne :

« Données financières au 31/07/2015 :

Capital 100.000 EUR

Réserves : 173.863,90 EUR

Résultat provisoire - 129.471,22 EUR.

Total des capitaux propres 144.392,68 EUR

Ces chiffres montrent :

- *[Que] les capitaux propres seront supérieurs au capital souscrit ;*
- *[Que] l'obligation de constituer une réserve légale de 10 % est respectée ;*
- *[Que] les réserves disponibles sont raisonnables : 173.863,90 EUR ;*
- *Que des fonds sont restitués en tant que fonds de roulement disponible en réduisant le compte courant ;*
- *Qu'il y a un portefeuille appréciable de devis.*

Les perspectives d'avenir sont favorables compte tenu du carnet de commandes ».

Ce rapport ne dit rien sur les différentes difficultés rencontrées avec les sous-traitants et les maîtres d'ouvrage.

16. Les chiffres figurant dans le rapport de l'assemblée générale extraordinaire montrent qu'au 31 juillet 2015, les réserves disponibles de 163 863,90 EUR (173 863,90 EUR - 10 000,00 EUR de réserves indisponibles) étaient déjà tombées à 34 392,68 EUR. Le résultat provisoire au 31 juillet 2015 donne une perte de 129 471,22 EUR. Cette perte doit être considérée à la lumière du fait que les administrateurs connaissaient des problèmes majeurs avec les différents sous-traitants et maîtres d'ouvrage en rapport avec les chantiers inachevés. En toute logique, les administrateurs ont donc dû tenir compte des provisions importantes qui devaient être constituées, surtout au regard du fait que les comptes annuels au 31 décembre 2014 comprenaient un poste « travaux en cours d'exécution » à l'actif pour un montant de

281.844,00 EUR. Finalement, suite à la faillite, le curateur n'était pas en mesure de réaliser les créances impayées, en raison des différents problèmes. Selon le 5^e PV de vérification des créances, le passif peut être estimé à 1.633 658,90 EUR, en regard duquel il existe des actifs très limités.

17. Il est frappant de constater que, malgré les difficultés, la société n'a pas cherché à assurer la continuité en demandant aux actionnaires ou à des tiers de mettre de nouvelles ressources à disposition par le biais d'une augmentation de capital. L'entreprise n'a visiblement pas non plus jugé opportun d'engager une procédure de réorganisation judiciaire. Apparemment, les administrateurs ont choisi de constituer une nouvelle société, la SPRL L+, avec le même objet social, 11 jours après la faillite. Le tribunal estime qu'il est prouvé que le 11 septembre 2015, date de l'assemblée générale extraordinaire de la SA L., les administrateurs ont constaté le [grand] risque de faillite de la SA L. L'entreprise était en effet confrontée à des chantiers inachevés, à des sous-traitants qui, faute de paiement, ne souhaitaient plus continuer à travailler, à diverses créances de maîtres d'ouvrage et enfin à des actions directes de sous-traitants.

18. Le tribunal estime qu'au moment du paiement du dividende, le 11 septembre 2015, les administrateurs étaient très conscients du [grand] risque de faillite. Et le sachant, ils ont proposé la distribution à l'assemblée générale. Ainsi, la SPRL M. pouvait encore recevoir les dividendes.

19. Pour l'application de l'article 20 Loi faill., la complicité d'un tiers est requise. L'assemblée générale de la SA L. se composait de la SPRL M., détentrice de 9500 actions, et d'A., détentrice de 500 actions, qui n'était pas présente. Le gérant de SPRL M. est M., qui était également l'administrateur délégué de la SA L.

20. L'actionnaire, et en particulier l'actionnaire majoritaire SPRL M., agit illégalement lorsque, dans les circonstances décrites ici, un dividende intérimaire est versé à la veille d'une faillite imminente (E. SIMONS et W. VAN TONGELEN, « Aansprakelijkheid van aandeelhouders » dans *Vennootschap en Aansprakelijkheid*, Kluwer, octobre 2007, 1.3-40r ; R. TAS, « Een dividend voor elk seizoen. Over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen », *T.R.V.*, 2003, (497) 517, n° 42). Lorsqu'elle a décidé de distribuer un dividende, la SPRL M. devait tenir compte du fait que la distribution était effectuée avec des réserves qui n'étaient plus disponibles au moment de la décision et que cette distribution d'acomptes sur dividendes était économiquement injustifiée compte tenu du risque (très) élevé de faillite.

21. La SPRL M. déclare que même sans le paiement du dividende, la SA L. aurait également fait faillite. Mais cela est sans importance. SPRL M. est seulement mise en cause pour avoir coopéré à une transaction anormale par laquelle les créanciers ont été préjudiciés. Il n'est pas non plus pertinent que la date de cessation de paiement n'ait pas été modifiée et qu'elle ait été fixée au 16 octobre 2015, date du jugement de faillite. Les transactions effectuées en dehors de la période [suspecte] peuvent relever de l'article 20 Loi faill.

La SPRL M. conteste également le préjudice des créanciers. Elle souligne que sur le paiement du dividende de 160.000,00 EUR, un montant de 128.372,94 EUR a été reversé à la SA L.

22. Le dividende de 16,00 EUR par action a été versé à la SPRL M. pour 152.000,00 EUR et à A. pour 8.000,00 EUR. Ce dernier montant de 8000,00 EUR, qui revenait à A., a été payé en payant une retenue à la source de 25 % et en déduisant 6000,00 EUR sur le compte courant de M. Ces 8.000,00 EUR ont donc été payés.

23. Le 11 septembre 2015, 50 000 EUR ont été versés à la SPRL M. sur son compte auprès de la KBC. Ce montant fut immédiatement remboursé par la SPRL M. à la SA L. le 11 septembre 2015 avec la mention « *participation à la location du bâtiment* ». Les 102.000,00 EUR restants ont été payés en versant 97.115,47 EUR sur le compte auprès de la BNP FORTIS de la SPRL M. et le solde de 4.884,13 EUR a été compensé avec une créance de la SA L. sur la SPRL M.

24. Le 11 septembre 2015, un dividende brut de 93.372,00 EUR fut versé de la SPRL M. à M., qui recevra un dividende net de 70.029,00 EUR.

Avec ce montant, M. apure le solde débiteur de son compte courant (67.488,41 EUR - après déduction des 6.000,00 EUR nets, revenant à A.) dans la SA L.

25. Après le paiement du dividende, la SA L. a donc reçu **50.000,00 EUR** « participation à la location du bâtiment » + **6.000,00 EUR** (paiement du dividende revenant à A. - qui a été déduit du solde débiteur du C/C de M.) + **4.883,53 EUR** en paiement de la dette de la SPRL M. envers la SA L. (par compensation) + **67.488,41 EUR** apurement du solde débiteur du compte courant de M.

26. Sans le paiement du dividende, la SA L. aurait eu des créances d'un montant total de 128.372,54 EUR :

- sur M. pour le solde débiteur du compte courant de 73 488,41 EUR ;
- sur SPRL M. de 4.884,13 EUR ;
- sur la SPRL M. de 50.000,00 EUR au titre de la « participation à la location des bâtiments ».

27. Si ces créances n'avaient pas été acquittées par le biais de la transaction contestée, ces montants auraient dû être versés à la SA L. Avant la faillite, les actifs (liquidités) auraient donc été augmentés de ce montant et s'ils n'avaient pas été apurés au moment de la faillite, le curateur aurait pu recouvrer ces montants. Cela s'applique au solde débiteur du compte courant et à la créance de la SA L. sur la SPRL M. Le tribunal accepte également, sur la base de la communication indiquée sur le transfert lui-même, que le paiement de 50.000,00 EUR par la SPRL M. à la SA L. a été effectué conformément à l'engagement de la SPRL M. de payer la SA L.

28. La SPRL M. ne donne pas non plus d'explication raisonnable quant à la raison pour laquelle les dividendes devaient être versés le 11 septembre 2015, la SPRL M. n'ayant pas de problèmes de liquidité.

Si le paiement du dividende n'avait pas eu lieu le 11 septembre 2015, la faillite de la SA L. aurait fait en sorte que ces réserves ne puissent plus être distribuées à la SPRL M. Sachant que le risque de faillite était très élevé, la transaction a été autorisée même si les réserves n'étaient plus disponibles. Cela a permis d'apurer le compte courant de M. et les dettes de la SPRL M. envers la SA L. C'est ce contexte qui fait du versement de l'acompte sur dividende une opération anormale.

29. Le curateur demande également d'entendre déclarer que le paiement du dividende de 25.000,00 EUR décidé lors de l'assemblée générale annuelle du 20 mai 2015 est non-opposable à la masse, compte tenu de l'article 20 Loi Faill. Il fait référence à la perte de 101.625,00 EUR résultant des opérations commerciales ordinaires pour l'exercice comptable 2014 et au fait que seul un revenu extraordinaire de 185.000,00 EUR a été enregistré comme bénéfice. Il affirme que les commandes en cours d'exécution ont été surévaluées. Le tribunal constate que le curateur ne fournit aucun élément qui constituerait un commencement de preuve de la surévaluation des travaux en cours d'exécution. Sa demande est fondée sur le fait que les comptes annuels au 31 décembre 2014, tels qu'approuvés le 20 mai 2015, donnent une image fautive de la situation réelle. Cela n'est pas prouvé à ce stade. L'action paulienne n'est pas prouvée en l'espèce, sur le bénéfice de 51 791,00 EUR, seuls 25 000,00 EUR ont été distribués. La faillite n'était pas si imminente à l'époque et la distribution des bénéfices ne s'inscrit pas dans une construction mise en place en sachant que les créanciers seraient préjudiciés. Cet élément de la demande est non fondé.

30. La demande de déclaration d'inopposabilité n'est justifiée qu'en ce qui concerne le paiement de l'acompte sur dividende qui a été décidé le 11 septembre 2015. La SPRL M. s'est vue attribuer un montant de 152.000,00 EUR, ce montant brut doit être remboursé. Les 8.000,00 EUR restants n'ont pas été versés à la SPRL M.

La procédure s'est déroulée conformément à la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL

Statuant contradictoirement,

Déclare la demande recevable et fondée comme précisé ci-après.

Déclare que, compte tenu de l'article 20 Loi faill., le paiement de l'acompte sur dividende décidé le 11 septembre 2015 par l'assemblée générale de la SA L. n'est pas opposable à la masse des créanciers de la faillite de la SA L.

Condamne la SPRL M. à payer au curateur de SA L. la somme de 152 000,00 EUR, majorée des intérêts au taux légal à compter du 11 septembre 2015.

Déclare la demande non fondée pour le surplus.

[...]

OBSERVATIONS

Distribuer des dividendes dans un contexte financier délicat...

Quant aux devoirs des dirigeants

Dans cette affaire, les deux administrateurs (M. et A.) ont été assignés par des créanciers sociaux et ont déjà été condamnés, par un jugement distinct du même tribunal, à leur payer des montants substantiels.

Le volet traité ici par la juridiction permet, notamment, de discuter des devoirs des dirigeants qui proposent à l'assemblée générale de distribuer des dividendes. Le Tribunal rappelle que même s'il n'existe pas de base légale pour obliger les administrateurs à prendre en compte les pertes de l'exercice en cours, c'est leur devoir général de *gestion prudente* défini à l'article 527 du Code des sociétés² qui leur impose de démontrer, sur la base d'un état comptable établi volontairement, que le bénéfice est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte sur dividende et qu'entre-temps il n'a pas été perdu en raison des pertes de l'exercice en cours. S'appuyant sur diverses références doctrinales, le Tribunal énonce que « *Les administrateurs qui proposent à l'AG de distribuer des sommes disponibles à la date de clôture de l'exercice doivent vérifier, au moment où ils formulent leur proposition, s'il est toujours conforme à la bonne gouvernance de distribuer effectivement ces sommes* ».

En l'espèce, le Tribunal apprécie distinctement les deux opérations de paiement de dividendes au regard de la situation de la société.

Pour le second dividende, qui a précédé de peu l'aveu de faillite, il estime que les administrateurs étaient nécessairement conscients du risque de faillite et stigmatise que malgré cette conscience, ils aient proposé la distribution à l'AG ; curieusement, la question du conflit d'intérêts et du respect de la procédure applicable en cette hypothèse n'a pas été abordée, alors que cela aurait pu être pertinent.

L'actionnaire majoritaire a agi illégalement en décidant d'un versement de dividende intérimaire à la veille d'une faillite imminente ; elle est jugée tiers complice de cette opération anormale, qui est déclarée inopposable aux créanciers sociaux.

Pour le premier dividende par contre, le Tribunal estime que le curateur ne prouve pas suffisamment la situation délicate de la société au jour de l'AGO de sorte que l'inopposabilité sollicitée est rejetée.

Quant aux devoirs des associés

Dans l'espèce commentée, la défenderesse est l'actionnaire à 95 % de la société faillie et donc la bénéficiaire directe des deux dividendes décidés par l'AG peu avant la faillite, dans un contexte de graves difficultés de la société.

2. Voir désormais l'article 2:56 du CSA relatif à la responsabilité des administrateurs envers la personne morale pour les fautes commises dans l'accomplissement de leur mission.

Il n'existe pas, dans l'ancien Code des sociétés applicable à l'espèce tranchée, de dispositions spécifiques relatives à la responsabilité des *associés*³. Seule la responsabilité de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil peut assoir une demande d'indemnisation du dommage causé par leur faute et nous ne connaissons pas de jurisprudence à cet égard. Ceci peut s'expliquer par le fait que non seulement la *faute* (avec individualisation de l'associé ou des associés fautifs) mais également le *lien de causalité* avec le dommage sont, en la matière, fort difficiles à établir.

Dans la pratique, on connaît davantage d'exemples de responsabilité de *tel associé*, que ce soit à l'égard de la société ou d'un autre associé, pour tel fait précis⁴, que d'illustrations pratiques de responsabilité de *l'ensemble des associés* dans l'exercice *collectif* de leur droit de vote.

Trop souvent, on imagine que chaque associé dispose, dans le cadre de sa mission au sein de l'assemblée générale, d'une *liberté de décision totale*. C'est inexact, puisqu'à tout le moins la poursuite de *l'intérêt de la société* doit, en principe, présider à ses choix. Il faut toutefois tempérer l'idée selon laquelle l'intérêt social serait le phare unique qui dirige les associés ; le réalisme impose de constater, « sur le terrain », que chacun se positionne dans le processus décisionnel de manière quelque peu égoïste, et en étant principalement motivé par la recherche de son intérêt personnel.

Certains considèrent que lorsque la décision d'une AG est totalement étrangère à la vie, à l'intérêt, au fonctionnement de la société, il ne s'agit plus de l'expression de la volonté de l'être social mais bien de celle, individuelle, de chaque intervenant au vote⁵.

A l'égard des tiers, si, en principe, la faute d'un associé qui participe à une décision collective se fonde dans la faute de l'organe collégial dans lequel au sein duquel il s'est exprimé, seule la responsabilité de la société incarnée par l'organe pouvant être engagée, la responsabilité individuelle d'un associé peut toutefois être engagée dans deux hypothèses, non nécessairement concomitantes. D'une part, lorsque l'assemblée n'a présenté qu'une *apparence* d'organe social, mais n'a en réalité pas été valablement constituée. D'autre part, lorsque les associés ont voté en faveur de la décision fautive non pas dans l'exercice de leur mission de poursuite de l'intérêt social (par le vote de décisions correspondant, à tout le moins en apparence, aux besoins et au développement de la société), mais dans un but contraire à l'intérêt social et à des fins vexatoires. Ainsi, VIANDIER précise qu'« *Il faut franchir un degré de plus pour passer de la faute de l'organe social à la faute de l'associé et ce degré est celui du but personnel (...); l'associé détourne en quelques sortes les prérogatives qui lui sont reconnues par l'institution et les exploite à des fins exclusivement personnelles, dans la seule vue de nuire au dirigeant révoqué. Il est donc légitime que ce dernier puisse agir contre l'associé coupable, comme il serait d'ailleurs légitime que la société elle-même, si elle était condamnée, puisse se retourner contre l'associé fautif* ».

3. À distinguer de la responsabilité particulière des fondateurs.

A distinguer également de la nullité des décisions de l'AG. L'article 64 du Code des sociétés prévoyait, aux n° 2 et 3, la possible nullité d'une décision lorsqu'il y a intention frauduleuse ou lorsque la décision prise est entachée d'excès ou de détournement de pouvoir. Dans le CSA, l'article 2:42, 2° prévoit qu'est frappée de nullité la décision prise par un organe d'une personne morale « *en cas d'abus de droit, d'abus, d'excès ou détournement de pouvoir* ».

4. Actionnaire majoritaire ou minoritaire qui abuse de sa position, violation d'un pacte d'actionnaires, ...

5. A. VIANDIER, note sous l'arrêt de la Cour de cassation française du 13 mars 2001, *J.C.P.*, 7 juin 2001, pp. 954-955 ; cet arrêt a également été publié dans *J.D.S.C.*, 2002, n° 401, p. 161 avec notre note intitulée « *La condamnation personnelle d'un associé ayant participé à une décision fautive de l'assemblée générale* ».

A l'égard de la société, il apparaît encore plus inacceptable qu'un associé participe à une décision collective dans un but contraire à l'intérêt social et à des fins purement privées, comme dans l'espèce commentée, ce qui justifie amplement selon nous la décision commentée.

Quant à la distribution de dividendes dans le CSA

Rappelons que c'est désormais aux articles 5:142 et 5:143, 6:115 et 6:116 et 7:212 que le CSA régit la distribution de dividendes⁶.

Sans développer ici cette matière déjà largement commentée depuis 2018⁷, contentons-nous de souligner qu'en vue de protéger les créanciers des SC et des SRL, deux tests distincts doivent être opérés avant toute distribution, le premier par l'AG et le second, qui présente une réelle nouveauté, par l'organe d'administration :

- le test de solvabilité (dit également test de bilan ou test d'actif net) : l'actif net de la société après la distribution des dividendes ne peut devenir négatif ou descendre en-dessous des capitaux propres indisponibles⁸ ; ce premier test permet d'assurer que si d'aventure la société devait être liquidée, les créanciers soient remboursés au moyen de la vente de ses actifs ;
- le test de liquidité : aucune distribution envisagée par l'AG suite à la « réussite » du premier test ne peut être concrétisée si à sa suite, la société se trouve incapable, en fonction des développements auxquels elle peut raisonnablement s'attendre, de continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution ; ce second test permet d'assurer que la société bénéficie de suffisamment de liquidités à sa disposition après la distribution ; il est cependant moins précis et moins objectivé sur le plan comptable que le premier, de sorte que l'organe d'administration dispose d'une certaine marge de manœuvre.

Toute distribution effectuée en violation des dispositions relatives à ce double test aura pour conséquence que les bénéficiaires, qu'importe leur bonne foi, pourront se voir réclamer le remboursement du dividende irrégulier perçu⁹ tandis que les dirigeants seront solidairement responsables de leurs manquements tant envers la société qu'envers les tiers¹⁰, outre qu'ils encourent des sanctions pénales¹¹.

6. Les règles s'appliquent plus largement à toute distribution de bénéfices, et donc également aux distributions d'apports et aux distributions de tantièmes aux dirigeants.

7. Il est impossible de référencer ici les maints ouvrages et articles de qualité consacrés au CSA ces dernières années. Pour un « topo » clair et structuré de ses grandes lignes, renvoyons le lecteur à la contribution de X. DIEUX et P. DE WOLF parue dans le *J.T.* n° 6779, 2019, pp. 501 et s. intitulée « *Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : Capita Selecta* » et, pour le droit transitoire, à celle de V. SIMONART parue dans le *J.T.* n° 6819, 2020, pp. 465 et s. intitulée « *Le régime transitoire du Code des sociétés et des associations. Questions pratiques* ».

8. Cf. les articles 320 (SPRL) et 429 (SCRL) du Code des sociétés ; autrefois, l'actif net post distribution ne pouvait être inférieur au « capital » ; désormais, le plancher est soit 0, soit le montant des capitaux propres légalement ou statutairement indisponibles.

9. Articles 5:144, al. 2 et 6:117, al. 2 CSA.

10. Articles 5:144, al. 1^{er} et 6:117, al. 1^{er} CSA.

11. Articles 5:158,3° et 6:128,3° CSA.

Dans les SA, toujours dotées d'un capital, et conformément au passé¹², seul le test de solvabilité s'impose *expressis verbis* dans le CSA : une distribution ne pourrait avoir pour effet que l'actif net descende sous le capital (libéré ou appelé) et les réserves indisponibles, les sanctions qui assortissent cette règle étant les mêmes que celles indiquées ci-avant¹³. Néanmoins, même en l'absence de norme en ce sens, les organes des SA seraient mal inspirés de procéder à la distribution de dividendes alors même que pareille affectation des bénéfices mettrait en péril le remboursement de leurs dettes à court et moyen termes.

12. Cf. l'article 617 du Code des sociétés ; désormais article 7:212 CSA.

13. Remboursement du dividende irrégulier perçu (art. 7:214 CSA) et responsabilité solidaire des dirigeants pour leur manquement, tant envers la société qu'envers les tiers (il n'existe pas de disposition similaire aux articles 5:144, al. 1^{er} et 6:117, al. 1^{er} dans le livre 7 consacré à la SA mais ses dirigeants n'échappent pas pour autant à leur responsabilité civile puisqu'ils sont soumis, comme les administrateurs de toute personne morale, à l'article 2:56, alinéa 3 CSA qui prescrit que les membres de l'organe d'administration « *répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale* ») ; s'ajoutent également des sanctions pénales à charge des dirigeants (7:232, 2^o CSA).

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

N° 1452. – Anvers (6^e ch. B), 26 février 2019¹

Présentation : On est forcément surpris de voir une juridiction encore se pencher *en 2019* sur un litige relatif à l'absence d'adaptation du capital d'une SCRL au minimum légalement requis par la loi du ... 20 juillet 1991² !
 En l'espèce, les trois personnes assignées par un créancier impayé après la clôture de la faillite, à savoir l'Etat belge (pour l'ISoc et des amendes fiscales), cumulaient les casquettes de *fondateurs* et de *dirigeants* d'une SCRL dont le capital n'avait jamais été adapté aux exigences nouvellement imposées par le législateur pour la date limite fixée par ce dernier au 1^{er} novembre 1993³.

Sommaire : Le fait de laisser subsister une SCRL sans satisfaire à l'article 147bis, § 1^{er}, de la loi sur les sociétés (art. 390 C. soc.), est une infraction à ladite loi qui perdure aussi longtemps que la part fixe du capital social n'a pas été augmentée jusqu'au montant exigé.
 Les administrateurs commettent une faute en ne prenant aucune initiative pour augmenter le capital afin de respecter le prescrit légal, s'écartant du comportement de l'administrateur normalement prudent en continuant à administrer cette société dont ils savaient ou devaient savoir qu'elle était sous-capitalisée sans jamais entreprendre les démarches nécessaires pour y remédier. La faute des administrateurs persiste jusqu'à la fin de leur mandat à savoir au jour de la faillite.
 Il existe un lien causal entre la faute (sous-capitalisation de la SCRL) et le dommage (non-paiement de l'impôt des sociétés et des amendes) puisque le gage des créanciers, dont l'Etat Belge, a été drastiquement limité en conséquence du fait que le capital n'a pas été augmenté comme exigé par la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses.

Parties : V., B. et H./Etat belge.

1. Faits et procédure

1.1. Objet du litige

Le litige porte sur la question de savoir si V., B. et H., en tant qu'associés et administrateurs de la société coopérative A en faillite, sont responsables des impôts des sociétés et des amendes

- 1452.-1. Cette décision porte le numéro de rôle général 2017/AR/727 et est accessible en néerlandais sur la base de données taxwin (www.taxwin.be) ; son sommaire est également disponible dans *F.J.F.* 2019, liv. 9, p. 316.
 2. Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1^{er} août 1991, pp. 16.591 et s.
 3. L'article 2 de l'arrêté royal du 11 octobre 1991 fixant la date d'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 octobre 1991, p. 23.900) impose l'adaptation des statuts des coopératives existantes au plus tard le 1^{er} novembre 1993.

administratives impayés de cette société, et si l'administration fiscale a utilisé à juste titre le patrimoine des personnes concernées pour payer la dette en souffrance.

A a été constituée en 1989 sous la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée. Madame V., Monsieur B. et Madame H. étaient associés et administrateurs de cette société.

SC A a été déclarée en faillite le 6 mai 1997. L'Etat belge a déposé une créance, mais la faillite a été clôturée par un jugement du 14 décembre 1999, sans que l'administration fiscale n'en obtienne le paiement :

exercice d'imposition article du rôle montant en principal

I.Soc. 1993...117 10 164,13 EUR

I.Soc. 1994....908 4.200,96 EUR

I.Soc. 1997...565 393,81 EUR

Amende 1994...065 1.239,47 EUR

Amende 1995...104 1.239,47 EUR

TOTAL : 17.237,84 EUR

Le 9 septembre 1997, le curateur avait signé une reconnaissance de dettes et une renonciation au délai de prescription déjà expiré pour le montant susmentionné, majoré des frais de poursuite pour un montant de 32,42 EUR.

1.2. Procédure devant le premier juge

Par exploit d'huissier signifié le 18 avril 2002, l'Etat belge a cité V., B. et H. à comparaître devant le tribunal de commerce de Turnhout. L'Etat belge a demandé :

A titre principal : la condamnation des intéressés solidairement, *in solidum*, l'un au moins à défaut de l'autre, à payer à l'Etat belge l'impôt des sociétés et les amendes administratives d'un montant de 17.237,84 EUR, majoré des intérêts légaux conformément à l'article 414 CIR92 et de tous les dépens, y compris l'indemnité de procédure estimée à 327,22 EUR ;

A titre subsidiaire : la condamnation des intéressés solidairement, *in solidum*, l'un au moins à défaut de l'autre, à payer à l'Etat belge des dommages et intérêts de 16.072,00 EUR, majorés des intérêts judiciaires à compter de la date de la citation et tous les dépens, y compris l'indemnité de procédure de 327,22 EUR.

L'Etat belge demandait de déclarer le jugement à intervenir exécutoire par provision, nonobstant tout recours, sans cautionnement et à l'exclusion de la possibilité de cantonnement.

Au cours de la procédure, l'Etat belge a retenu des avoirs de Madame V. et de Monsieur B. en raison, notamment de précomptes professionnels retenus en trop.

Ont ainsi été retenus à charge de Madame V. et de Monsieur B. :

Cotisation revenus 2001 : 6.367,71 EUR

Cotisation revenus 2002 : 4.186,40 EUR

Cotisation revenus 2004 : 5.334,93 EUR

TOTAL : 15.889,04 EUR

Ont ainsi été retenus à charge de Madame H. :

Cotisation revenus 2004 : 191,67 EUR.

Dans leurs conclusions du 20 février 2006, V., B. et H. ont formulé une demande reconventionnelle. Ils ont demandé que l'Etat belge soit condamné à payer un montant de 14.252,74 EUR, à majorer des intérêts au taux légal, à compter du 25 mars 2002 sur 3.698,63 EUR, à compter du 25 mars 2003 sur 6.367,71 EUR et à compter du 25 mars 2004 sur 4.186,40 EUR, à chaque fois jusqu'à la date du paiement. Elles réclament également la condamnation de l'Etat belge aux dépens de la cause, y compris l'indemnité de procédure et déclarer le jugement à intervenir exécutoire par provision, nonobstant tout recours et à l'exclusion de la possibilité de cautionnement ou de cantonnement.

Par jugement interlocutoire du Tribunal de commerce du 19 juin 2006, il a été décidé, à propos de la prescription de la demande de l'Etat belge, que Madame V., Monsieur B. et Madame H. ne sont pas les contribuables, de sorte qu'ils ne peuvent invoquer la prescription prévue par l'article 145 CIR92.

Le Tribunal a décidé que la responsabilité des personnes impliquées en leur qualité d'administrateurs, conformément à l'article 198 C. Soc., commençait à courir à compter de la faillite du 6 mai 1997, date à laquelle elles ont perdu le droit d'administrer la société. La citation à comparaître a donc été signifiée dans un délai de cinq ans le 18 avril 2002. Vu que les personnes concernées n'ont jamais démissionné en tant qu'associés, il n'y a pas non plus de prescription de la demande en cette qualité.

En ce qui concerne la demande au fond, le premier juge a tout d'abord décidé que la responsabilité des personnes concernées était effectivement limitée à leur apport, vu qu'il était satisfait à l'obligation de publication. Il ne découle pas du fait que le capital de la société n'a pas été augmenté que leur responsabilité serait illimitée.

Vu que les personnes concernées, en leur qualité d'administrateurs, n'ont pas convoqué l'assemblée générale en vue de modifier les statuts et d'augmenter le capital, pour répondre aux exigences de la loi du 20 juillet 1991, elles ont, selon le premier juge, commis une faute (article 408 C. Soc.). Cela a causé un préjudice, qui consistait au moins dans le montant que les administrateurs avaient promis ou étaient légalement tenus de promettre pour constituer le capital social. Le dommage devait être évalué à 16.072,00 EUR, augmenté des intérêts légaux depuis la date de la citation.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle, le premier juge a décidé qu'il existait une incertitude quant à la restitution relative aux exercices d'imposition 2001 et 2002.

La demande principale et la demande reconventionnelle ont été déclarées recevables et la demande principale a été déclarée fondée.

Avant dire droit sur le fond de la demande reconventionnelle et de l'éventuelle compensation, la réouverture des débats a été ordonnée, afin de permettre aux parties de produire les pièces nécessaires à établir quant à la manière dont les montants de la restitution relative aux exercices d'imposition 2001 et 2002 ont été effectivement restitués, et dans ce dernier cas, à préciser si cette affectation concerne des dettes fiscales personnelles ou des dettes fiscales de la société faillie SC A.

La décision concernant les dépens a été réservée.

1.3. Procédure devant la Cour d'appel

V., B. et H., actuelles parties demanderesses en appel, demandent de déclarer leur recours recevable et fondé et, partant, d'annuler le jugement attaqué.

Elles demandent de rejeter la demande originelle de l'Etat belge comme non recevable, au moins non fondée.

Elles demandent en outre que leur demande reconventionnelle soit déclarée fondée et que l'Etat belge en toutes ses qualités soit condamné à payer à B. et V. la somme de 15.889,04 EUR, majorée des intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2002 sur 3.698,63 EUR, à compter du 25 mars 2003 sur 6.367,71 EUR et à compter du 25 mars 2004 sur 4.186,40 EUR, à chaque fois jusqu'à la date du paiement.

Elles demandent en outre que l'Etat belge soit condamné, en toutes ses qualités, à payer à H. la somme de 191,67 EUR, majorée des intérêts au taux légal à compter du 16 mars 2006 et jusqu'à la date du paiement.

Elles demandent enfin que l'Etat belge, en toutes ses qualités, soit condamné aux dépens de la procédure, y compris l'indemnité de procédure estimée à 364,40 EUR en première instance et à 485,87 EUR en appel, l'indemnité pour le dépôt de la requête d'appel de 60,73 EUR et le droit de rôle d'appel de 186,00 EUR.

L'Etat belge, partie défenderesse en appel, demande que l'appel soit déclaré recevable, mais non fondé et que l'arrêt attaqué soit confirmé et ensuite dire pour droit que les montants retenus par l'Etat belge soient définitivement crédités au montant à réclamer par l'Etat belge en vertu du jugement interlocutoire du 19 juin 2006 et que les parties n'aient pour le surplus plus rien à se réclamer l'une de l'autre.

L'Etat belge demande que les demanderesses en appel soient condamnées solidairement, *in solidum*, aux dépens de la procédure, estimés à une indemnité de procédure en appel de 1.440,00 EUR.

2. Discussion

2.1. Prescription

Les contribuables avaient fait valoir que la demande de l'administration fiscale était prescrite, puisque, selon eux, le délai de prescription commençait à courir à partir du 1^{er} novembre 1993, c'est-à-dire la date limite à laquelle les sociétés coopératives pouvaient mettre leurs statuts en conformité avec les exigences de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses.

L'Etat belge prétend, en revanche, que la prescription n'a commencé à courir qu'à partir de la faillite le 6 mai 1997, de sorte qu'une citation a été signifiée dans le délai de prescription de cinq ans le 18 avril 2002.

Conformément à l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret C. Soc., sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, (...), pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celées par dol, à partir de la découverte de ces faits.

L'opération en cause ici concerne l'augmentation du capital de la société coopérative A, qui a été déclarée en faillite le 6 mai 1997.

L'article 147bis, § 1^{er} de la loi sur les sociétés (l'actuel article 390 C. Soc.) a été substantiellement modifié par la loi-programme du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses (M.B., 1^{er} août 1991). Fut notamment instaurée l'exigence que la partie fixe du capital d'une société coopérative à responsabilité limitée soit désormais d'au moins 750.000 BEF (18.592,01 EUR), dont 250.000 BEF (6.197,33 EUR) soient entièrement libérés. En vertu de l'article 2 de l'arrêté royal du 11 octobre 1991 fixant la date de l'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives, les sociétés coopératives à responsabilité limitée déjà constituées au 1^{er} novembre 1991 (comme A) devaient mettre leurs statuts en conformité avec les dispositions de cette loi au plus tard le 1^{er} novembre 1993.

Il ressort des pièces que les statuts d'A n'ont jamais été mis en conformité avec cette nouvelle loi, et plus précisément, que le capital qui a été fixé en 1989 à 100.000 BEF (2.478,93 EUR) n'a jamais été relevé.

La société a été déclarée en faillite le 6 mai 1997.

En l'espèce, la Cour d'appel suit la position de l'État belge selon laquelle la prescription n'a débuté qu'à partir de la faillite. La Cour de cassation estime en effet que laisser exister une SCRL sans la mettre en ordre par rapport à l'article 147bis, § 1^{er}, du Code des sociétés constitue une infraction au Code des sociétés qui perdure aussi longtemps que la partie fixe du capital social n'a pas été relevée au montant exigé. La Cour de cassation a décidé : « En fixant ensuite le point de départ du délai de prescription au 1^{er} novembre 1993, le juge d'appel n'a pas légalement justifié sa décision » (Cass., 17 octobre 2014, N.13.0555.N, www.cass.be ; voir aussi Cass., 17 janvier 2014, C.12.06040.F, *J.D.S.C.*, 2015, p. 145, avec note M.A. Delvaux, 'Près de 20 ans après l'adoption de la loi du 13 avril 1995, des administrateurs négligents sont condamnés pour le défaut d'adaptation du capital social de la SA gérée aux « nouvelles exigences légales »).

Comme les parties demandereses ont été citées en justice le 18 avril 2002, la demande n'était pas encore prescrite.

2.2. Responsabilité des administrateurs

Dans l'acte de constitution du 18 août 1989 (pièce 4 Etat belge), B. et H. ont notamment été nommés administrateurs de la société, B. étant désigné comme administrateur délégué à la gestion journalière. V. a été nommée comme nouvel administrateur par décision de l'assemblée générale du 1^{er} février 1991 (pièce 5 Etat belge).

Il est incontestable que les personnes concernées étaient encore administrateurs au moment de la faillite en 1997.

L'Etat belge a effectué sa déclaration de créance dans la faillite pour l'impôt des sociétés et les amendes administratives mentionnées ci-dessus.

Le 9 septembre 1997, le curateur de la société en faillite a signé une reconnaissance de dette et une renonciation au temps couru de la prescription en matière de précomptes, des impôts directs et des taxes assimilées (pièce 24 Etat belge). Le curateur a ainsi reconnu être redevable d'un montant de 696.680 BEF (17.270,24 EUR).

La Cour a décidé que le fait de permettre à une SPRL de continuer à exister sans se conformer à l'article 147bis, § 1 C. Soc. constitue une violation du C. Soc., qui perdure tant que la partie fixe du capital social n'a pas été augmentée au montant requis (Cass., 17 octobre 2014, précité). Les administrateurs ont donc commis une faute en ne prenant pas l'initiative d'augmenter le capital. Les parties demanderesse en appel ne se sont pas comportées comme on pouvait s'y attendre de la part d'administrateurs normalement prudents, en continuant à administrer la société alors qu'ils savaient ou auraient dû savoir que la société était sous-capitalisée et en ne prenant pas les mesures nécessaires pour remédier à cette situation.

En outre, la Cour a décidé que le préjudice subi par l'Etat belge à cet égard est attesté par les pièces, puisque les montants susmentionnés des impôts des sociétés et des amendes sont restés impayés. Cela ressort également de la reconnaissance de dette par le curateur, qui n'est pas contestée.

Enfin, il existe un lien causal entre la faute et le dommage, puisque la garantie des créanciers (dont l'Etat belge) a été fortement réduite du fait que le capital n'a pas été augmenté, comme l'exige la loi du 20 juillet 1991. La faute des administrateurs s'est poursuivie jusqu'à la fin de leur mandat au moment de la faillite (cf. Trib. Comm. Gand, 25 février 2003, *Courrier fiscal*, 2003, n° 8, p. 370). Plus précisément, la garantie des créanciers au moment de la faillite était inférieure d'environ 16 000,00 EUR à celle exigée par la loi.

La demande principale de l'Etat belge a donc été déclarée à juste titre fondée par le premier juge.

2.3. Demande reconventionnelle

Les administrateurs avaient déposé une demande reconventionnelle de remboursement des sommes retenues entre-temps par l'Etat belge, du fait du non-remboursement de l'excédent de précompte retenu.

L'Etat belge peut être suivi à cet égard, lorsqu'il affirme que les retenues ont été effectuées à juste titre, vu la responsabilité des parties demanderesse en appel en tant qu'administrateurs

de la société. La demande reconventionnelle des parties demanderesses en appel n'est par conséquent non fondée.

2.4. Décompte

La Cour constate que, dans ses conclusions, l'Etat belge a correctement décompté, d'une part, la demande de l'Etat belge en principal, intérêts et frais et, d'autre part, les retenues opérées à charge des contribuables.

Cela montre que les retenues effectuées couvrent pratiquement la créance de l'Etat belge, de sorte que la requête de l'Etat belge visant à établir que les parties n'ont plus rien à se réclamer l'une de l'autre à cet égard peut être accordée.

2.5. Indemnité de procédure

La Cour constate que l'Etat belge doit être considéré comme la partie ayant gain de cause dans cette affaire, de sorte que les parties demanderesses en appel doivent supporter les frais de la procédure.

Les litiges fiscaux n'ont pas une valeur indéterminée, mais peuvent être évalués au montant de la cotisation attaquée (cf. Cass., 12 mars 2010, *F.J.F.*, n° 2010/183, p. 720).

Toutefois, la Cour constate que les frais de procédure ont déjà été pris en compte dans le décompte déjà effectué par l'Etat belge, de sorte qu'aucune indemnité de procédure supplémentaire ne peut plus être accordée.

OBSERVATIONS

Près de trente ans plus tard... il reste des coopératives sous-capitalisées au regard de la loi du 20 juillet 1991

Une coopérative à responsabilité limitée est constituée par le trio V., B. et H. en 1989 avec un capital social de 100.000 BEF, soit 2.478,94 EUR. Elle est déclarée en faillite le 6 mai 1997, la faillite étant clôturée le 14 décembre 1999 sans que l'Etat belge n'ait récupéré sa créance fiscale relative à de l'ISoc et des amendes fiscales.

L'Etat assigne le trio qui cumule les qualités de fondateurs, associés et administrateurs le 18 avril 2002 pour obtenir le paiement de sa créance, et n'attend pas l'issue judiciaire pour « *se servir à la source* » dans le cadre de précomptes professionnels excessifs retenus à charge de ces trois contribuables, ce qui a d'ailleurs justifié l'introduction, par leurs soins, d'une demande reconventionnelle en remboursement des sommes prélevées.

Quant à la responsabilité :

Confronté à la situation, très fréquente en pratique entre 1993 et 2010⁴, d'une SCRL qui n'avait pas adapté son capital social aux nouvelles exigences légales, le curateur ou le créancier

4. On a rencontré également fréquemment des sociétés inactives depuis des années et qui n'avaient jamais été liquidées ; si elles étaient ultérieurement déclarées en faillite, les curateurs se tournaient vers leurs fondateurs qui étaient surpris, la législation ayant changé alors même que la société fondée avait déjà cessé toute activité ; ils trouvaient dès lors curieux de se voir réclamer des sommes importantes après tant d'années et alors qu'ils ignoraient totalement l'adoption de ces nouvelles législations.

impayé souhaitait généralement engager tant la responsabilité des *fondateurs*, que celle des *associés* et des *dirigeants*⁵.

En ce qui concerne les *fondateurs*, aucun fondement de responsabilité n'est mobilisable lorsqu'en cours de vie sociétaire, une loi augmente le capital minimal requis⁶.

A plusieurs reprises pourtant, des décisions de justice ont retenu la responsabilité des fondateurs sur pied des articles 229, 1° (SPRL), 405, 1° (SCRL) et 456, 1° (SA) du Code des sociétés, les condamnant au titre de « réputés souscripteurs » de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par la loi nouvelle⁷. Nous avons sévèrement critiqué ces décisions, inadéquates à divers titres.

Tout d'abord, il est indiscutable que lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle imposant un capital minimal plus élevé, il n'y a pas eu de *constitution* d'une nouvelle société⁸ ; on ne voit donc pas comment les fondateurs pourraient être responsables pour une prétendue fondation ne respectant pas les prescrits légaux.

D'autre part, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par de nouvelles dispositions puisse être appliquée aux fondateurs de sociétés constituées avant la date butoir prévue par la loi pour adapter le capital des sociétés existantes⁹ ; en effet, introduit par une loi nouvelle, l'article qui fixe un nouveau capital social minimal crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui, elle aussi, est introduite

5. Pour un « topo » sur cette problématique, voir notre contribution intitulée « Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991 : quelles protections pour les tiers ? » paru dans la *R.D.C.*, 1998, p. 588 à 595 ; voir également nos notes sous Comm. Charleroi, 10 septembre 1997 et Liège (7^e ch.), 18 novembre 1997 dans *J.D.S.C.*, 1999, pp. 226 à 230, aux n° 89 et 90 ; notre note sous Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 16 février 1999, *J.D.S.C.*, 2000, n° 181, p. 183 ; notre note intitulée « La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum » sous Comm. Hasselt (4^e ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 572, p. 199 ; nos observations intitulées « La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum : suite » sous Comm. Hasselt, 26 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 574, p. 208 ; nos observations sous Civ. Huy (3^e ch.), 18 novembre 2004, *J.D.S.C.*, 2005, n° 663, p. 168 ; notre note intitulée « Près de 20 ans après l'adoption de la loi du 13 avril 1995, des administrateurs négligents sont condamnés pour le défaut d'adaptation du capital social de la SA gérée aux 'nouvelles' exigences légales » sous Cass., 17 janvier 2014 dans *J.D.S.C.*, 2015, p. 145 et enfin notre note intitulée « Près de 25 ans après l'adoption de la loi du 20 juillet 1991, des dirigeants négligents sont condamnés pour le défaut d'adaptation du capital social de la SCRL gérée aux 'nouvelles' exigences légales » sous Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 2014, *J.D.S.C.*, 2015, pp. 146-147.
6. Outre la loi du 20 juillet 1991 qui retient ici notre attention, on peut également citer les lois des 5 décembre 1984 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 12 décembre 1984, pp. 15 612 et s., article 72, alinéa 3) et 13 avril 1995 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, pp. 17 492 et s., article 111, alinéa 3) qui ont augmenté le capital minimum des SA et la loi du 15 juillet 1985 (loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 14 août 1985, pp. 11 698 et s., article 17, alinéa 2) qui a augmenté le capital minimum des SPRL.
7. Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 5 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 642 et s. ; Mons (1^{re} ch.), 1 décembre 1997, non publié, R.G. 96/749 et 96/831, en cause J. Gorrebeeck c. P.-H. Bataille et E. Simonetti c. P.-H. Bataille qui confirme Comm. Mons, 16 avril 1996, également non publié ; Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s. qui confirme Civ. Bruges, 28 février 1995, non publié, en cause Dekeyser c. Staes et alii. L'arrêt de la Cour d'appel de Gand, outre qu'il ne brille pas par sa rigueur juridique, est peu clair : en effet, au terme du dispositif, la Cour semble finalement retenir plutôt la responsabilité de l'assemblée générale (et donc des associés) sur la base de l'article 147ter des L.C.S.C. au motif que ce serait sur cet organe que repose l'obligation d'adapter les statuts.
8. L'adoption d'une législation nouvelle ne porte pas atteinte au *continuum* de la société.
9. En matière de sociétés coopératives, voir un jugement du 3 novembre 1997 de la troisième chambre du Tribunal de commerce de Termonde qui expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147ter, 1° des L.C.S.C. aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991, *J.D.S.C.*, 1999, n° 79, p. 199 et note M.A. DELVAUX ; voir également Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 16 février 1999, *J.D.S.C.*, 2000, n° 181, p. 183 et note M.A. DELVAUX, *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 119, *J.L.M.B.*, 2000, p. 276.

par cette même loi. A l'époque de la fondation de la société, acte *instantané*, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales ; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au jour où ils ont fondé la société, et la loi nouvelle n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expressément proclamée rétroactive, ce qui n'est pas le cas des diverses lois que nous avons citées¹⁰.

Cette sanction créait d'ailleurs une grande insécurité juridique¹¹ : les fondateurs ne pouvaient en effet plus jamais être sûrs, au moment où ils créaient une société, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui pèsent ou pèseraient prochainement sur eux. En outre, tout fondateur étant susceptible de quitter à tout moment la société qu'il a créée, il paraît absurde de le rendre responsable sur la base d'une loi entrée en vigueur *après* qu'il ait quitté celle-ci.

Toute autre est la question de la responsabilité des fondateurs pour constitution d'une société ne disposant clairement pas des moyens suffisants pour développer ses activités de façon rentable tout en faisant face à ses engagements financiers, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution sur pied du droit des sociétés¹², ou même indépendamment de ce délai, sur pied de l'article 1382 du Code civil^{13 14}.

10. Voir Cass. (vac.), 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, pp. 215 et s. : « *Attendu qu'aucune loi, fut-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur, à moins que de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil* ». Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par Thimoty VERHOEST sous Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s., à savoir Gand, 21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (S.P.R.L. et application de l'article 123, 7^e des L.C.S.C. introduit par la loi du 4 août 1978) ; Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (S.A. et application de l'article 35, 6^e des L.C.S.C. introduit par la loi du 4 août 1978).
11. Voir l'excellente étude de Thimoty VERHOEST (*T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.) qui met en lumière les difficultés engendrées par une telle sanction extrême ; voir également *Bilan*, n^o 330, 22 octobre 1997, p. 5.
12. Voir la responsabilité des fondateurs en cas de faillite de la société dans les trois ans de sa constitution lorsque le capital social était, lors de cette constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins visée aux articles 229, 5^e (SPRL), 405, 5^e (SCRL) et 456, 4^e (SA) de l'ancien Code des sociétés ; désormais, les dispositions du CSA qui règlementent cette hypothèse sont les suivantes : articles 5:16, 2^e (SRL), 6:17, 2^e (SC) et 7:18, 2^e (SA).
13. Voir Gand, 21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (preuve de la faute non apportée par le curateur) ; Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (et spéc. 944) : « *Er kan slechts sprake zijn van een fout in hoofde van de oprichters wanneer de ter beschikking gestelde middelen zo kennelijk ontoereikend zijn dat deze behoorden te weten dat de opgerichte vennootschap redelijkerwijze geen levenskans had en dat zij haar verbintenissen niet zou nakomen* » ; le Tribunal de commerce de Charleroi a considéré, dans un jugement du 10 janvier 1979, que « *constitue une faute, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, le fait d'entreprendre une activité commerciale sans moyens proportionnés à celle-ci. (Le fondateur) savait ou devait savoir que les obligations contractées ne pourraient être exécutées dans des conditions et délais raisonnables. Le risque dans la création d'une entreprise ne peut être admis que pour autant que ce risque soit supporté par l'entrepreneur et son éventuel bailleur de fonds et non reporté sur d'autres personnes. C'est l'absence de moyens proportionnés à l'activité envisagée qui constitue la faute(...)* » (in *J.C.B.*, 1979, pp. 510 et s.). Le Tribunal de première instance de Bruges par contre, dans une espèce particulière jugée le 13 février 1984 (*Rev. prat. soc.*, 1984, pp. 198 et s. et spéc. 207), a refusé de retenir la responsabilité des fondateurs au motif qu'il n'était pas prouvé que, par la création d'une société dont ils auraient dû savoir immédiatement qu'elle serait un enfant mort-né, ils auraient témoigné d'un manque de sens des responsabilités.
14. Cependant, l'application du droit commun de la responsabilité civile exige d'établir un lien de causalité strict entre la sous-capitalisation et la faillite, ce qui est malaisé. Selon la Cour d'appel de Gand (21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 943 et s.), le curateur qui veut mettre en cause la responsabilité des fondateurs sur la base de l'article 1382 du Code civil doit prouver que la sous-capitalisation avait *nécessairement* comme conséquence que la société tomberait en faillite pour cette raison, avec les dommages corrélatifs pour la société et ses créanciers. Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite, indépendamment du faible montant de son capital initial. C'est cette difficulté de prouver le lien causal entre la sous-capitalisation et la faillite qui a d'ailleurs conduit le législateur à adopter une disposition particulière en matière de responsabilité des fondateurs dans cette hypothèse. L'intérêt de l'application du droit commun de la responsabilité réside par contre dans l'étendue du dommage réparable : contrairement à la responsabilité pour capital manifestement insuffisant, qui laisse au juge le pouvoir considérable de fixer la proportion du passif à leur imputer, les fondateurs dont la faute en lien causal avec le dommage est établie sont tenus de réparer l'intégralité du dommage, quelle que soit son importance.

En ce qui concerne les associés, le curateur ou le créancier impayé tentait souvent de fonder la responsabilité sur deux plans.

D'une part, il aurait été fautif pour les associés de ne pas avoir sollicité la réunion d'une assemblée générale ayant pour objet la mise en conformité du capital de la société ; la jurisprudence était toutefois très réticente à retenir ce fondement de responsabilité¹⁵.

D'autre part, la société, n'ayant pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales, serait devenue une société à responsabilité illimitée. Ainsi, aux lendemains de l'adoption de la loi du 20 juillet 1991 introduisant la distinction entre deux formes de coopératives, la SCRIS et la SCRL, certains ont considéré – à tort, nous le verrons – que les coopératives non adaptées à la loi nouvelle devenaient de ce fait des SCRIS, quel que soit leur régime de responsabilité originel. Cette idée se fondait sur une interprétation particulière et erronée de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991, qui stipule que les dispositions statutaires contraires à la nouvelle loi sont considérées comme non écrites à partir du 1^{er} novembre 1993, date d'entrée en vigueur de la loi pour les coopératives existant déjà au 1^{er} novembre 1991. La disposition statutaire selon laquelle les associés de la société coopérative ne sont tenus qu'à concurrence de leur souscription n'était, selon cette thèse, pas conforme à la loi nouvelle imposant un nouveau capital minimum, et donc devait être réputée non écrite, la société devenant alors une SCRIS.

Ce raisonnement est aisément balayé puisqu'en aucune manière une clause limitative de la responsabilité des associés n'est contraire à la loi du 20 juillet 1991 ; cette loi prévoyait d'ailleurs expressément l'existence des SCRL à côté des SCRIS. C'était donc de manière peu pertinente que les curateurs soutenaient la responsabilité des associés sur la base d'un engagement illimité et solidaire¹⁶ : la responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts dans ce contexte n'est nullement devenue, par le fait même, *illimitée*¹⁷.

15. Pour une illustration, voir Comm. Hasselt (4^e ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 572, p. 199 et note M.A. DELVAUX « La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum », *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33. Dans le contexte similaire d'une tentative de mise en cause de la responsabilité aquilienne des associés d'une coopérative en cas de défaut d'adaptation du capital social à de nouvelles exigences légales, citons également un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 20 février 2003 (*D.A.O.R.*, 2003, liv. 65, p. 65 ; *J.D.S.C.*, 2006, n° 723, p. 81) : la Cour considère que la responsabilité des associés ne peut être engagée que s'ils auraient pu eux-mêmes provoquer la réunion d'une assemblée générale ayant pour objet la régularisation de la coopérative, étant des personnes compétentes, bien informées des obligations légales s'imposant aux sociétés (même si les coopérateurs détiennent une participation insuffisante pour prendre seuls une décision, le simple fait de convoquer une assemblée générale a le mérite de « mettre sur le tapis » la question de la régularisation de la société au regard des nouvelles exigences en matière de capital. Les coopérateurs majoritaires seront alors nécessairement amenés à prendre leurs responsabilités sur ce point). Ces éléments n'étant pas rencontrés en l'espèce, la Cour n'a pas fait droit à la demande formulée par le curateur.
16. Pour une illustration du rejet de ce fondement de responsabilité des fondateurs d'une coopérative, voir Liège, 20 février 2003, *D.A.O.R.*, 2003, liv. 65, p. 65 ; *J.D.S.C.*, 2006, n° 723, p. 81.
17. « Il ne s'agit ni de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses ni des autres dispositions dont la violation est invoquée que le défaut d'adaptation des statuts d'une société coopérative à responsabilité limitée existante au montant minimum de la part fixe du capital social requis pour une telle société depuis le 20 juillet 1991 précitée entraîne la perte du bénéfice de la responsabilité limitée » (Cass., 18 mai 2009, *Larc. Cass.*, 2009, p. 167).

C'est donc à l'égard des dirigeants que les personnes intéressées (curateur, créancier impayé) trouvent un fondement valable pour obtenir la réparation du préjudice découlant du défaut d'adaptation de son capital, par la société avec laquelle ils se sont trouvés en lien contractuel, aquilien ou institutionnel (ONSS, TVA, ...), à de nouvelles exigences légales en matière de capital minimum.

Les dirigeants de sociétés doivent, et c'est élémentaire !, exercer leur mission dans le respect, par eux-mêmes et par la société, des exigences légales comme des dispositions statutaires ; ils répondent dès lors, notamment, des fautes qui consistent dans une violation du Code des sociétés¹⁸ et désormais du CSA¹⁹. On ne se situe pas seulement au niveau du mandat de gestion confié aux dirigeants, mais plus largement au niveau du respect des 'règles du jeu' sociétaire. Dès que la violation du Code est établie, la faute existe ; il faut ensuite établir le dommage subi en lien causal avec cette faute²⁰. Le Code n'établit en effet *pas une présomption de responsabilité* (le seul établissement de la faute étant insuffisant pour engager la responsabilité) mais plutôt une véritable *présomption d'imputabilité* : la violation de la loi est présumée être le fait de *tous* les dirigeants, solidairement²¹. Cette disposition est sévère pour les dirigeants dans la mesure où elle instaure un renversement de la charge de la preuve : c'est au dirigeant qu'il appartient, pour s'exonérer, d'établir trois éléments cumulatifs²² :

- son absence de participation à l'infraction (absence à la réunion de l'organe de gestion, ...)
- l'absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion de l'organe de gestion : maladie, ...)²³ ;
- dénonciation par lui de l'infraction à tous les membres de l'organe de gestion^{24 25} après qu'il a eu connaissance des faits.

A noter qu'on a été fort surpris de découvrir, dans l'arrêt commenté, que les premiers juges avaient considéré que les administrateurs avaient commis une faute causant un préjudice « *die minstens bestond uit het bedrag dat de bestuurders hadden toegezegd of wettelijk dienden toe te zeggen om het maatschappelijk kapitaal te vormen* » : fameuse confusion des rôles ! En qualité de dirigeants de la coopérative, les administrateurs n'étaient nullement « *légalement tenus de promettre des fonds pour constituer le capital social* »... Les fondateurs et les associés ne l'étaient pas davantage, les associés pouvant d'ailleurs préférer procéder à la dissolution puis à la liquidation de leur coopérative plutôt que de la rendre conforme aux nouvelles exigences en matière de capital social minimum.

18. Articles 263, 408, alinéa 2, et 528 du Code des sociétés ; voir également les articles 1382-1383 du Code civil.

19. C'est l'article 2:56, alinéa 3 qui prescrit désormais, pour toutes les personnes morales, que les membres de l'organe d'administration « *répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale* ».

20. Voir par exemple Civ. Huy (3^e ch.), 18 novembre 2004 (*J.D.S.C.*, 2005, n° 663, p. 168 et obs. M.A. DELVAUX) : le tribunal considère que la faute commise par l'administrateur qui n'a pas assuré la mise en concordance des statuts de la SCRL gérée aux nouvelles exigences en matière de capital fixe minimum imposées par la loi du 20 juillet 1991 ne présente pas de lien causal avec le dommage dont le curateur postule réparation puisque la décision de liquider la société a été prise dans le délai reconnu par la loi pour adapter les statuts.

21. Le Code des sociétés hier, le CSA aujourd'hui, présumant que la violation du Code ou des statuts est une *faute commune* des dirigeants.

22. Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA) du C. Soc. et article 2:56, alinéa 4 du CSA.

23. Voir Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, p. 232 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261 : « Attendu qu'aucun administrateur ne peut tirer argument de son absence à des réunions, alors qu'en raison de ses fonctions il aurait dû y assister, et encore moins de son incompétence, qui aurait dû lui dicter de ne pas accepter une telle fonction ».

24. Ou, le cas échéant, à l'organe d'administration collégial et au conseil de surveillance.

25. Dans le Code des sociétés, c'était la dénonciation « *à l'assemblée générale la plus proche* » qui était prévue.

A noter également que les lois des 5 décembre 1984 et 13 avril 1995 augmentant le capital minimum des SA²⁶ ainsi que la loi du 15 juillet 1985 augmentant le capital minimum des SPRL²⁷ prévoyaient expressément la responsabilité solidaire des administrateurs pour la différence entre le capital souscrit et le capital nouvellement imposé, contrairement à la loi du 20 juillet 1991, qui ne prévoit aucune sanction spécifique.

Quant à la prescription :

Quand commence à courir le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants ?

Dans l'espèce commentée, les trois dirigeants mis en cause soutenaient que la réclamation de l'Etat belge était prescrite puisque le point de départ de la prescription quinquennale de l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret du Code des sociétés était le 1^{er} novembre 1993, date ultime pour mettre « sa » coopérative en conformité avec le nouveau minimum légal. C'est la défense classique dans pareille hypothèse, les dirigeants estimant que leur abstention s'identifie à une faute unique et instantanée, commise le dernier jour utile pour « adapter » leur société aux nouvelles exigences légales. Elle est balayée par la Cour qui considère que la prescription n'a commencé à courir qu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Le défaut d'adaptation du capital social présente en effet un caractère continu, la faute continue tant que la part fixe du capital social n'a pas été augmentée pour atteindre le montant requis²⁸, la prescription de l'action en responsabilité ne pouvant commencer à courir qu'à la fin du mandat du dirigeant ; c'est chaque jour que les dirigeants « aux commandes » de la société répètent leur faute de n'avoir « rien fait » pour augmenter le capital de la société gérée²⁹ ; le dirigeant s'écarte du « modèle » de dirigeant normalement prudent et diligent en acceptant de continuer à gérer une société alors qu'il sait ou doit savoir qu'elle est sous-capitalisée et en ne lançant, proactivement, aucune démarche pour régulariser la situation.

26. Voir les références complètes *supra*.

27. Voir les références complètes *supra*.

28. Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 2014 (J.D.S.C., 2015, n° 1224, p. 145) : « Le fait de laisser exister une société coopérative à responsabilité limitée alors que l'article 147bis, § 1^{er}, des lois coordonnées du 30 novembre 1935 n'est pas respecté constitue une infraction à cette loi qui continue tant que la part fixe du capital social n'a pas été augmentée pour atteindre le montant requis. » La Cour censure un arrêt prononcé par la Cour d'appel de Gand qui avait estimé que le délai quinquennal de l'article 198, 4^e tiret du C. Soc. devait prendre cours le 1^{er} novembre 1993, date ultime laissée par le législateur pour adapter le capital minimum des SCRL existantes au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991. Or lorsqu'on constate qu'un dommage résulte du maintien d'une situation fautive, le délai ne prend cours qu'au jour de la cessation de la situation illégalement maintenue.

29. Cass. (1^{re} ch.), 17 janvier 2014 (J.D.S.C., 2015, p. 145) : « Les administrateurs qui n'ont pas veillé à adapter le capital minimum d'une SA pour le 1^{er} juillet 2001 engagent solidairement leur responsabilité dès ce moment et répètent leur comportement fautif chaque jour où ils omettent de se conformer à cette obligation légale ».

327. La juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants
367. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil – La faute de gestion
475. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA

N° 1453. – Mons (18^e ch.), 13 mai 2020¹

Présentation : Nous avons publié la décision querellée, prononcée le 27 novembre 2018 par la 1^{re} chambre du Tribunal de l'Entreprise du Hainaut, dans l'édition 2019 du *J.D.S.C.*, sous le n° 1415 à la page 123, agrémentée de quelques observations, et annonçons vous revenir avec la décision qui serait prononcée en appel. Voici l'arrêt prononcé par la Cour d'appel de Mons qui confirme la responsabilité du gérant de la SPRL, engagée sur pied des articles 93*undecies* C du Code TVA et 1382 du Code civil, et la condamnation financière subséquente, fort lourde (on approche les 300 000 €).

Sommaire : L'action fondée sur l'article 93*undecies* C du Code TVA ne relève pas du contentieux fiscal, n'étant fondée ni sur le bien-fondé ou le mode de calcul de l'impôt ni sur son exigibilité mais bien sur l'existence d'une faute de gestion susceptible d'entraîner la responsabilité personnelle et/ou solidaire du dirigeant d'une société ; est dès lors exclue la compétence du juge civil sur pied de l'article 569, 32° du Code judiciaire.

L'action fondée sur l'article 93*undecies* C du Code TVA est relative à une forme particulière de responsabilité d'organes de société et constitue une « contestation pour raison d'une société » au sens de l'article 574, 1° du Code judiciaire ; il importe peu, à cet égard, que l'ancien dirigeant ne soit pas un commerçant ou une entreprise.

C'est le tribunal du siège social de la société au jour de l'introduction de la procédure qui est seul compétent, selon l'article 628, 13° du Code judiciaire, pour les litiges visés à l'article 574, 1°, et ce même si la société elle-même n'est pas à la cause.

La présomption de faute instituée par l'article 93*undecies* du Code TVA est écartée uniquement si le non-paiement des dettes TVA provient de difficultés financières qui ont causé la faillite ou la réorganisation judiciaire, ce qui doit être établi *in concreto* par le dirigeant poursuivi.

L'article 93*undecies* du Code TVA contient une présomption qui porte tant sur la faute du dirigeant que sur le lien causal entre celle-ci et le dommage de sorte que dès que ses conditions d'application sont réunies, l'Etat ne doit plus démontrer ni la faute ni le lien causal.

L'Etat qui souhaite engager la responsabilité solidaire du dirigeant en application de l'article 93*undecies* du Code TVA n'est nullement tenu de déclarer sa créance au passif de la faillite et d'attendre l'issue de la procédure engagée contre l'un de ses débiteurs solidaires avant de pouvoir agir à l'encontre de ses autres débiteurs.

1453.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général 2018/RG/877.

La faute commise par un dirigeant dans l'exercice de ses pouvoirs de gérant peut causer un dommage propre à l'Etat, distinct de celui de la masse des créanciers de la société faillie, ce qui lui permet de réclamer son propre préjudice au dirigeant, indépendamment des initiatives du curateur de faillite. Constitue une faute engageant sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du Code civil le fait, pour un gérant de SPRL, d'avoir enregistré dans la comptabilité un nombre important de factures fictives pour opérer des déductions abusives puis d'avoir vidé la société de sa substance et cédé ses parts sociales pour un prix symbolique, emportant en outre l'ensemble de la comptabilité ; pareil comportement fautif a empêché la société gérée d'assumer ses obligations fiscales, ce qui établit le lien causal entre cette faute et le préjudice postulé par l'Etat.

Parties : B.A./Etat belge.

(...)

II. Faits et antécédents de la cause

Monsieur B.A. a été l'associé unique de la SPRL EMT, dont le siège social était établi à (...), entre le 31 mars 2012 et le 15 avril 2015, et a en outre été le gérant de cette société depuis le 6 novembre 2017 jusqu'au 15 avril 2015.

La SPRL EMT était active dans le commerce de vêtements en gros.

Le 29 avril 2015, Monsieur B.A. a cédé ses parts sociales de ladite société à un Sieur D.De. et le siège social a été transféré à (...).

La société a ensuite été cédée à un Sieur Bi. et le siège social transféré à (...).

Le 30 septembre 2015, le centre de contrôle de Bruxelles II a rédigé un procès-verbal constatant que la SPRL EMT restait redevable à l'égard de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée en raison de déductions abusives pour les 1^{er} et 4^e trimestre 2013 à concurrence de 7.494,68 euros et 1.158,69 euros.

A défaut de paiement, une contrainte a été décernée à charge de la société le 18 novembre 2015, visée et rendue exécutoire le 27 novembre 2015, pour un montant de 27.482,51 euros se détaillant comme suit :

- T.V.A. : 8.653,37 euros ;
- Amendes proportionnelles : 17.306,74 euros ;
- Intérêts à dater du 21 janvier 2014 : 1.522,40 euros.

Cette contrainte a été notifiée le 7 décembre 2015 pour un montant de 27.551,71 euros.

Le 10 mars 2016, l'Inspection spéciale des impôts a rédigé un second procès-verbal constatant que la SPRL EMT restait redevable à l'égard de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée en raison de déductions abusives pour les quatre trimestres de l'année 2014 et le 1^{er}

trimestre de l'année 2015, respectivement à concurrence de 6.531,00 euros, 33.645,15 euros, 41.824,37 euros, 27.815,21 euros et 18.183,69 euros, soit un total de 127.999,42 euros.

A défaut de paiement, une contrainte a été décernée à charge de la société le 20 juin 2016, visée et rendue exécutoire le 27 juin 2016, pour un montant de 389.117,87 euros se détaillant comme suit :

- TVA : 127.999,42 euros ;
- Amendes : 255.998,85 euros ;
- Intérêts à dater du 21 janvier 2016 : 5.119,60 euros ;

Cette contrainte a été notifiée le 30 juin 2016 pour un montant de 390.141,79 euros.

Le 22 décembre 2016, l'administration a informé Monsieur B.A. qu'en application de l'article 93*undecies* C, § 5, du Code de la TVA, elle entendait le tenir solidairement responsable du paiement de la somme de 140.542,77 euros, dont la SPRL EMT lui était redevable en vertu du procès-verbal établi le 10 mars 2016.

En l'absence de réaction de Monsieur B.A., après la communication à son conseil dudit procès-verbal le 11 janvier 2017, l'Etat belge a lancé citation à son encontre devant le tribunal de commerce du Hainaut, division de Mons, le 18 mai 2017 afin de l'entendre condamner, sur pied de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA, à lui payer la somme en principal et intérêts calculés au 30 avril 2017, de 144.638,45 euros au titre de TVA, à majorer des intérêts à venir calculés conformément à l'article 91 du Code de la TVA, jusqu'à parfait paiement, ou, à défaut, entendre prononcer, sur pied de l'article 1382 du Code civil, la condamnation de Monsieur B.A. à lui payer la somme de 144.638,45 euros, au titre de dommages et intérêts, à majorer des intérêts judiciaires fixés au taux légal à partir de la date de la citation jusqu'au jour du paiement intégral.

La citation tendait également à entendre prononcer la condamnation de Monsieur B.A. à payer à l'Etat belge les sommes de 113.574,61 euros et 30.444,36 euros, au titre de dommages et intérêts, à majorer des intérêts judiciaires fixés au taux légal à partir de la date de la citation jusqu'au jour du paiement intégral.

Le 23 avril 2018, la SPRL EMT a été déclarée en faillite.

Par le jugement dont appel du 27 novembre 2018, la première chambre A du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division de Mons, a fait droit à la demande de l'Etat belge et, en conséquence, a condamné Monsieur B.A. à payer au receveur de Mons 1 la somme de 144.638,45 euros, sur base de l'article 93*undecies* C, en principal et intérêts, augmentés des intérêts calculés conformément à l'article 91 du Code de la TVA, et la somme de 113.574,61 euros, sur base de l'article 1382 du Code civil, augmentés des intérêts compensatoires au taux légal à compter de la citation jusqu'à parfait paiement, puis des intérêts moratoires au même taux jusqu'à paiement complet, et au receveur de Bruxelles 3 la somme de 30.444,36 euros, sur la base de l'article 1382 du Code civil, augmentés des intérêts compensatoires au taux légal à compter de la citation jusqu'à parfait paiement, puis des intérêts moratoires au même taux jusqu'à paiement complet.

Le tribunal a en outre condamné Monsieur B.A. aux dépens de l'instance fixés à la somme de 8.689,09 euros et a autorisé l'exécution provisoire du jugement même en cas d'appel.

Par une requête déposée au greffe de cette cour le 21 décembre 2018, Monsieur B.A. a interjeté appel de ce jugement.

III. Fondement de l'appel – Discussion

Sur les déclinatoires de compétence

Monsieur B.A., ci-après dénommé l'appelant, soulève des déclinatoires de compétence *ratione materiae* et *ratione loci*.

L'appelant estime que la compétence matérielle ne justifie nullement l'assignation devant le tribunal de l'entreprise dès lors qu'en vertu de l'article 569, 32°, du Code judiciaire, la procédure est basée sur une loi d'impôt qui est une compétence spécifique du tribunal de première instance.

Il convient de relever que le présent litige ne porte pas sur une contestation en matière fiscale qui aurait pour objet le bien-fondé, le calcul ou l'exigibilité d'une imposition mais sur l'existence d'une faute de gestion susceptible d'entraîner la responsabilité personnelle et/ou solidaire de l'appelant en sa qualité d'ancien gérant de la SPRL EMT.

Par conséquent, il n'y a pas lieu de renvoyer la cause au tribunal de première instance, lequel n'est pas compétent *ratione materiae* pour connaître de la présente cause sur base de l'article 569, 32°, du Code judiciaire.

Aux termes de l'article 574, 1°, du Code judiciaire, le tribunal de commerce (actuellement de l'entreprise) est compétent pour connaître « *des contestations pour raison d'une société régie par le Code des sociétés, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société, à l'exception des contestations dans lesquelles l'une des parties est une société constituée en vue de l'exercice de la profession d'avocat, de notaire ou d'huissier de justice* ».

Comme l'on relevé les premiers juges, cette disposition a un champ d'application très large et vise notamment toute forme d'actions en responsabilité introduites à l'égard d'un administrateur ou d'un gérant de société.

L'article 93^{undecies} C du Code de la TVA ouvre à l'Etat belge une action en responsabilité à l'encontre des organes de la société pour faute de gestion.

Par conséquent, le présent litige constitue bien une contestation pour raison d'une société et il est indifférent à cet égard que l'appelant n'ait pas la qualité de commerçant.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal de l'entreprise s'est déclaré compétent *ratione materiae*.

En ce qui concerne la compétence territoriale, il convient de se référer à l'article 628, 13°, du Code judiciaire qui dispose que le juge du siège social ou du principal établissement de la société est seul compétent lorsqu'il s'agit des contestations visées à l'article 574, 1°, du même Code.

Dès lors que le litige qui oppose l'appelant à l'Etat belge constitue une contestation pour raison d'une société, le juge du siège social de la société est seul compétent en l'espèce et, contrairement à ce que soutient l'appelant, il n'est pas requis par le texte légal que la société soit à la cause.

Dans la mesure où la SPRL EMT avait son siège social à La Louvière lors de l'introduction de la cause devant le tribunal de commerce du Hainaut, division de Mons, le 18 mai 2017, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'ils étaient territorialement compétents pour connaître du présent litige.

Sur la responsabilité solidaire de l'appelant fondée sur l'article 93undecies C du Code de la TVA

L'article 93undecies C du Code de la TVA dispose que :

« § 1^{er}. En cas de manquement, par une société (...), assujettie à la T.V.A., à son obligation de paiement de la taxe, des intérêts ou des frais accessoires, 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.

Par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice.

§ 2. Le non-paiement répété par la société ou la personne morale de la dette d'impôt susvisée, est, sauf preuve contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement de la dette d'impôt au sens du présent article, l'on entend :
soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations trimestrielles à la T.V.A., le défaut de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an ;
(...)

§ 3. Il n'y a pas de 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 réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

(...)

§ 5. 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 aux manquements ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux ».

L'Etat belge a bien adressé à l'appelant l'avertissement préalable visé par l'article 93*undecies* C, § 5, du Code de la T.V.A. pour les sommes visées par le procès-verbal du 10 mars 2016, à savoir 127.999,42 euros à majorer des intérêts à dater du 21 janvier 2016.

En l'espèce, les dettes fiscales dont l'Etat belge réclame le paiement à l'appelant, sur base de la responsabilité solidaire prévue par l'article 93*undecies* C du Code de la TVA, représentent des T.V.A. impayées relatives aux quatre trimestres de l'année 2014 et au 1^{er} trimestre de l'année 2015, soit une époque où l'appelant était le gérant et l'unique associé de la SPRL EMT.

Aux termes de l'article 93*undecies* C, §§ 1 et 2, du Code de la TVA, l'appelant, en sa qualité de gérant de la SPRL EMT jusqu'au 15 avril 2015, est présumé responsable de ce défaut de paiement au sens de l'article 1382 du Code civil.

La présomption de faute dans le chef de l'appelant ne peut être renversée que s'il apporte la preuve que le manquement au devoir de payer les dettes TVA de la société n'est pas imputable à une faute de sa part au sens de l'article 1382 du Code civil, commise dans la gestion de la société.

L'appelant fait valoir qu'à la date du procès-verbal, il n'était plus dans la société depuis un an et que le procès-verbal lui est donc inopposable.

Il convient à cet égard de relever que le procès-verbal du 10 mars 2016 a été communiqué au conseil de l'appelant le 11 janvier 2017 et que celui-ci n'a pas réagi pour contester les faits qui y étaient constatés.

En outre, le texte de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA dispose que par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale.

Par conséquent, le procès-verbal établi le 10 mars 2016, qui fait foi jusqu'à preuve du contraire, est opposable tant à la société qu'à son ancien gérant pour les faits commis au cours de la période où il détenait le pouvoir de gérer la société.

Comme l'ont indiqué les premiers juges, il appartenait au nouveau gérant de la SPRL EMT de communiquer ledit procès-verbal à l'appelant, sachant que sa responsabilité solidaire pouvait être mise en cause pour les fautes de gestion commises durant la période où il était gérant de la société.

L'appelant expose par ailleurs qu'au moment où il a quitté la société, celle-ci allait mal car elle avait perdu ses principaux clients, raison pour laquelle il a vendu ses parts sociales à vil prix, et était proche de la faillite, ce qui signifie que la présomption de responsabilité prévue par l'article 93*undecies* C du Code de la TVA tombe.

Les procédures de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire ont pour effet d'écarter la présomption prévue à l'article 93*undecies* C, § 2, du Code de la T.V.A., même si leur ouverture est postérieure à l'introduction de l'action en responsabilité dirigée contre les organes de la société (voyez en ce sens : Y. DE CORDT et M.-A. DELVAUX, La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier, in La responsabilité des

dirigeants de personnes morales, La Charte, 2007, p. 53 ; J.-F. GOFFIN et G. de SAUVAGE, La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale, *R.G.C.F.*, 2008, p. 376 et les références citées sous la note 151).

Cette exception à la présomption de faute instituée par l'article 93^{undecies} C du Code de la TVA ne signifie toutefois pas que la responsabilité pour dettes fiscales impayées tombe automatiquement en cas de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire de la société débitrice (Mons, 18^e ch., 18 décembre 2013, R.G. n° 2012/RG/922, pièce 19 du dossier de l'Etat belge).

En pareil cas, la présomption ne peut être écartée que lorsque le non-paiement de la dette TVA provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

Il appartient ainsi au dirigeant d'établir, non pas l'existence de difficultés financières ayant donné lieu à l'ouverture de la procédure, lesquelles sont nécessairement présentes en cas de réorganisation judiciaire ou de faillite, mais que le défaut de paiement de la TVA provient de ces difficultés financières.

A cet égard, il convient de relever que les périodes pour lesquelles les TVA sont réclamées en l'espèce concernent les quatre trimestres de l'année 2014 et le premier trimestre de l'année 2015, soit plus de trois ans avant la déclaration de faillite de la SPRL EMT le 23 avril 2018.

L'ancienneté de ces périodes par rapport à la date de la déclaration de faillite tend à démontrer que le défaut de paiement ne résulte pas des difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de faillite (voyez pour un cas similaire voyez : Mons, 6^e Ch., 22 juin 2012, R.G. n° 2011/RG/149, pièce 11 du dossier de l'Etat belge).

L'appelant ne démontre pas que la situation de la société était obérée au point de justifier le non-paiement de ses dettes fiscales TVA et aurait entraîné la faillite de celle-ci plusieurs années plus tard, soit au mois d'avril de l'année 2018.

Il convient à cet égard de relever qu'au vu du bilan de l'exercice comptable 2014 de la SPRL EMT, celle-ci ne présentait pas un endettement important dès lors que le passif à court terme s'élevait à 2.479,42 euros et qu'elle détenait un stock de 60.591,22 euros ainsi que des valeurs disponibles pour un montant de 14.827,70 euros.

L'appelant ne soutient nullement qu'une circonstance malheureuse, telle la faillite d'un ou plusieurs de ses principaux clients ou le défaut de paiement d'une créance importante, aurait entraîné des difficultés de paiement dans le chef de la société et aurait justifié le défaut de paiement de ses dettes fiscales en raison d'un déficit de trésorerie.

En l'espèce, l'absence de paiement de la TVA découle de la comptabilisation par la société, durant l'année 2014 et le premier trimestre 2015, de factures portant sur des opérations fictives et non de difficultés financières.

Il résulte de la lecture combinée des §§ 1^{er} et 2 de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA que la présomption porte tant sur la faute du dirigeant que sur le lien causal entre la faute et le dommage (Liège, 14^e ch., 29 avril 2011, R.G. n° 2010/RG/215 ; G. DE WIT et N. BOUVERET, La nouvelle responsabilité des dirigeants d'entreprise en matière de T.V.A. : leçons du passé et perspectives d'avenir - L'article 93*undecies* C du Code de la T.V.A. a-t-il sa place dans l'arsenal de recouvrement dont dispose l'administration fiscale ?, R.G.F., 1/2007, pp. 22 et 23 ; J.-F. GOFFIN et G. de SAUVAGE, La responsabilité civile des dirigeants de société en matière fiscale, R.G.C.F., 2008, pp. 375 et 376, n° 75).

Ainsi, dès que les conditions d'application de la présomption de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA sont réunies, l'administration n'a plus à démontrer la faute et le lien de causalité avec le dommage.

En conséquence, à défaut pour l'appelant de démontrer que le défaut de paiement des T.V.A. de la société provient de difficultés financières qui ont abouti à la faillite au début de l'année 2018, il doit être déclaré solidairement responsable du manquement de la SPRL EMT à son obligation d'acquitter ses dettes TVA.

Pour le surplus l'appelant ne produit aucun élément de nature à renverser la présomption qui pèse sur lui en vertu de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA.

Il résulte à cet égard du procès-verbal le 10 mars 2016 que les taxes dues se rapportent aux trimestres durant lesquels l'appelant était encore gérant et unique associé de la SPRL EMT et résultent de la déduction de taxes sur des factures émises par différents fournisseurs qui ne recouvrent aucune réalité économique.

Enfin, l'Etat belge n'était pas tenu de déclarer sa créance au passif de la faillite de la SPRL EMT et d'attendre la clôture de faillite avant d'agir contre lui, dès lors qu'en vertu de l'article 1204 du Code civil, le créancier n'est pas tenu d'attendre l'issue de la procédure engagée contre l'un de ses débiteurs solidaires avant de pouvoir agir à l'encontre des autres de ces débiteurs.

Sur la demande fondée sur l'article 1382 du Code civil

Il n'est pas contesté qu'une partie de la demande de l'Etat belge ne peut se fonder sur l'article 93*undecies* C du Code de la TVA au motif que les formalités imposées par cette disposition n'ont pas été respectées.

L'Etat belge fonde ainsi le surplus de sa demande sur l'article 1382 du Code civil et il lui appartient dès lors d'établir la faute de l'appelant en lien causal avec le dommage qu'il revendique.

L'appelant soutient que dans la mesure où la SPRL EMT est tombée en faillite le 23 avril 2018, l'Etat belge doit procéder à une déclaration de créances à l'égard de la société faillie et attendre la procédure de remboursement des créanciers sur base de l'ordre des privilèges.

A cet égard, les premiers juges ont relevé à bon droit que lors de l'introduction de la demande, la SPRL EMT n'était pas faillite et que, la recevabilité s'appréciant au jour de l'introduction de la demande, celle-ci ne pouvait devenir irrecevable en cours d'instance.

Sur le fond, la demande de l'Etat belge porte sur l'indemnisation de son dommage propre résultant de la faute commise par l'appelant dans l'exercice de ses pouvoirs de gérant de la SPRL EMT.

Ce dommage est distinct de celui de la masse des créanciers de la société faillie, ce qui signifie que le curateur n'a pas d'intérêt à agir au nom de la masse, et l'Etat belge est en droit de réclamer le montant de son propre préjudice au tiers par la faute duquel il est survenu.

L'appelant expose qu'il a cédé le 15 avril 2015 les 750 parts sociales dont il était propriétaire dans la SPRL EMT.

La convention de cession enregistrée le 5 mai 2015, soit à un moment où il était impossible de savoir que l'Etat belge allait dresser un procès-verbal un an plus tard.

L'appelant expose également que trois ans plus tard, la société poursuit son activité et qu'il n'a aucun moyen de savoir dans quelle mesure la société a ou non la possibilité de répondre aux impositions sollicitées à l'égard de la SPRL EMT puisqu'il a transféré la comptabilité au cessionnaire.

L'appelant soutient encore que l'Etat belge ne prouve pas son dommage puisque c'est la SPRL EMT qui doit répondre des contraintes établies après son départ de celle-ci et qu'il n'y a aucune perte irrecouvrable dans le chef de l'Etat.

Lors du contrôle ayant donné lieu à l'établissement du procès-verbal du 10 mars 2016, il a été constaté que sur la totalité des factures établies par différents fournisseurs (S.P.R.L. B., S.P.R.L. M., S.P.R.L. R.E., S.P.R.L. R.F., S.P.R.L. S.I., S.P.R.L. Y.), la TVA prise en compte n'avait pas été déclarée ni acquittée à l'Etat et qu'aucun document justificatif attestant de l'existence des transactions et de relations commerciales entre ces sociétés et la SPRL EMT n'était produit (pièce 13 du dossier de l'Etat belge).

En conclusion de ce procès-verbal, les agents vérificateurs ont estimé que en l'absence de communication de tout document comptable ainsi que des factures d'achat pour revendiquer et exercer son droit à déduction, les gérants de la SPRL EMT savaient ou devaient savoir que la facturation relative aux prétendus fournisseurs détaillés au point 3 encodée dans la comptabilité ne correspondait à aucune réalité économique.

Devant les premiers juges, l'appelant a reconnu qu'il avait repris la comptabilité de la société, à titre de mesure de rétorsion parce que le prix de cession des parts n'était pas payé, et l'a restituée lorsque ce prix a été payé - ce prix était de 1.000 euros -.

Dans le procès-verbal établi le 7 décembre 2015 repris dans le procès-verbal du 10 mars 2016, l'on peut lire ceci :

« (...) Ensuite, je me suis rendu rue (...). Dans ce magasin, siège social de la SPRL K. (...) et ancien siège social de la SPRL EMT, j'ai rencontré Monsieur B.A., ancien associé de la SPRL EMT.

A la question de savoir si c'était lui qui avait été emporté les documents comptables de la SPRL EMT, Mr B.A. m'a répondu que c'était lui qui avait repris les documents comptables. Je lui ai demandé où se trouvaient ces documents. Mr B.A. m'a répondu qu'ils étaient à son domicile, situé rue (...). Je lui ai demandé d'aller chercher ces documents. 20 minutes après, Mr B.A. est revenu au magasin situé rue (...) et m'a indiqué que ces documents avaient probablement été jetés car il ne les trouvait plus ».

Il en résulte que lesdits documents comptables n'étaient pas en possession des gérants qui ont succédé à l'appelant, ce qui a empêché ceux-ci de se défendre à l'occasion des contrôles effectués par l'administration.

De plus, les premiers juges ont relevé à juste titre que :

- l'appelant avait retiré la moitié du disponible figurant au bilan clôturé au 31 décembre 2014 avant la cession des titres de la société ;
- les deux comptes bancaires de la SPRL EMT ont été clôturés les 28 et 29 avril 2015 (l'un des comptes ayant été clôturé par l'appelant alors qu'il n'était plus gérant) ;
- la plaque d'immatriculation de la camionnette détenue par la société a été radiée le 1^{er} décembre 2015 ;
- le numéro de T.V.A. de la SPRL EMT a été radié le 1^{er} décembre 2015 ;
- les parts sociales de la SPRL EMT ont été cédées pour la somme de 1.000 euros, ce qui est un montant totalement dérisoire au regard de la situation de la société quatre mois avant l'opération de cession, pour rappel un passif à court terme de 2.479,42 euros, un stock de 60.591,22 euros et des valeurs disponibles pour un montant de 14.827,70 euros.

Sur base de l'ensemble de ces éléments, il convient de considérer que l'attitude de l'appelant est fautive dès lors qu'après avoir enregistré dans la comptabilité de la SPRL EMT un nombre important de factures fictives pour opérer des déductions abusives, il a vidé la société de sa substance et a cédé les parts sociales pour un prix symbolique, emportant en outre l'ensemble de la comptabilité.

Ce comportement fautif a empêché la SPRL EMT de faire face à ses obligations fiscales et de payer les sommes dont elle était redevable à l'égard de l'Etat belge, ce qui constitue dans le chef de celui-ci le préjudice réparable.

C'est en outre à bon droit que les premiers juges ont considéré que le lien causal entre les fautes de l'appelant et le dommage subi par l'Etat belge était établi et, par conséquent, que la responsabilité de l'appelant était également fondée sur base de l'article 1382 du Code civil. Il convient dès lors de confirmer le jugement dont appel.

(dispositif conforme aux motifs)

OBSERVATIONS

Epinglons trois principes importants consacrés par la Cour d'appel de Mons à l'occasion de ce dossier.

1/ Pour engager la responsabilité solidaire du dirigeant dans le cadre des dettes *fiscales* (articles 93*undecies* du Code TVA et 442*quater*, du CIR 92) ou *sociales*² (anciens articles 265, § 2, 409, § 2, et 530, § 2, C. soc. devenus l'article XX.226 du CDE), l'Etat ou l'ONSS³ ne doit pas attendre la clôture de la faillite et peut agir directement contre l'administrateur, codébiteur solidaire, du fait de la solidarité légale mise en place.

Il ne faut pas attendre que le curateur ait partagé l'actif disponible de la faillite au prétendu motif de préciser définitivement l'étendue du dommage de l'Etat ou de l'ONSS, sous peine de violer les articles 1203 et 1204 du Code civil⁴.

L'administrateur condamné à payer à ce titre sera ensuite subrogé dans les droits de l'Etat ou de l'ONSS à l'égard de la faillite.

2/ L'impossibilité de payer la TVA due à des difficultés de trésorerie ayant mené à la faillite ou à la réorganisation judiciaire s'apprécie à la date du non-paiement initial de cette TVA, et non à la date du redressement (en l'espèce, l'absence de paiement de la TVA s'expliquait par la déduction de factures relatives à des opérations d'achat fictives).

Pour une seconde illustration de ce *momentum*, renvoyons le lecteur intéressé au jugement prononcé le 18 juin 2020 dans une autre espèce par la deuxième chambre du Tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Mons, publié ci-après sous le n° 1463 en matière de rectification d'erreurs quant à la déduction de la TVA. L'article 93*undecies* du Code TVA s'applique tant à l'absence « pure et simple » de paiement de la taxe qu'aux hypothèses de rectifications et de redressements.

3/ Le curateur qui agit au nom de la masse exerce les droits *communs* des créanciers à savoir ceux qui résultent du dommage subi *par la masse* en raison d'une faute occasionnant l'augmentation du passif ou la diminution de l'actif de la faillite.

Un créancier isolé d'une société faillie peut engager la responsabilité du dirigeant de celle-ci pour réclamer la réparation de son préjudice individuel, indépendamment des droits d'action du curateur.

La faute d'un dirigeant concernant le défaut de versement de la TVA par la société cause un dommage propre à l'Etat, qui consiste dans le fait que la TVA n'a pu être perçue auprès de la société⁵ ; la masse des créanciers n'a subi aucun préjudice à la suite du non-versement de la TVA, de sorte que le curateur n'a pas d'intérêt à introduire une action contre le dirigeant à ce titre et que l'Etat peut agir isolément⁶.

Enfin, relativement à la compétence matérielle et à l'hésitation entre la compétence civile ou la compétence du tribunal de l'entreprise, on s'étonne que la Cour se soit penchée de manière détaillée sur la question puisqu'elle aurait pu se contenter de relever que... le déclinatoire de

2. Voir, par exemple, en ce sens Comm. Mons (2^e ch.), 26 mai 2011, *J.D.S.C.*, 2011, n° 1012, p. 192.

3. Ou le curateur de faillite en ce qui concerne les dettes sociales.

4. Cass., 19 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1928 et *J.D.S.C.*, 2015, n° 1239, p. 243.

5. Cass., 17 décembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2948, également par analogie avec l'article 442*quater* CIR 92.

6. M.A. DELVAUX, « Le créancier d'une société en faillite peut-il agir individuellement en responsabilité contre les dirigeants ? », *J.D.S.C.*, 2017, p. 213 (relativement à l'absence de paiement du précompte professionnel).

compétence d'attribution était devenu sans objet en appel, la Cour étant le juge d'appel tant de la juridiction de première instance désignée comme compétente par l'appelant que de la juridiction d'entreprise en vertu de l'article 602, 1° du Code judiciaire ; c'est dès lors nécessairement elle qui connaît de l'appel (voir l'article 643 du Code judiciaire et les termes « *s'il y a lieu* »).

Rappelons également que depuis l'insertion, à l'occasion de la loi du 11 août 2017, du Livre XX « *Insolvabilité des entreprises* » dans le Code de droit économique⁷, les articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies} du Code TVA⁸ ont été reformulés et précisent clairement que lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, l'action de l'administration fiscale doit être introduite *devant le tribunal de l'insolvabilité visé à l'article I.22 du Code de droit économique*, à savoir le tribunal de l'entreprise.

Renvoyons enfin le lecteur intéressé par ces questions de compétence d'attribution à notre note intitulée « La juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité solidaire des dirigeants de sociétés en matière de précompte professionnel et de T.V.A » publiée au *J.D.S.C.*, 2017, pp. 186 et s.

7. Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « *Insolvabilité des entreprises* », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, p. 83100.

8. Voir le chapitre III de la loi intitulé « *Dispositions modificatives et abrogatoires* », et plus particulièrement les sections IV (article 54, § 6) et V (article 55, § 6).

330. La décision d'introduire une action sociale contre les dirigeants

N° 1454. – Bruxelles (8^e ch.), 17 décembre 2018¹

Présentation : Durant la vie « active » de la société et hors l'hypothèse de l'action minoritaire², c'est l'assemblée générale qui décide d'introduire une action en responsabilité contre ses dirigeants ; compétente pour accorder la décharge, elle est en effet également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale. Si la société est déclarée en faillite, c'est son curateur qui introduit pareille action. Si la société est liquidée, c'est son liquidateur. En l'espèce, après la mise en liquidation d'une SA, l'un de ses actionnaires a intenté une action minoritaire contre ses administrateurs, pour le compte de la société, sur la base de l'article 562 de l'ancien C. Soc. Débouté par les premiers juges au motif que la dissolution-liquidation de la SA empêchait un actionnaire minoritaire d'encore intenter une action sociale, seul le liquidateur pouvant l'intenter, il forme appel, convaincu que la dissolution ne l'empêche nullement d'introduire une action sociale. Sans succès cependant, la Cour répétant qu'après la dissolution, le liquidateur est la seule personne habilitée à intenter une action en responsabilité contre les anciens administrateurs.

Sommaire : Après la dissolution, le liquidateur est exclusivement compétent pour introduire une action en responsabilité contre les anciens administrateurs. La compétence n'appartient plus à l'assemblée générale des actionnaires. Comme cette compétence est perdue pour la majorité des actionnaires, la minorité des actionnaires la perd aussi.

Parties : W./G., L. et AM&C. SC.

Cette décision est publiée dans la suite du présent ouvrage, au n° 1479 dans la contribution de Michel Lemal sous le verbo « 530. Nature des fonctions du liquidateur » avec une note intitulée « Liquidateur et actio mandati ».

1454.- 1. Cette décision est publiée en néerlandais dans *Rev. prat. soc./T.R.V.* 2019, liv. 7, p. 778 et note J. VAN EETVELDE.
2. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) de l'ancien Code des sociétés. Dans le CSA, l'action minoritaire est désormais réglementée par les dispositions suivantes : articles 5:104 et 5:105 pour la SRL ; articles 6:89 et 6:90 pour la SC et articles 7:157 à 7:159 pour la SA.

362. L'action minoritaire contre les dirigeants

N° 1455. – Anvers, 29 novembre 2018¹

Présentation : La décision d'introduire une action sociale contre les dirigeants appartient à l'assemblée générale. Les actionnaires minoritaires disposent également, depuis une loi du 18 juillet 1991², de la possibilité d'introduire une action mettant en cause leur gestion³.

Que se passe-t-il si une société est dissoute alors qu'une action minoritaire a été introduite en justice mais pas encore tranchée ? Les minoritaires peuvent-ils poursuivre leur combat ou perdent-ils tout pouvoir au profit du liquidateur ?

Sommaire : Il appartient au liquidateur de décider du sort des demandes introduites avant la dissolution par la société dissoute.

La dissolution de la société implique que ceux qui pouvaient valablement engager la société dans une procédure judiciaire ont perdu cette compétence du fait de la dissolution. Les règles relatives à la désignation et au remplacement du liquidateur ainsi qu'au contrôle du processus de liquidation offrent aux parties prenantes suffisamment de possibilités pour superviser la liquidation et, le cas échéant, pour prendre les initiatives judiciaires nécessaires.

Parties : M. c. SPRL O., SPRL C. et SPRL I. C.

Cette décision est publiée dans la suite du présent ouvrage, au n° 1478, dans la contribution de Michel Lemal sous le verbo « 530. Nature des fonctions du liquidateur ».

Voir également l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 17 décembre 2018 publié dans la suite du présent ouvrage, au n° 1479, dans la contribution de Michel Lemal sous le verbo « 530. Nature des fonctions du liquidateur » avec une note intitulée « liquidateur et actio mandati ».

- 1455.-1. Cette décision est publiée en néerlandais dans *Rev. prat. soc.-T.R.V.*, 2019, p. 781 avec une note de J. VAN EETVELDE intitulée « *Over aandeelhouders en afgeleide schade na sluiting van de vereffening* ».
2. Loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition. Cette loi a ouvert des perspectives intéressantes aux actionnaires minoritaires, à qui seuls les articles 1382 et 1383 du Code civil permettaient, auparavant, d'introduire, à titre individuel, une action en responsabilité contre les dirigeants pour faute de gestion ; en outre, les minoritaires devaient, pour triompher dans leur action, apporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel, distinct du préjudice subi par la société.
3. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés ; articles 5:104 et 5:105 (SRL), 6:89 et 6:90 (SC) et 7:157 à 7:159 (SA) CSA.

366. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts
367. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil
440. Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net
480. L'absence ou le retard dans la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale – L'absence ou le retard dans le dépôt des comptes annuels à la BNB

N° 1456. – Gand (7^e ch.), 10 septembre 2018¹

Présentation : Cet arrêt brasse de nombreuses questions intéressantes.

Un ancien travailleur d'une SA déclarée en faillite cherche à récupérer, auprès de deux administrateurs de celle-ci, son indemnité de licenciement, consacrée par une décision judiciaire devenue définitive mais dont seule une partie a été payée par la société faillie, ainsi que les frais de procédure qu'il a dû engager suite à la citation en faillite de son ancienne employeuse.

Il souhaite engager leur responsabilité pour de multiples fautes de gestion : absence de comptabilité, absence de soumission à l'AG et d'approbation par elle des comptes annuels et du rapport annuel de gestion, non dépôt des comptes annuels, défaut de « tirer la sonnette d'alarme » malgré la perte grave de l'actif net, non délivrance des documents sociaux et fiscaux (certificat de travail avec date de début et de fin, document C4, fiche fiscale 281.10 et attestation de vacances), défaut de faire aveu de faillite dans les délais requis et poursuite d'une activité gravement déficitaire², ... toutes fautes considérées comme graves et qui ont contribué à la faillite

Après avoir réglé les questions de la compétence du juge belge et du droit belge applicable, la Cour analyse avec précision les diverses fautes alléguées ainsi que le lien causal (tantôt légalement présumé, tantôt à prouver) avec le préjudice subi par l'ancien travailleur.

Elle rappelle que des dirigeants ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité personnelle au motif qu'un comptable serait intervenu pour la société.

Quant à l'immunité des agents d'exécution, la Cour rappelle à juste titre qu'elle reçoit exception lorsque la faute commise par les dirigeants constitue une infraction pénale³ : la victime peut alors exercer une action aquilienne non seulement contre son cocontractant, mais également contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat⁴ et sans nécessité d'une instance répressive préalable.

1456.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Rev. prat. soc.-T.R.V.*, 2019, liv. 1, p. 83 avec une note de G. VAN CALSTER.

2. A cet égard, on rappelle que depuis la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, les curateurs (mais non les créanciers individuels) disposent d'une arme légale explicite à l'article XX.227, § 1 du CDE : en cas de faillite et d'insuffisance d'actif, ils peuvent engager la responsabilité personnelle et solidaire des (anciens) dirigeants de droit ou de fait si « à un moment donné antérieur à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite ».
3. En l'espèce notamment, l'article 126, § 1 du Code des sociétés sanctionnait pénalement la violation des articles 92, § 1, alinéa 2 et 98.
4. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1291 ; *Bull.*, 1984, p. 1202 ; *J.T.* 1985, p. 256 ; *Pas.* 1984, I, p. 120 2 ; *R.W.* 1984-85, p. 478 et note ; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, p. 244 ; *Bull.*, 1991, p. 216 ; *Pas.* 1991,

Sommaire partiel : En matière délictuelle ou quasi-délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 7.1 du règlement Bruxelles Ibis).

La citation concerne une action en matière délictuelle ou quasi délictuelle, car l'action est basée, entre autres, sur l'article 528 C. Soc., qui comprend une application spécifique des dispositions générales des articles 1382-1383 C. civ.

Concernant la responsabilité des administrateurs, le droit belge doit en l'espèce être appliqué vu l'établissement de la société en Belgique. Même si la gestion de la société en Belgique était fictive, les administrateurs doivent subir les conséquences de la fiction qu'ils ont créée.

Parties : P. et T./A.

(...)

IV. Les motivations de la décision et la réponse aux moyens des parties :

(...)

Deuxième moyen : violation des articles 92, 95 et 98 C. Soc.⁵ - application de l'article 528 C. Soc.⁶.

14. P. et T. soutiennent que le droit suédois est applicable au présent litige relatif à leur responsabilité de dirigeants.

15. Ce moyen est non fondé. Le droit belge est applicable.

Au moment des fautes de gestion alléguées, qui selon la citation d'A. lui ont occasionné un préjudice, la SA G.B. était installée en Belgique et avait ses activités dans le Bénélux. La société belge a été gérée en Belgique. Les fautes alléguées ont été commises en Belgique, où

I, p. 216 ; R.C.J.B. 1992, 497, note R.O. DALCQ en ces termes : « La circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction. (...) Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution (d'une) obligation contractuelle (...) » ; en d'autres termes, dès qu'il y a infraction pénale, le dommage qui en est issu ne peut être considéré comme de nature purement contractuelle, et en conséquence, son auteur peut toujours être déclaré responsable sur le plan extracontractuel. En matière d'organes de sociétés commerciales, voir plus précisément Cass. (2^e ch.), 11 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1377 en ces termes : « Attendu que, lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer ». Pour une illustration, voir Comm. Mons (3^e ch.), 6 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 586, p. 258 ; *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 273 ; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE ; Jugement interlocutoire : Comm. Mons (3^e ch.), n° A/01/161, 26 juin 2002, *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 238 : la faute qui s'identifie à une infraction pénale est le fait de faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession. Voir également Gand, 6 mai 2004 (*J.D.S.C.*, 2006, n° 727, p. 103, *N.J.W.*, 2005, liv. 102, p. 261 et note H. DE WULF et R.W., 2005, p. 668) qui constate que la gérante d'une SPRL s'est rendue coupable d'escroquerie au sens de l'article 496 du Code pénal et que les préjudiciés sont dès lors en droit de lui réclamer réparation en vertu des articles 1382 et 183 du Code civil.

5. NDLR : articles 3:1, 3:5 et 3:10 CSA.

6. NDLR : article 2:56 CSA.

A. a conclu et exécuté son contrat de travail. La société a ensuite été déclarée en faillite en Belgique. Tout cela établit que la présente cause doit se voir appliquer le droit belge.

Si la gestion de la société en Belgique a été une fiction, alors les administrateurs doivent subir les conséquences de la fiction qu'ils ont créée.

Le fait que les administrateurs ont ensuite transformé la SA G.W. en une boîte vide afin d'éviter les conséquences de la condamnation par le tribunal du travail de Gand n'a aucune conséquence sur la compétence internationale ni sur le droit applicable.

Au vu de cette appréciation, tous les autres arguments des appelants ne seront pas davantage analysés et discutés.

Troisième moyen : violation des articles 92, 95 et 98 C. Soc. - application de l'article 528 C. Soc.

16. Le dossier des parties appelantes ne contient pas la preuve (1) de la soumission à et de l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale, (2) de la préparation et de la soumission à l'assemblée générale du rapport annuel et (3) du dépôt des comptes annuels. Au cours de la période comprise entre la constitution de la société et la déclaration de faillite, aucune de ces obligations n'a été remplie. Les rapports des conseils d'administration et des assemblées générales manquent, ainsi que les preuves de leur publication. Les factures des services d'un comptable ne remplacent pas les preuves de ces trois prestations légalement requises. La déclaration de l'administration TVA compétente ne les remplace pas non plus.

Il faut conclure des dossiers que les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale. Ils n'ont pas non plus été publiés. Le rapport annuel n'a pas été établi et n'a pas été présenté. Par conséquent, les articles 92, § 1^{er}, deuxième alinéa et § 2, 95 et 98 C. Soc. ont été violés, comme l'a à bon droit décidé le premier juge.

Pour autant que de besoin, la Cour souligne que les parties appelantes en appel principal écrivent à tort (p. 33 de leurs conclusions de synthèse) que la partie intimée en appel principal n'invoque ces motifs juridiques que comme une violation de la norme générale de prudence de l'article 1382 C. civ. Elle invoque ces violations comme des motifs juridiques autonomes.

17. A. affirme que le dommage qu'il a subi consiste dans le fait de ne pas avoir reçu le montant de l'indemnité de licenciement qu'il est en droit de recevoir en vertu du jugement définitif du 4 octobre 2009 du tribunal du travail, diminué du montant que l'entreprise a versé. Une indemnité de licenciement a été accordée dans ce jugement devenu définitif. La société ne l'a pas payée. En outre, il affirme avoir subi un préjudice du fait que les documents fiscaux et sociaux que la société devait transmettre en vertu du jugement du tribunal du travail de Gand ne l'ont toujours pas été. Enfin, il affirme avoir subi des dommages parce qu'il a dû citer la SA G.W. en faillite et en supporter les coûts.

18. Les parties appelantes contestent le lien causal entre la faute et le dommage.

Conformément à l'article 92, § 1, troisième alinéa C. Soc., le préjudice subi par les tiers est réputé résulter de l'absence de soumission des comptes annuels à l'assemblée générale dans les six mois suivant la date de clôture de l'exercice. Il existe donc une présomption légale de lien de causalité.

La présomption légale concernant le lien de causalité avec le dommage est *réfragable*. Il peut être démontré que le défaut d'établissement des comptes annuels ou la non-publication ou la publication tardive des comptes annuels n'a pas causé le préjudice invoqué par le tiers (voir aussi Gand 29 juin 2009, *T.R.V.*, 2010, 430 ; Gand, 19 décembre 2016, 2014/AR/1180, VANDECASTEELE Patrick/DE SAEDELEER William et VERLEYSSEN Kris, *non publié*). La charge de la preuve pour démontrer que le non-respect des dispositions relatives à la communication et au dépôt des comptes annuels n'a pas causé le dommage incombe aux parties appelantes. Toutefois, elles ne livrent pas cette preuve.

P. et T. soulignent que sans le licenciement d'A., il n'y aurait pas eu d'indemnités de licenciement. Par conséquent, selon les parties appelantes, le moment de la faute et le lien de causalité doivent être appréciés à la date du licenciement. Selon elles, le préjudice a été causé par le licenciement et non par leurs fautes de gestion. Par conséquent, selon elles, il n'y a pas de lien de causalité entre, la non-soumission du projet de comptes annuels à l'assemblée générale et la non publication des comptes annuels d'une part et la non-perception de l'indemnité de licenciement accordée d'autre part. [...]

L'argument invoqué par les parties appelantes, selon lequel le licenciement est la cause du dommage, n'est pas exact. Ce n'est ni le licenciement ni l'indemnité de licenciement qui ont causé le dommage d'A. Une société peut légalement licencier un employé. Les fautes (de gestion) des parties appelantes ont empêché le paiement de l'indemnité de licenciement correcte. Les fautes ont persisté tout au long de la vie de la société, dès le moment où les obligations légales sont nées jusqu'à la faillite. Ce n'est pas le moment du licenciement qui est pertinent pour déterminer la faute et le lien de causalité, mais le moment du non-paiement d'une indemnité de licenciement correcte, même si le droit à l'indemnité de licenciement lui-même est né plus tôt. Dès ce moment, les administrateurs ont enfreint les dispositions légales susmentionnées.

La présomption légale d'un lien de causalité entre les différentes formes de dommages n'est par conséquent pas réfutée.

A. demande également une indemnisation pour le préjudice causé par le non-respect de la condamnation de délivrance des documents fiscaux et de sécurité sociale.

Enfin, il demande une indemnisation pour le préjudice qu'il a subi du fait de sa citation en faillite. Ci-après, une décision est encore prise sur l'article 9 Loi Faill. et l'article 530 Loi Faill.

Ci-après, une décision est également prise relativement au dommage.

Par ces motifs, cette branche de la demande originelle est fondée.

Quatrième moyen : défaut d'activation de la procédure de la sonnette d'alarme⁷

19. Dans la procédure d'opposition, A. a ajouté dans l'exposé des faits de la citation introductive d'instance que P. et T. auraient dû activer la procédure de la sonnette d'alarme et ne l'ont pas fait, violant ainsi la loi.

7. NDLR : article 7 :228 CSA.

20. Contrairement à ce que les parties appelantes écrivent, il ne s'agit pas d'un nouveau moyen pris en violation de l'article 807 C. Jud. L'exposé des faits dans la citation permet d'utiliser cette autre base juridique pour la demande.

En outre, l'absence de comptabilité est une conséquence du fait que ce n'est que par la suite qu'il est apparu clairement à A. et au curateur que la procédure de la sonnette d'alarme aurait dû être activée.

L'exception [d'irrecevabilité] fondée sur la nouveauté du moyen est, pour ces motifs, non fondée.

21. L'article 633 du Code des sociétés⁸ dispose que si par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires, en vue de délibérer, le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts, de la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour.

A défaut, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation.

22. La procédure de la sonnette d'alarme implique une règle de bonne administration de la société. La *ratio legis* est une réflexion sur l'avenir d'une société déficitaire : sur la base des informations fournies par l'organe d'administration, l'assemblée générale doit envisager la dissolution de la société ou discuter d'éventuelles mesures de redressement (voir K. MARESCAU, *De alarmbelprocedure : een gewaarschuwd bestuurder...*, T.R.V., 2008, 564-575, n° 2).

La procédure de la sonnette d'alarme suppose en résumé :

- une faute, à savoir le non-respect ou le respect incorrect ou incomplet des formalités de la procédure ;
- un dommage, ce qui requiert la preuve que l'on était dans une situation pire que si la procédure de la sonnette d'alarme avait été mise en oeuvre ;
- un lien causal entre la faute et le dommage. L'administrateur délégué ou l'administrateur peut réfuter la présomption de lien de causalité en prouvant que le préjudice aurait également été subi si la société avait été dissoute plus tôt ou que l'augmentation de la perte est due à des événements survenus avant le moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée (voir K. MARESCAU, *o.c.*, n° 11, 15 et 20).

23. En ce qui concerne la faute, la Cour doit vérifier si l'assemblée générale de la société qui a ensuite été mise en faillite s'est réunie dans le délai légal de deux mois.

A. doit prouver que la date de prise de cours de ce délai était antérieure à celle retenue par les administrateurs.

En l'absence de dispositions légales plus strictes, la date de prise de cours est le jour « où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires ».

8. NDLR : article 7:228 CSA.

Une disposition légale qui peut marquer la date de prise de cours du délai est l'article 137, § 2 *in fine* du Code des sociétés. Elle dispose que l'organe de direction d'une société doit fournir au commissaire, au moins tous les six mois, un état comptable établi conformément au schéma des bilans et comptes de résultat. (voir B. VAN BRUYSTEGEM, *Artikel 431 W.Venn.*, II.B, in X., *Vennootschappen en verenigingen, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*).

Le 20 mars 2008, les parties appelantes auraient dû soumettre l'état comptable au commissaire de la SA G.W. En ne désignant pas de commissaire, ou du moins en ne démontrant pas qu'un commissaire a été désigné, et en ne transmettant jamais l'état comptable semestriel, il est démontré que le nécessaire n'a pas été fait pour activer en temps utile la procédure de la sonnette d'alarme. Les parties appelantes elles-mêmes argumentent que la SA G.W. était déjà insolvable à la fin de 2008. En constituant la société le 20 septembre 2007 avec un capital de départ de 200.000 €, en cessant toute activité en Belgique au dernier trimestre 2008, en ne pouvant se conformer au jugement du tribunal du travail de Gand du 5 octobre 2009 et en disparaissant finalement de l'ordre juridique pour cause de faillite, il a été suffisamment démontré que la procédure de la sonnette d'alarme aurait dû être respectée alors que cela ne le fût pas. Il s'agit d'une faute.

24. P. et T. avancent que sans le licenciement d'A., il n'y aurait pas eu d'indemnités de licenciement. Selon eux, le dommage a été causé par le licenciement et non par leurs fautes de gestion. Par conséquent, selon eux, il n'y a pas de lien de causalité. Toutefois, cela ne constitue pas une preuve contraire du lien de causalité.

Ils ne réfutent en aucune façon la présomption légale d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. La présomption légale est maintenue.

Cinquième moyen : absence de déclaration de faillite dans les délais

25. Au cours de la procédure, A. a ajouté à ses moyens l'argument selon lequel P. et T. ont commis une faute de gestion en ne faisant pas aveu de faillite dans les temps, ce qui constitue une violation de l'article 9 Loi faill.

26. En ce qui concerne l'argument invoqué selon lequel l'aveu de faillite n'a pas été fait à temps, il n'a pas été démontré que, si cela avait été fait dans les délais, l'indemnité de licenciement accordée aurait également été versée. Par conséquent, le lien de causalité avec le dommage constitué par l'indemnité de licenciement n'est pas été prouvé.

Il existe toutefois un lien de causalité avec le préjudice qu'A. a subi en devant citer lui-même la société en faillite, en subissant de nombreux retards dans la procédure de faillite et en devant engager des frais dans ce contexte.

27. Cette branche de la demande est partiellement fondée.

Sixième moyen : responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite - application de l'article 530 C. Soc⁹.

28. Selon A., P. et T. auraient commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite.

9. NDLR : article XX.225. du Code de droit économique.

29. Pour les mêmes motifs que pour le moyen fondé sur le défaut d'activer la procédure de la sonnette d'alarme, la Cour a rejeté l'exception de non-recevabilité pour violation de l'article 807 C. Jud. Les faits sont suffisamment présents dans la citation introductive d'instance pour permettre l'extension au moyen fondé sur l'article 530 C. Soc. En outre, la déclaration de faillite effective et définitive n'a été prononcée qu'après la citation dans la présente procédure.

30. Le premier juge a estimé, à tort, que la demande d'A. n'est pas fondée parce qu'il n'a pas démontré qu'il avait informé le curateur de sa citation dans le cadre de la présente procédure. Sans entrer dans les éventuelles sanctions prévues par la loi en cas de non-respect de cette disposition, la Cour estime que cette appréciation repose sur une erreur de fait. La clôture de la faillite par défaut d'actif résulte du jugement du 7 octobre 2014, alors que la demande basée sur l'article 530 C. Soc. date du 30 mai 2014. A. a écrit au curateur par lettre du 4 juin 2014 (pièce 14 a de son dossier). Le 17 juillet 2014, le curateur a répondu qu'il ne souhaitait pas intervenir dans la présente procédure (pièce 14b du même dossier)

31. Les fautes de gestion suivantes ont été acceptées :

- (1) si une comptabilité avait été tenue et des comptes annuels établis, ce qui n'est pas prouvé à suffisance de droit, alors ils n'ont en tout état de cause pas été soumis à l'assemblée générale ni publiés ;
- (2) les rapports annuels n'ont pas été établis et soumis à l'assemblée générale ;
- (3) déjà à la fin de 2008, la société ne disposait plus des liquidités et du crédit nécessaires pour payer ses dettes commerciales d'une manière qui est normale dans le commerce, tandis que les administrateurs ont poursuivi les activités jusqu'à ce qu'A. dépose son bilan et que la Cour d'appel de Gand se prononce dans cette procédure le 3 février 2014 ;
- (4) dans la procédure de faillite, les administrateurs et la société ont proposé de régulariser la violation de la loi relative à la comptabilité et aux états financiers afin d'empêcher la faillite, mais n'ont finalement jamais fait le nécessaire ;
- (5) l'aveu de faillite n'a pas été fait dans le délai requis ;
- (6) la procédure de la sonnette d'alarme n'a pas été activée, bien que les conditions pour le faire étaient remplies.

Les fautes mentionnées sont des fautes graves et caractérisées.

Même un administrateur normalement prudent, placé dans les mêmes circonstances, ne gèrerait pas une société de cette manière. Aucun compte annuel n'a été déposé entre la constitution le 20 septembre 2007 et la faillite le 3 février 2014. Le Tribunal de commerce de Gand a accordé à plusieurs reprises un sursis à la société et à ses administrateurs pour le dépôt des comptes annuels qui, selon les parties appelantes, avaient été établis. Néanmoins, les administrateurs ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire (ou de faire faire) le nécessaire. Il s'agit d'une faute grave et caractérisée.

Des administrateurs normalement prudents, qui constatent fin 2008 que la société n'était même plus en mesure de verser des indemnités de licenciement correctes, ce qui a été confirmé après le jugement du 5 octobre 2009, auraient au moins pris les mesures nécessaires pour (essayer de) réorganiser la société.

Au moins, ils auraient déposé les livres à temps.

P. et T. ne peuvent pas se cacher derrière le cabinet comptable qu'ils ont choisi. S'ils estiment qu'il est (co-)responsable, ils pourraient l'attirer à la cause. Ils ont choisi de ne pas le faire. Ils ne font pas non plus référence à une procédure distincte qu'ils intenteraient contre le comptable.

Les fautes graves et caractérisées ont contribué à la faillite. L'absence d'établissement et de présentation des rapports annuels et la non-publication des comptes annuels privent tant la société que les administrateurs et les tiers créanciers de toute connaissance à propos du fonctionnement de la société. La bonne gouvernance est impossible, ce qui contribue à la faillite. Il en va de même pour la non-activation de la procédure de la sonnette d'alarme. D'une part, la société n'est pas dissoute, malgré la grave situation financière, et d'autre part, les mesures nécessaires ne sont pas prises. La faillite a causé, au moins en partie, le dommage d'A. (voir ci-dessus).

32. La partie de la faillite dont les parties appelantes sont responsables comprend :

- 1) l'indemnité de licenciement d'A., c'est-à-dire le dommage causé par le non-respect du jugement du tribunal du travail de Gand du 4 octobre 2009 ;
- 2) le préjudice causé à A. par la non-délivrance des documents sociaux et fiscaux ; et
- 3) les coûts de la procédure de faillite qu'A. a dû initier.

33. Le jugement attaqué est réformé en cette branche.

Septième moyen : violation de l'art. 1382 C. civ.

34. Les infractions constatées ci-dessus aux articles 92, § 1^{er}, deuxième alinéa et § 2, 95 et 98 C. Soc. et à l'article 633 C. Soc. constituent également des infractions pénalement punissables en vertu des articles 126, § 1^{er}, et 128 C. Soc. Pour ce seul motif, les infractions constituent également une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Il ne doit pas y avoir un jugement du tribunal correctionnel pour pouvoir établir ce qui précède.

Il n'y a aucune preuve d'une plainte pénale, de sorte qu'il n'y a donc aucune raison de suspendre le traitement de l'affaire en vertu de l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

35. Le lien de causalité établi à cette fin est également présent dans les violations de l'article 1382 C. civ.

36. Le non-respect de la condamnation du 4 octobre 2009 relative à la délivrance des documents sociaux et fiscaux (certificat de travail avec date de début et de fin, document C4, fiche fiscale 281.10 et attestation de vacances) constitue, au moins pour le défaut de délivrance de documents sociaux, une infraction pénale sanctionnée en vertu de l'article 187 C. Pén. Soc. Ceci constitue également une faute au sens de l'article 1382 C. civ. du chef des deux parties appelantes.

Même en tant que liquidateurs passifs après la clôture de la faillite, les parties appelantes auraient encore pu prendre les mesures nécessaires pour délivrer les documents.

37. Ces fautes sont en lien causal avec le dommage. Si les documents avaient été délivrés, A. n'aurait pas subi de dommages supplémentaires.

38. Les dommages seront tranchés ci-après.

Huitième moyen : dommage - quasi-immunité des parties appelantes

39. Les parties appelantes invoquent la doctrine de la quasi-immunité de l'administrateur.

La quasi-immunité implique que la responsabilité des administrateurs ne peut en principe pas être mise en cause par les créanciers contractuels de la société pour une faute commise dans l'exécution d'obligations contractuelles de la société.

40. Non seulement il doit être démontré que les administrateurs ont commis un acte illicite, mais aussi qu'ils ont causé à un tiers un dommage autre que le dommage contractuel, à savoir le dommage résultant de la mauvaise exécution du contrat (voir notamment D. VAN GERVEN, *Vennootschapsrecht 2011-2012, T.R.V.*, 2012, p. 563 e.s., n° 85, p. 597-598 et la jurisprudence et la doctrine qui y est citée ; K. GEENS, e.a., *Overzicht van Rechtspraak, Vennootschappen 1999-2010, T.P.R.*, 2012, p. 73 e.s., plus précisément p. 309, n° 249 ; K. GEENS e.a., *Overzicht van Rechtspraak, Vennootschappen 1992-1998, T.P.R.*, 2000, p. 99 e.s., plus précisément p. 307, n° 270).

Le champ d'application de la doctrine de la quasi-immunité de l'agent exécutif est limité aux tiers qui ont une relation contractuelle avec la société et qui souhaitent demander des comptes à l'administrateur pour l'exécution fautive par la société de ses engagements contractuels. Cette théorie a été déclarée applicable aux administrateurs de sociétés (Cass., 7 novembre 1997, *T.R.V.*, 1998, 284).

41. La théorie du concours ne s'applique pas, mais les mêmes critères que ceux utilisés dans la théorie du concours s'appliquent.

Lorsqu'une personne morale agit par l'intermédiaire d'un organe, d'un préposé désigné ou d'un agent d'exécution pour l'exécution de ses obligations contractuelles, cet organe, ce préposé ou cet agent d'exécution ne peut être tenu responsable au niveau extracontractuel que si la faute qui lui est imputée ne constitue pas un manquement à une obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence, et si cette faute a causé un préjudice autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

En d'autres termes, l'organe peut invoquer l'immunité lorsque la faute et le dommage ne sont pas étrangers à l'exécution du contrat existant entre la personne morale et son cocontractant, la victime.

Toutefois, si la faute constitue une infraction pénale, la partie lésée peut exercer une action aquilienne sans avoir à prouver une faute ou un dommage étranger au contrat.

(H. Vandenberghe, *Overzicht van Rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, 2000-2008, T.P.R.*, 2011, p. 349 e.s., plus précisément p. 643, n° 268).

42. Le dommage subi par A. consiste, entre autres, à ne pas recevoir le montant de l'indemnité de licenciement qu'il est en droit de recevoir en vertu du jugement définitif du 5 octobre 2009 du tribunal du travail, déduction faite du montant que la société a versé. Une indemnité de licenciement a été accordée dans ce jugement devenu définitif. La société ne l'a pas payée.

Dans la mesure où ce dommage est contractuel, il a été causé, en vertu des présomptions légales respectives, par les infractions pénales sanctionnées aux articles 92, 98 et 633 C. Soc. (voir ci-dessus).

Par conséquent, ce dommage ne relève pas de l'application de l'immunité d'exécution des administrateurs de la société.

Effets juridiques

43. Il résulte de tout ce qui précède que les parties appelantes, en leur qualité d'administrateurs de la SA G.W., sont, au moment des faits pris en compte, solidairement responsables des dommages suivants subis par A. :

1) les montants accordés par le jugement du tribunal du travail de Gand du 4 octobre 2009.

Le premier juge a décidé, à juste titre, que les frais de justice pour la procédure devant le tribunal du travail constituent une branche des dommages subis. A. a dû mener cette procédure afin d'obtenir l'indemnité de licenciement appropriée, qui n'a pas été versée en raison des fautes évoquées ci-dessus. L'argumentation des parties appelantes à ce propos a déjà fait l'objet d'une réponse ci-dessus.

2) le dommage complémentaire subi par A. du fait que la SA G.W. ne s'est pas conformée à l'arrêt du 4 octobre 2009 relatif à la délivrance des documents de sécurité sociale et des documents fiscaux (certificat d'emploi avec date de début et de fin, document C4, fiche fiscale 281.10 et l'attestation de vacances).

Cette demande est suffisamment fondée sur les faits qui sont repris dans la citation introductive d'instance.

L'imposition elle-même ne résulte pas des fautes des parties appelantes, mais du fait qu'une imposition est de toute façon due sur l'indemnité de licenciement.

Cependant, l'intérêt de retard est en revanche causé par les fautes des parties appelantes. Le montant provisionnel de 2.442 € est accordé. La partie intimée démontre insuffisamment que, pendant toutes les années que cette procédure a duré, elle n'a pas été en mesure d'estimer de manière définitive ce poste de dommage. Par conséquent, aucune provision et réserve n'est accordée.

Lors de la détermination finale de ce poste de dommage, les parties auront l'occasion de déposer des conclusions additionnelles quant à savoir si la prétendue intervention de B. 7 constitue un poste de dommage et si ce dommage présente un lien causal avec les fautes constatées.

Le dossier peut être rappelé par simple lettre en vue de trancher cette branche.

3) le dommage causé par l'obligation de déposer une citation en faillite. Les frais de justice et l'indemnité de procédure d'un montant de 3551,60 € constituent le dommage subi. C'est à bon droit que le premier juge a déclaré cette branche de la demande fondée. C'est en partie grâce à cette procédure qu'un certain nombre de fautes commises par les parties appelantes ont été établies ou que leur preuve a été facilitée.

44. Tous ces dommages peuvent être réduits à une et souvent plusieurs fautes de la part de chacune des parties appelantes. L'indemnisation est due pour ce motif.

(...)

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

N° 1457. – Bruxelles (20^e ch.), 4 septembre 2018¹

Présentation : Du danger de s'emballer pour un projet immobilier sur un stand de Bati-bouw...

Un couple cherche à engager la responsabilité des deux anciens gérants d'une SPRL au motif qu'ils auraient commis une faute lors de la conclusion du contrat d'entreprise qui les lie à celle-ci relativement à un appartement à construire, certaines règles impératives de la Loi Breyne ayant été violées.

Cette décision constitue une belle application de la responsabilité personnelle des dirigeants, aux côtés de la responsabilité de la société partie contractante, lorsqu'une faute a été commise *durant la phase précontractuelle*.

Comme toujours, c'est quand la société est déclarée en faillite que ses clients en déroute tentent de se retourner contre ses dirigeants.

L'arrêt « phare » de la Cour de cassation du 20 juin 2005², cité dans cette décision, a opéré un revirement à 180° en affirmant qu'une faute précontractuelle, si elle engage la responsabilité directe de la société représentée, n'exclut pas la responsabilité *personnelle* de cet organe. Auparavant, dans une espèce en tous points identiques, la Cour avait défendu une interprétation très favorable aux dirigeants dans un arrêt du 16 février 2001³ : la Cour soutenait que le dirigeant auteur d'une faute aquilienne de type précontractuel ne devait pas répondre personnellement du dommage causé par celle-ci au motif que lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais bien

- 1457.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Tijdschrift voor Bouwrecht en Onroerend Goed (T.B.O.)*, 2019, liv. 1, p. 57.
2. Cass. (3^e ch.), 20 juin 2005, C.03.0105.F, en cause D.S. et D.N. contre M.A., P.G. et la société de droit luxembourgeois COFIGEST, sur conclusions contraires du premier Avocat général J.F. LECLERCQ, *J.D.S.C.*, 2006, n° 726, p. 90 et notre note intitulée « Une saga passionnante : la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale » ; voir également d'autres commentaires qu'a suscité cet arrêt du 20 juin 2005, parmi lesquels :
- L. BIHAIN, « Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe, en faveur des organes de sociétés », in *J.T.*, 2006, pp. 421 à 427 ;
 - A. COIBION, « Responsabilité extra-contractuelle des administrateurs ou gérants : retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe », *R.D.C.*, 2006, pp. 421 à 425 ;
 - Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de société », in *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 194 à 242 ;
 - X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », in *Rev. not. belge*, 2006, pp. 258 à 282.
3. Cass. (1^{re} ch.), 16 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, liv. 2, p. 303 ; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107 ; *J.D.S.C.*, 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH ; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301 ; *R.W.*, 2002-03, liv. 9, p. 340 ; *Res. jur. imm.*, 2001, 123 ; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348 ; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698 et note C. GEYS.

uniquement celle de la société ou du mandant sur la base de l'article 1992 du Code civil^{4 5}.

L'arrêt publié ci-après est également intéressant :

- dans son analyse du lien causal entre la faute des dirigeants et le dommage réparable : uniquement l'indemnisation convenue en cas de résiliation de la convention d'entreprise due à la faillite de l'entrepreneur ou davantage ? Également la perte de loyers liée au retard avec lequel l'appartement a pu être achevé puis loué ? ;
- dans sa motivation du partage 50/50 de la responsabilité entre les deux anciens dirigeants.

Sommaire : Les anciens gérants d'un entrepreneur en faillite commettent une faute précontractuelle lorsqu'ils concluent un contrat d'entreprise en méconnaissance de la loi Breyne (absence de garantie d'achèvement). La faute commise par les organes d'une société lors de la conclusion d'un contrat engage la responsabilité de la société, mais cette responsabilité n'exclut pas la responsabilité personnelle des organes, outre celle de la société. Les anciens gérants sont par conséquent responsables solidairement du dommage résultant de la faute précontractuelle commise conjointement, à savoir le supplément de prix payé par les maîtres de l'ouvrage aux entrepreneurs subséquents (mais pas la perte de loyers).

Parties : Y.S./Mes M.M. et L.T. *qualitate qua* faillite L.D.P. et H.E. /Mes M.M. et L.T. *qualitate qua* faillite L.D.P. et L.S.

(...)

4. Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2005, M. le premier Avocat général J.-F. LECLERCQ a commenté l'arrêt du 16 février 2001 en ces termes : « *Raisons justifiant la solution dégagée par l'arrêt de votre Cour du 16 février 2001 : Le mandataire qui a agi conformément aux instructions prévues dans le mandat n'engage, en principe, que la responsabilité du mandant ou de la société. Ce n'est que lorsque l'organe agit en dehors de ses fonctions qu'il engage sa responsabilité aquilienne. La situation du mandataire est donc plus favorable que celle de l'agent d'exécution, ce dernier engageant sa responsabilité même en restant dans les limites de ses fonctions pourvu que tant la faute que le dommage causé soient distincts de ceux résultant d'une mauvaise exécution du contrat. L'organe s'identifie à la personne morale tandis que l'agent d'exécution est un tiers que la personne morale se substitue pour exécuter son contrat. L'organe ne deviendrait agent d'exécution que dans la mesure où il est employé ou sous-traitant de la société. Rien ne justifie des dérogations à la théorie de l'organe selon que le dirigeant ait commis une faute à l'occasion ou non de l'exécution d'un contrat conclu par la personne morale. Il résulte de la théorie de l'organe que les personnes agissant en tant qu'organes n'engagent, en principe, pas leur responsabilité personnelle pour les engagements pris dans l'exécution de leurs fonctions pour la personne morale, même si celle-ci n'exécute pas ses engagements. Les organes d'une société commerciale sont responsables envers la société et envers les tiers de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la législation sur les sociétés commerciales et aux statuts sociaux. Les organes sont responsables des fautes de gestion uniquement envers leur mandant. Ce n'est, en principe, que lorsque les organes ne respectent pas la législation sur les sociétés commerciales et les limites des statuts, qu'ils engagent leur responsabilité civile envers les tiers qui en sont victimes. »*
5. Ajoutons une nuance pour les fautes précontractuelles qui sont sanctionnées pénalement ; voir en ce sens Comm. Hasselt (4^e ch.), 25 juin 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n^o 580, p. 234 et notre note 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, note J. VANANROYE ; l'infraction reprochée aux dirigeants consistait à avoir volontairement présenté une situation inexacte de la situation financière de la société par le biais de comptes annuels tronqués.

II. Les autres motivations de la décision et la réponse aux moyens des parties

6. *Le non-respect de l'article 12 de la loi sur la construction d'habitations.*

Les anciens gérants Y.S. et H.E. (ci-après également dénommés « les anciens gérants ») confirment à présent que la SPRL S. n'était pas un entrepreneur agréé au sens de l'article 12 de la loi réglementant la construction d'habitations.

La garantie à fournir par l'entrepreneur n'était donc pas une garantie limitée à 5 % du prix du bâtiment, mais une garantie d'achèvement.

L'argument avancé par Monsieur Y.S. selon lequel la SPRL S. n'était pas une « société de construction » et « donc pas un entrepreneur », mais simplement une « société de coordination qui aurait travaillé avec des entrepreneurs agréés », est contraire à la qualification que les parties ont donnée à leur convention et aux engagements que la SPRL S. a pris. En tout état de cause, la défense factuelle de Monsieur Y.S. ne peut affecter l'applicabilité de la Loi réglementant la construction d'habitations. En effet, la Loi réglementant la construction d'habitations s'applique « *à toute convention portant engagement de construire, de faire construire ou de procurer un tel immeuble, lorsque la maison ou l'appartement est destiné à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et que, en vertu de la convention, l'acheteur ou le maître de l'ouvrage est tenu d'effectuer un ou des versements avant l'achèvement de la construction* ».

La SPRL S. n'a pas fourni de garantie d'achèvement comme l'exige l'article 12, deuxième alinéa, de la Loi réglementant la construction d'habitations.

Cette méconnaissance de l'article 12, deuxième alinéa de la Loi réglementant la construction d'habitations résulte du fait que la SPRL S., représentée par ses anciens gérants Y.S. et H.E., a conclu la convention d'entreprise sans respecter la Loi réglementant la construction d'habitations et qu'elle et ses anciens gérants ont considéré à tort que cette loi n'était pas d'application en l'espèce. Cela explique pourquoi la convention d'entreprise ne mentionne pas, comme l'exige l'article 7, dernier alinéa de la Loi réglementant la construction d'habitations, dans un alinéa distinct et en caractères différents et gras, que le maître de l'ouvrage a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi en cas de non-respect des dispositions des articles 7 et 12 ou des dispositions prises en vertu de ces articles, dont le texte doit être repris intégralement dans la convention.

Conformément à l'article 13, deuxième alinéa, de la Loi réglementant la construction d'habitations, le non-respect des dispositions de l'article 7 ou de l'article 12 entraîne la nullité de la convention. Cette nullité peut, si la convention est une convention d'entreprise (ce qui est le cas ici), être invoquée par le client avant la réception provisoire.

Les maîtres de l'ouvrage ont invoqué cette nullité pendant l'exécution de la convention d'entreprise (c'est-à-dire avant la réception provisoire).

Monsieur H.E. fait valoir que la demande en annulation de la convention d'entreprise présentée par les maîtres de l'ouvrage était devenue sans objet en raison de la résolution de la convention à la suite de la faillite de la SPRL S. Il se réfère à la clause de *résiliation* expresse de l'article 10 de la convention qui stipule que « *la faillite met fin au contrat de plein droit* ».

Une clause résolutoire expresse dans une convention qui n'a pas été valablement conclue en raison de la méconnaissance de dispositions impératives ne peut bien entendu pas porter préjudice à l'action en annulation de cette convention.

Les appels introduits par les anciens gérants, dans la mesure où ils prétendent que la convention d'entreprise n'était pas nulle, ne sont pas fondés sur ce point.

7. La responsabilité des anciens gérants Y.S. et H.E.

Les maîtres de l'ouvrage font valoir que les anciens gérants ont commis une faute lors de la conclusion de la convention d'entreprise – donc dans phase précontractuelle – en concluant une convention d'entreprise sans respecter la Loi réglementant la construction d'habitations, plus précisément une convention d'entreprise qui ne prévoit pas de garantie d'achèvement. Les maîtres de l'ouvrage soulignent que les deux gérants étaient présents au stand de la SPRL S. à Batibouw (le 6 mars 2004) et qu'ils ont tous deux représenté la SPRL S. lors de la conclusion de la convention. La convention présentée contient en effet quatre signatures (dont celle de Monsieur Y.S., voir dossier des maîtres de l'ouvrage, pièces 1 et 5) ; Monsieur H.E. confirme qu'il a cosigné la convention. Le non-respect des dispositions impératives de la Loi réglementant la construction d'habitations est donc imputable à chacun des deux anciens gérants.

Le non-respect de dispositions impératives qui mettent en péril la validité de la convention et entraînent sa nullité est une faute extracontractuelle qui précède la conclusion du contrat (« *culpa in contrahendo* »).

La faute commise par un organe d'une société lors de la conclusion d'une convention entraîne la responsabilité de la société, mais cette responsabilité n'exclut pas la responsabilité personnelle de l'organe, en plus de celle de la société (suivant Cass. 20 juin 2005, Arr. Cass. 2005, n° 354).

Les anciens gérants ne contestent pas sérieusement cette base juridique de la demande des maîtres de l'ouvrage.

Les anciens gérants sont donc responsables *in solidum* (comme le prétendent les maîtres de l'ouvrage) des dommages résultant de la faute précontractuelle commise conjointement.

8. Les dommages résultant de la faute précontractuelle des anciens gérants Y.S. et H.E.

Les anciens gérants font valoir que les maîtres de l'ouvrage ne peuvent réclamer plus que le montant de 1.250 euro qui aurait été déterminé à l'article 10 de la convention d'entreprise à titre d'indemnisation en cas de résiliation de la convention d'entreprise due à la faillite de l'entrepreneur. Indépendamment de la question de savoir si les anciens gérants ont correctement lu cet article, l'article 10 n'est en tout cas pas applicable. La convention d'entreprise est nulle et les anciens gérants sont tenus des dommages résultant de leur faute précontractuelle.

Les anciens gérants font également valoir que les maîtres de l'ouvrage ont déjà été entièrement indemnisés par l'arrêt de la 15^e Chambre de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2011. Les anciens gérants ont été condamnés au civil, sur la base de l'accusation d'abus de

confiance, à payer 147.266,50 euro, consistant dans le montant frauduleusement détourné ou gaspillé de 146 266,50 euro et dans une indemnisation de 1000 euro pour « *frais administratifs et frais de recherche* ». Le montant de 146.266,50 euro est la différence entre, d'une part, le montant que les maîtres de l'ouvrage avaient payé à l'entrepreneur (215.799,72 euro) et, d'autre part, la valeur des travaux effectués, que la Cour d'appel a estimée à 69.533,22 euro TVA comprise sur la base du rapport de l'expert V. (dossier maîtres de l'ouvrage, pièce 31, p. 1314 et 1718). La Cour observe que la restitution des 146 266,50 euro – certes dans les relations entre les maîtres de l'ouvrage et les anciens gérants – a entraîné la restitution mutuelle par équivalent résultant de la nullité de la convention d'entreprise. Toutefois, le préjudice pour lequel les maîtres de l'ouvrage demandent maintenant réparation est un préjudice autre et accessoire qui ne résulte pas du délit pour lequel les anciens gérants ont été condamnés, mais de la faute précontractuelle qui a entraîné la nullité de la convention.

Les maîtres de l'ouvrage demandent la confirmation du jugement attaqué, qui a accordé une indemnisation aux maîtres de l'ouvrage pour le prix plus élevé qu'ils ont dû payer pour l'achèvement de l'immeuble à appartements (fixée par le premier juge en toute équité à 45 803,80 euro) et pour la perte de loyer subie par les maîtres de l'ouvrage en raison du retard dans l'achèvement des travaux.

Si la faute précontractuelle n'avait pas été commise par les anciens gérants, les maîtres de l'ouvrage auraient conclu une convention juridiquement valable avec l'entrepreneur, de sorte que ce dernier aurait constitué la garantie d'achèvement requise. En effet, les anciens gérants ne font pas valoir que l'entrepreneur n'aurait pas conclu ou n'aurait pas pu conclure la convention s'il avait dû constituer une garantie d'achèvement conformément à la Loi réglementant la construction d'habitations. Les maîtres de l'ouvrage ont donc droit à une indemnisation qui les place dans la position où ils auraient été si une convention valable avait été conclue et, par conséquent, si la garantie d'achèvement avait été constituée.

Vu que la SPRL S. aurait dû constituer une garantie d'achèvement et non, comme l'a fait valoir Monsieur H.E., un cautionnement qui pouvait rester limité à 5 % du prix d'entreprise, la responsabilité des anciens gérants n'est pas limitée au montant de ce cautionnement. Les anciens gérants sont responsables à hauteur du montant que les maîtres de l'ouvrage auraient pu obtenir sur la base de la garantie d'achèvement.

Une garantie d'achèvement conforme à la Loi réglementant la construction d'habitations couvre tous les montants nécessaires pour achever le bien immobilier conformément au cahier des charges. Les augmentations de prix ou un prix d'entreprise plus élevé stipulé par l'entrepreneur successeur pour l'achèvement des travaux ne peuvent pas préjudicier le maître de l'ouvrage.

Les maîtres de l'ouvrage produisent les offres d'entrepreneurs auxquels ils ont fait appel pour l'achèvement de l'appartement. Sur la base de ces devis, ils ont fixé le supplément de prix à 61.071,74 euro (dossier maîtres de l'ouvrage, pièces sous le n° 17).

Monsieur H.E. fait valoir (à titre subsidiaire) que, compte tenu de l'augmentation des prix au cours de la période considérée (telle qu'exprimée par la hausse de 5,6 % de l'indice ABEX), les maîtres de l'ouvrage ne peuvent réclamer tout au plus un montant 22 651,89 euro.

Avec le premier juge, la Cour d'appel constate que les maîtres de l'ouvrage avaient demandé ces devis sans que l'entrepreneur ou les anciens gérants aient la moindre possibilité de

contrôle. Les maîtres de l'ouvrage n'ont produit que des devis et aucune facture pour les travaux effectivement réalisés. Les maîtres de l'ouvrage ne montrent pas non plus que les travaux pour lesquels les offres ont été établies sont entièrement conformes au cahier des charges. Les maîtres de l'ouvrage eux-mêmes écrivent dans leur aperçu que « *quasiment les mêmes normes de finition ont été utilisées* » (dossier maîtres de l'ouvrage, pièce 17 a, c'est la Cour qui souligne), ce qui fait présumer que les maîtres de l'ouvrage ont parfois opté pour une finition différente (et donc peut-être plus coûteuse).

Avec le premier juge, la Cour admet cependant que la poursuite des travaux, après une période d'arrêt due à la faillite à l'issue de laquelle de nouvelles conventions ont dû être conclues avec des entrepreneurs qui ont dû reprendre un chantier existant (même si les maîtres de l'ouvrage ont continué à travailler dans la mesure du possible avec les entrepreneurs qui travaillaient auparavant en sous-traitance pour la SPRL S.), entraîne un coût supplémentaire. La Cour estime ce surcoût (y compris l'augmentation des prix des matériaux et des salaires) à 10 % en équité. Compte tenu du prix d'entreprise initial (334.295,94 euro hors TVA ou 404.498,09 euro TVA comprise) et du prix des travaux effectués par la SPRL SEAGULL (y compris la marge bénéficiaire, fixée par l'expert à 57.471,32 euro hors TVA ou 69.540,30 euro TVA comprise, voir dossier maîtres de l'ouvrage, pièce 29, p. 21), la Cour d'appel fixe le surcoût à (10 % de 334.957,79 =) 33.495,78 euro en équité.

Le premier juge a accordé des intérêts légaux sur ce montant au taux légal à partir de la citation jusqu'au jour du paiement. Cette décision ne fait l'objet d'aucun grief.

Pour le reste, les anciens gérants contestent à bon droit le lien de causalité entre le dommage consécutif invoqué et la faute précontractuelle commise sur laquelle se fonde la demande des maîtres de l'ouvrage. Le retard avec lequel l'appartement a pu être achevé et loué est le résultat du non-respect d'une obligation contractuelle de la SPRL S. et de sa faillite. Ce dommage se serait également produit si les anciens gérants n'avaient pas commis la faute précontractuelle. Même avec une garantie d'achèvement, la faillite aurait retardé les travaux dans la même mesure. En effet, les maîtres de l'ouvrage n'ont pas fait valoir qu'ils devaient reporter les travaux par manque de ressources financières. En outre, une garantie d'achèvement ne couvre que l'achèvement des travaux, mais pas les dommages consécutifs (tels que le retard avec lequel les travaux ont finalement été exécutés).

L'appel des anciens gérants est partiellement fondé sur ce point.

9. Le partage de la responsabilité entre les anciens gérants

Monsieur H.E. postule qu'il soit 'dit pour droit' que « *la plus grande partie du montant auquel la condamnation conduirait devrait être mise à la charge de la partie intimée Y.S.* ». Il fait valoir que la responsabilité de l'exécution de la convention incombait entièrement à Monsieur Y.S., qu'il n'était qu'un bailleur de fonds et que, de plus, il avait des problèmes de santé. Outre la constatation que Monsieur H.E. n'a pas étayé cet argument par des pièces, cet argument ne porte pas préjudice au constat que Monsieur H.E., en tant que gérant et dans la même mesure que Monsieur Y.S., était responsable du fait que la SPRL S. a conclu une convention sans respecter la Loi réglementant la construction d'habitations.

Les deux anciens gérants sont par conséquent responsables dans une même mesure dans leurs relations mutuelles.

(...)

Le dispositif

Sur la base de la motivation évoquée ci-dessus, la Cour statuant contradictoirement et exécutant l'arrêt interlocutoire du 26 février 2018, arrive à la décision suivante :

Déclare les appels de M. Y.S. et de M. H.E. partiellement fondés ;

Réforme, dans les limites des recours d'appel, le jugement attaqué en ce qu'il statue sur le bien-fondé de la demande de Monsieur M.M. et Madame L.T. contre Monsieur Y.S. et Monsieur H.E., et statuant à nouveau sur cette demande :

Déclare que cette demande n'est que partiellement fondée ;

Condamne Monsieur Y.S. et Monsieur H.E. *in solidum* à payer à Monsieur M.M. et à Madame L.T. des dommages et intérêts de 33 495,78 euro, plus les intérêts judiciaires, à compter du 3 mai 2005 et jusqu'au jour du paiement complet ;

Dit pour droit que Monsieur Y.S. et Monsieur H.E., dans leur relation mutuelle, sont chacun responsables pour moitié des dommages susmentionnés ;

Déclare le présent arrêt commun à Monsieur L.D.P. en sa qualité de curateur de la faillite de la SPRL S. ;

Rejette la demande pour le surplus comme non fondée.

367. La responsabilité des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil

N° 1458. – Trib. entr. Liège (div. Namur, 2^e ch.), 17 mars 2020¹

Présentation : Ce jugement nous intéresse relativement à la mise en cause de la responsabilité du gérant statutaire d'une SPRL qui n'a pas respecté ses engagements contractuels, posant la question de la responsabilité personnelle de l'organe d'une société lorsque cette société méconnaît ses obligations.

La société demanderesse souhaitait récupérer l'acompte versé sur une commande de pierres devant être fabriquées en Grèce, après résolution du contrat puisque les pierres n'ont jamais été livrées dans les délais requis. Estimant le gérant *tiers complice* de cette violation du contrat, elle réclamait sa condamnation *in solidum*, mais en vain. Le Tribunal de l'entreprise rappelle en effet la quasi immunité d'exécution des organes de personnes morales, appliquant l'enseignement de l'arrêt du 7 novembre 1997 de la Cour de cassation² et constatant, à juste titre, que la demanderesse qui réclame le remboursement de son acompte ne réclame pas un dommage *autre* que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Sommaire partiel :

La théorie de la tierce complicité se fonde sur l'article 1382 du Code civil de sorte que pour pouvoir mettre en cause la responsabilité d'un organe de société parce qu'il aurait été tiers complice de ladite société, il faut non seulement démontrer que les conditions de la tierce complicité sont réunies mais, en outre, que cet organe a commis un manquement à l'obligation générale de prudence et que le dommage dont la victime entend obtenir réparation est un « dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat », soit un dommage purement extra-contractuel (Cass., 7 novembre 1997).

Un créancier contractuel ne peut mettre en cause la responsabilité des dirigeants d'une société pour obtenir la réparation d'un dommage résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Le remboursement de l'acompte perçu par une société dans le cadre de l'exécution d'un contrat ne peut être réclamé à l'organe de cette société par son partenaire contractuel, n'étant pas un dommage distinct de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Parties : SA E.M.T./SRL N. et R.D.

(...)

1458.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général A/19/00359.

2. Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5, note M. COIPEL : lorsqu'une personne morale agit par un organe pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si le manquement qui lui est reproché a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. Voir également notre note intitulée « L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 : un pavé dans la mare ? Certainement une intervention sibylline ! » sous Civ. Anvers (9^e ch. B) 13 janvier 1998, *J.D.S.C.*, 2001, p. 204.

II.- Exposé du litige

A.- Les faits pertinents de la cause

1. Le 22/02/2019, la SA E.M.T. a commandé des pierres à la SRL N. pour un montant total de 24.256,11 € H7 VA (Pièce 1 de la SA E.M.T.). Les pierres faisant l'objet de cette vente devaient être commandées par la SRL N. à un cocontractant grec.

Le 23/03/2019, la SRL N. a adressé une facture d'acompte à la SA E.M.T. d'un montant de 14.674,95 € (Pièce 1 de la SA E.M.T.). Les conditions particulières de vente qui figurent au recto de cette facture précisent notamment :

- « Délai de mise à disposition est 1 à 4 semaines après confirmation de commande par acompte » ;
- « Voir nos conditions générales de vente au verso SVP ».

2. Le 27/02/2019, la SA E.M.T. a payé l'acompte susvisé (Pièce 3 de la SA E.M.T.).

Le même jour, la SRL N. a confirmé à la SA E.M.T. qu'elle avait « lancé la commande » (Pièce 2 de la SA E.M.T.), ce qui est inexact puisqu'il ressort des pièces de la SRL N. elle-même que la commande a été passée au plus tôt le lendemain (Pièce 2 de la SRL N.).

3. La SRL N. affirme qu'elle a commandé les pierres litigieuses à son cocontractant grec le 28/02/2019. Le « bon de commande » qu'elle produit à l'appui de son affirmation a été établi par elle sur son propre papier à en-tête (Pièce 2 de la SRL N.). La SRL N. ne démontre pas qu'il a été envoyé à son cocontractant grec (elle ne produit ni courriel ni courrier l'établissant, malgré les nombreuses demandes de la SA E.M.T.).

4. Le 29/03/2019, la SRL N. a écrit à la SA E.M.T. pour l'informer du fait que les pierres n'étaient « pas encore sorties de fabrication » et a annoncé plus de nouvelles à ce sujet en début de semaine suivante (Pièce 4 de la SA E.M.T.). Le même jour, la SA E.M.T. a confirmé qu'elle était prête à poser les pierres (Pièce 4 de la SA E.M.T.).

(...)

9. Le même jour encore³, la SA E.M.T. a commandé les pierres dont elle avait besoin auprès d'un autre fournisseur (Pièce 11 de la SA E.M.T.).

10. Le 24/04/2019, le conseil de la SA E.M.T. a adressé un courrier à la SRL N. aux termes duquel il l'a mise en demeure de rembourser l'acompte de 14.674,95 euros à sa cliente (Pièce 8 de la SA E.M.T.).

11. Le 08/05/2019, la SRL N. a contesté tout manquement et confirmé que la production était terminée et serait bientôt disponible (Pièce 9 de la SA E.M.T.).

La SRL N. produit à cet égard deux factures de son cocontractant grec, l'une du 23/08/2019 et l'autre du 03/09/2019 (Pièce 5 de la SRL N.) et deux lettres de voiture, respectivement du 24/07/2019 et du 31/08/2019 (Pièce 6 de la SRL N.).

3. NDLR : le 23 avril 2019.

B.- Les prétentions des parties

12. La SA E.M.T. formule la demande suivante :

- « - Dire la demande recevable et fondée ;
- Dire la demande reconventionnelle recevable mais non fondée ;
- Dire résolue aux torts et griefs exclusifs de la défenderesse sub 1 la commande avenue entre parties le 22 février 2019 ayant fait l'objet de la facture d'acompte n° 2190008 du 23 février 2019 d'un import de 14.674,95 euros ;
- Dire le défendeur sub 2 tiers complice de la défenderesse sub 1 dans cette résolution ;
- Condamner en conséquence *in solidum* ou l'un à défaut de l'autre, les défendeurs sub 1 et sub 2 à rembourser à la demanderesse la somme de 14.674,95 euros, à majorer des intérêts judiciaires depuis le 24 avril 2019 jusqu'à complet paiement ;
- Condamner *in solidum* ou l'un à défaut de l'autre, les défendeurs sub 1 et sub 2 aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure ».

13. La SRL N. et R.D. demandent, quant à eux, ce qui suit :

- « - Dire la demande principale non fondée tant à l'égard de Monsieur R.D. que de la sprl N. ;
- Dire la demande reconventionnelle de la sprl N. recevable et fondée.
- Partant, condamner la demanderesse à payer à la sprl N. une somme de 11.000 €, augmentée des intérêts au taux légal depuis le jour de la citation introductive d'instance ;
- Condamner la demanderesse à prendre en charge les entiers frais et dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à la somme de 2400 € pour chaque partie défenderesse ».

III.- Discussion

A.- Les demandes de la SA E.M.T. (demande principale)

1. La demande à l'égard de la SRL N.

a. Principes applicables

14. La Cour de cassation a récemment décidé que :

« Aux termes de l'article 1184, alinéa 1^{er}, du Code civil, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans un contrat synallagmatique, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. (...)

En vertu de l'article 1184, alinéa 3, de ce code, la résolution doit être demandée en justice. Cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur. Cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge. »⁴.

4. Cass., 23 mai 2019, *J.T.*, 2020, p. 26.

La doctrine précise à juste titre au sujet de cet arrêt :

- que « (...) la Cour n'autorise la résolution unilatérale qu'en présence d'une « inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire ». Par ailleurs, la Haute juridiction subordonne la prise d'effet de la résolution à une notification adressée au débiteur. Ce faisant, elle s'aligne sur ce qu'imposaient déjà la jurisprudence du fond et la doctrine. La résolution unilatérale constitue ainsi un acte juridique unilatéral réceptice. Elle ne sortit ses effets qu'à compter du moment où le débiteur en a pris connaissance ou a, à tout le moins, pu raisonnablement en prendre connaissance. »⁵ ;

- que la Cour n'exige « pas, au contraire de ce texte, que la notification soit écrite. Il est ainsi possible pour le créancier de notifier, par voie orale, sa décision d'en finir avec la convention. Pour d'évidentes raisons de preuve, on ne peut toutefois que recommander au créancier de se ménager une preuve écrite de sa décision et d'y indiquer très précisément les manquements qu'il impute à son cocontractant. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue qu'il résout le contrat à ses risques et périls et qu'il pourrait ainsi se voir désavoué a posteriori par un tribunal, qui douterait de la régularité ou de la légitimité de cette résolution. Ainsi encore, la Cour ne mentionne-t-elle pas la nécessité pour le créancier d'adresser une mise en demeure préalable à son cocontractant⁶. Ce silence de la Haute Cour ne signifie toutefois pas, à notre avis, qu'il affranchit le créancier de cette formalité. L'exigence de la mise en demeure constitue un principe général du droit applicable à la mise en œuvre de toutes les sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La Cour de cassation l'a affirmé dans son arrêt du 9 avril 1976 (...). La Cour ne précise pas davantage que le créancier doit prendre les mesures utiles destinées à constater les manquements. Une telle précaution tombe toutefois sous le sens pour des raisons probatoires, auxquelles le créancier doit être attentif. On se situe sur le terrain probatoire et non point sur celui des conditions requises pour la régularité de la résolution unilatérale. Il se pourrait, en effet, que le débiteur conteste cette résolution unilatérale ; il se pourrait aussi que le créancier saisisse un juge afin d'obtenir un titre exécutoire pour les dommages et intérêts et les restitutions consécutifs à la résolution. Dans ces deux cas de figure, le tribunal ne pourra entériner la résolution unilatérale que s'il est convaincu de l'existence de manquements d'une suffisante gravité. Plus remarquable : tout comme dans ses arrêts antérieurs du 2 mai 2002 et du 16 février 2009, la Cour de cassation ne subordonne pas la résolution unilatérale à des circonstances exceptionnelles. »⁷.

b. Application des principes au cas d'espèce

15. En l'espèce, la SA E.M.T. a commandé des pierres à la SRL N. et cette dernière s'est engagée à les lui livrer dans un délai de une à quatre semaines.

16. Quelques jours après la commande, la SA E.M.T. a payé un acompte de 14.674,95 € à la SRL N. Cette dernière a confirmé avoir passé la commande le même jour, soit le 27/02/2019, ce qui est inexact. En effet, même à suivre la thèse de la SRL N., le bon de commande est daté du 28/02/2019 et non du 27. Et malgré les demandes formulées en ce sens par la SA E.M.T., tant avant qu'en cours de procédure, la SRL N. a toujours refusé de produire la preuve de l'envoi de ce bon de commande à son cocontractant grec. Il faut en déduire qu'il n'est pas démontré que la commande a effectivement été passée le 28/02/2019 (ni même à une autre date).

5. S. STIJNS et P. WERY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », *J.T.*, 2020, pp. 23-24.

6. Sur la question de la mise en demeure, voir notamment T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *J.T.*, 2018, p. 281.

7. S. STIJNS et P. WERY, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », *J.T.*, 2020, p. 24.

En ne passant pas cette commande, la SRL N. a non seulement menti à la SA E.M.T., ce qui constitue déjà un manquement à l'égard de cette dernière, mais elle a également gravement violé son obligation — de moyen — de livrer les pierres dans les une à quatre semaines. Pour pouvoir remplir cette obligation, il fallait en effet à tout le moins que la SRL N. commande lesdites pierres à son cocontractant grec...

17. Dès la fin du mois mars 2019, la SA E.M.T. a interpellé la SRL N. pour savoir quand seraient livrées les pierres. La SRL N. lui a répondu le 29/03/2019 que les pierres n'étaient « pas encore sorties de fabrication » et a annoncé plus de nouvelles à ce sujet en début de semaine suivante (Pièce 4 de la SA E.M.T.). Ce faisant, il est manifeste que la SRL N. a tenté de gagner du temps parce qu'elle savait parfaitement le 29/03/2019 qu'elle n'avait pas encore payé d'acompte à son cocontractant grec.

Elle affirme dans ses conclusions qu'en raison de ses relations avec ledit cocontractant, aucun acompte n'était nécessaire. Le tribunal s'interroge alors sur la raison qui l'a poussée à effectuer

trois paiements de 11.000 € au total entre le 18 et le 30/04/2019, paiements qui représentent selon la SRL N. elle-même des acomptes...

18. Le 05/04/2019, la SRL N. a annoncé une « fin de production » après le 20 avril 2019. C'est l'évidence puisqu'à cette date, malgré les demandes pressantes de la SA E.M.T., la SRL N. n'avait pas encore payé d'acompte à son cocontractant grec et il est même permis de douter qu'elle lui avait passé commande.

19. Le 19/04/2019, la SA E.M.T. a mis la SRL N. en demeure de lui transmettre la preuve de paiement de l'acompte et la preuve de la commande passée au cocontractant grec, et ce pour le 23/04/2019 au plus tard. Dans le même courrier, elle annonce qu'à défaut de réponse à cette date, elle annulera la commande, ce qui impliquera de lui rembourser l'acompte.

20. Dans les jours qui ont suivi, la SRL N. a tenté de gagner du temps par de nouvelles réponses dilatoires.

21. Le 23/04/2019, le cocontractant grec de la SRL N. a confirmé à la SA E.M.T. qu'il n'avait pas encore reçu la moindre somme de la part de la SRL N. (ce qui implique que, contrairement à ce qu'affirme la SRL N., le paiement d'un acompte était bien nécessaire pour confirmer la commande), que la production n'avait donc pas commencé et qu'en cas de confirmation de la commande, elle pourrait être chargée le 22/05/2019.

Le même jour, un dirigeant de la SA E.M.T. s'est rendu au siège de la SRL N. pour obtenir la preuve du paiement de l'acompte au cocontractant grec. La SRL N. a refusé de le fournir, et pour cause : à cette date, elle n'avait payé que 3.000 € à son cocontractant et il n'est pas établi que le paiement en question ait le moindre lien avec la commande litigieuse.

Dans la foulée, la SA E.M.T. a résolu la convention et exigé le remboursement de l'acompte.

22. En agissant comme elle l'a fait, la SA E.M.T. a résolu le contrat extrajudiciairement. Sa demande tendant à entendre prononcer la résolution du contrat est donc en tout état de cause sans objet puisque le contrat est résolu.

Ce que le tribunal doit vérifier dans une telle hypothèse, c'est :

- si la SA E.M.T. a adressé une mise en demeure à la SRL N. ;
- si elle a notifié la résolution de la convention à la SRL N. et
- si le manquement sur lequel elle s'est fondé était suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire de la convention.

Il ressort de l'exposé des faits qu'une mise en demeure a bien été envoyée à la SRL N. et que la résolution de la convention lui a été notifiée.

En ce qui concerne la gravité du manquement reproché à la SRL N., il est manifeste que le comportement de cette dernière est gravement fautif et témoigne d'une mauvaise foi patente à l'égard de son cocontractant. Elle a non seulement menti mais elle s'est en outre abstenue de remplir ses obligations les plus élémentaires et a ensuite tenté de gagner du temps par de nouveaux mensonges lorsque la SA E.M.T. est devenue pressante.

Il convient donc de constater que l'ensemble des conditions requises pour pouvoir valablement résoudre le contrat de manière extrajudiciaire étaient réunies en l'espèce. Aucun reproche ne peut à cet égard être fait à la SA E.M.T.

23. Dans la mesure où la convention a été valablement résolue, il incombe à la SRL N. de rembourser l'acompte qu'elle a perçu. Le tribunal fera dès lors droit à la demande en ce qu'elle tend à la condamnation de la SRL N. au paiement de la somme de 14.674,95 €.

La SA E.M.T. réclame uniquement des intérêts judiciaires sur cette somme, et ce depuis le 24/04/2019. La citation a cependant été signifiée le 07/05/2019. Les intérêts commenceront dès lors à courir à partir de cette date.

2. La demande à l'égard de R.D.

a. Principes applicables en matière de tierce complicité

24. La doctrine précise à juste titre en matière de tierce complicité que :

« Un tiers ne peut être considéré complice du débiteur de l'obligation contractuelle que si les conditions suivantes sont réunies :

- un contrat valable ou qui existe encore au moment où le débiteur contracte avec le tiers complice ;
- une faute contractuelle du débiteur ;
- la connaissance par le tiers des obligations qui incombent à ce débiteur, étant entendu que la jurisprudence assimile à cette connaissance effective l'hypothèse où, en raison des circonstances concrètes de l'espèce, il aurait dû chercher à avoir connaissance de ces obligations ;
- enfin, la participation du tiers, en connaissance de cause, à la commission de la faute contractuelle.

Une fois ces conditions remplies, le créancier de l'obligation contractuelle n'est pas encore au bout de ses peines. Il lui faut, en effet, rapporter la preuve des autres conditions de la responsabilité aquilienne, à savoir le dommage et le lien de causalité entre celui-ci et la faute du tiers complice. »⁸.

b. Principes applicables en matière de responsabilité des organes fondée sur l'article 1382 du Code civil (quasi-immunité à l'égard des cocontractants)

25. La Cour de cassation a, dans un arrêt du 7 novembre 1997, décidé que :

« (...) lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat »⁹.

Pour pouvoir mettre en cause la responsabilité personnelle de l'organe d'une société sur la base de l'article 1382 du Code civil, il faut donc démontrer :

- que cet organe a commis un manquement à l'obligation générale de prudence et ;
- que le dommage dont la victime entend obtenir réparation est un « dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat », soit un dommage purement extra-contractuel¹⁰.

En d'autres termes, un créancier contractuel ne pourra pas mettre en cause la responsabilité des administrateurs d'une société pour obtenir la réparation d'un dommage résultant de la mauvaise exécution du contrat.

Le Professeur Dieux a fait le commentaire suivant de cet arrêt :

« Il s'ensuit en particulier que si la personne morale a contracté une obligation, pécuniaire notamment, vis-à-vis d'un tiers, aucune action aquilienne n'est concevable à l'égard de l'organe, non plus, bien sûr, qu'une action contractuelle, en vue de la récupération de ce montant ou de la réparation sous la forme d'une indemnité ou autrement, du dommage résultant de l'inexécution de cette obligation. »¹¹.

Il résulte de cette jurisprudence que les cas dans lesquels un créancier contractuel pourra agir contre les administrateurs de son cocontractant sont très limités. C'est ce qui a amené la

8. P. WERY, *Droit des obligations*, Volume 1, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 619-620 ; voir également P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations*, Volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 674.

9. Cass., 7 novembre 1997, C960272F, www.juridat.be.

10. La Cour de cassation l'a encore confirmé récemment puisqu'elle a décidé que : « Lorsqu'une personne morale agit par un organe pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si le manquement qui lui est reproché a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. » (Cass., 4 mai 2018, C.17.0410.F/3, www.juridat.be).
NDLR : cet arrêt a été publié par nos soins dans *J.D.S.C.*, 2019, n° 1411, p. 93.

11. X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », *Rev. Not. B.*, 2006, p. 262 ; dans le même sens : X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) — Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 618.

doctrine à parler d'immunité ou de quasi-immunité des administrateurs à l'égard des créanciers contractants de la société¹².

Comme le précise la doctrine à cet égard, « à supposer même que la condition relative à la faute soit remplie, c'est-à-dire qu'il soit établi que le membre de l'organe a commis un manquement au devoir général de prudence s'imposant à tous, le dommage en résultant dont le créancier cherche à obtenir réparation s'identifiera dans la plupart des cas, sinon toujours, à la perte de sa créance, c'est-à-dire à un dommage contractuel »¹³.

26. La Cour de cassation est allée plus loin encore dans un arrêt du 16 février 2001. Elle a en effet considéré que :

« (...) lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant »¹⁴.

La Cour est toutefois revenue sur cette jurisprudence dans un arrêt du 20 juin 2005 dans lequel elle a décidé que :

« (...) si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci »¹⁵.

Cet arrêt ne remet cependant pas en cause les enseignements de l'arrêt du 7 novembre 1997 précité¹⁶.

Le Professeur Dieux a, à cet égard, précisé :

« Replacé dans le cadre tracé par l'arrêt de 1997, l'arrêt du 20 juin 2005 ne restaure donc que partiellement la possibilité pour les tiers de mettre en cause la responsabilité propre des organes d'une personne morale, l'affirmation selon laquelle la responsabilité de la personne morale n'élimine pas, « en règle », la responsabilité personnelle de l'organe, ne concernant que les cas où le tiers préjudicié a subi un dommage « purement extracontractuel » en raison d'une faute revêtant le même caractère »¹⁷.

12. Notamment : Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 201 ; P. KILESTE et C. STAUDT, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise », in *Les responsabilités d'entreprise*, Bruxelles, Editions du J.B.B., 2007, p. 400 ; Y. DE CORDT *et alii*, *La société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 451 ; A. AUTENNE *et alii*, « Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales (première partie) », X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (coord.), *R.C.J.B.*, 2016, p. 155.

13. A. AUTENNE *et alii*, « Examen de jurisprudence (2010-2013). Les sociétés commerciales (première partie) », X. DIEUX, P. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (coord.), *R.C.J.B.*, 2016, pp. 155 et 156.

14. Cass., 16 février 2001, C990477Nt, www.juridat.be.

15. Cass., 20 juin 2005, C030105F, www.juridat.be.

16. Dans ce sens notamment : X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », *Rev. Not. B.*, 2006, p. 261 ; Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 229 ; L. BIHAIN, « Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés », *J.T.*, 2006, p. 426.

17. X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », *Rev. Not. B.*, 2006, p. 268.

27. La solution consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 a été confirmée par plusieurs cours d'appel :

- « L'organe d'administration d'une société étant assimilé à un agent d'exécution des contrats conclus par la société, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement, non à une obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat »¹⁸ ;
- « La responsabilité personnelle de Monique en tant qu'organe de la société ne peut être recherchée que dans des conditions précises : il faudrait une infraction au Code des sociétés ou aux statuts de la société, ce qui n'est pas le cas. Sa responsabilité quasi délictuelle pourrait encore être engagée si la faute reprochée constitue un manquement à l'obligation générale de prudence et si la faute cause un dommage distinct de celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. »¹⁹.

c. Application des principes au cas d'espèce

28. La SA E.M.T. considère que R.D. est, en tant qu'administrateur de la SRL N., tiers complice de cette dernière.

La théorie de la tierce complicité se fonde sur l'article 1382 du Code civil. Pour pouvoir mettre la responsabilité d'un organe de société en cause parce qu'il aurait été tiers complice de ladite société, il faut donc non seulement démontrer que les conditions énoncées *supra* (n° 24) sont réunies mais en outre :

- que cet organe a commis un manquement à l'obligation générale de prudence et ;
- que le dommage dont la victime entend obtenir réparation est un « dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat », soit un dommage purement extra-contractuel.

Il est manifeste que la SA E.M.T. ne peut pas se prévaloir d'un tel dommage à l'égard de R.D. puisqu'elle ne réclame que le remboursement de l'acompte perçu par la SRL N. dans le cadre de l'exécution du contrat.

Elle sera dès lors déboutée de sa demande à l'égard de R.D.

B.- La demande de la SRL N. (demande reconventionnelle)

29. Dans la mesure où le tribunal a décidé que la SA E.M.T. a légitimement résolu le contrat qui la liait à la SRL N., il convient de débouter cette dernière de sa demande reconventionnelle. Aucun reproche ne peut en effet être formulé à l'encontre de la SA E.M.T.

(...)

IV.- Décision

Après en avoir délibéré, le tribunal, statuant contradictoirement, et en premier ressort ;

Reçoit la demande formulée par la SA E.M.T. contre la SRL N. ;

18. Bruxelles, 4 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 96016.

19. Liège, 7 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2019/23, p. 1100.

La déclare fondée ;

Dans la mesure précisée ci-après ;

Dit pour droit que la demande tendant à entendre prononcer la résolution de la convention qui unissait les parties est sans objet ;

Dit pour droit que la résolution extrajudiciaire de la convention par la SA E.M.T. aux torts de la SRL N. est intervenue régulièrement ;

Condamne la SRL N. à payer à la SA E.M.T. :

(...)

Déboute la SA E.M.T. de ses autres réclamations ;

Reçoit la demande formulée par la SA E.M.T. contre R.D. ;

La déclare non fondée ;

En déboute la SA E.M.T. ;

(...)

370. **La responsabilité des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

N° 1459. – Mons (14^e ch.), 6 mars 2018¹

Présentation : Une SA cède ses actions à une société de droit américain peu après une augmentation de capital substantielle effectuée par les précédents actionnaires, notamment pour couvrir les frais de démantèlement de l'entreprise. Assez rapidement, trois versements « douteux » sont effectués en faveur d'une société de droit canadien, l'un en exécution d'un contrat de prêt, les deux autres en exécution de bons de commande relatifs à l'acquisition de deux cyclotrons. Ensuite, la SA dépose une requête en PRJ et est finalement déclarée en faillite 7 mois plus tard.

Les curateurs assignent tant les deux administrateurs de la SA que la société de droit canadien bénéficiaire des trois versements litigieux pour obtenir des premiers, le remboursement du passif de la faillite et de la seconde, le remboursement des sommes versées en fraude des droits de la SA. Le premier juge condamne solidairement ces trois parties, ce jugement étant contesté en appel.

Sommaire : L'article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale se justifie par l'autorité de chose jugée du jugement pénal sur les points qui sont communs à l'action civile et à l'action publique et vise à éviter des contradictions possibles entre les décisions rendues par les juridictions pénales et civiles. Il convient de vérifier concrètement dans quelle mesure l'instruction pénale concerne les mêmes faits et pourrait avoir une incidence sur le sort de l'action civile.

Une décision prise par les administrateurs pourrait, dans un contexte donné, être constitutive d'une faute au sens de l'ancien article 530 du Code des sociétés, devenu l'article XX.225. du Code de droit économique, peu importe qu'elle soit également constitutive d'une infraction.

Parties : La société de droit canadien B.T. Ltd/Me B. *qualitate qua* faillite SA B.M. Belgium, en présence de S. et de la société de droit américain B.M. Belgium Inc.

(...)

1. Les faits et antécédents de la procédure.

1. Les faits ont été très adéquatement relatés par le jugement dont appel dans un exposé que la cour adopte.

1459.-1. Cette décision a été publiée au *J.T.*, 2019, n° 6794, p. 844.

Il suffit de retenir que les actions de la SA M. ont été cédées en 2011 à la société de droit américain B.M. Belgium Inc.

Le curateur indique que la cession aurait été précédée d'une augmentation de capital par les précédents actionnaires, d'un montant de 13.000.000 EUR, en vue notamment de couvrir les frais de démantèlement de l'entreprise. Ce point n'a pas été contesté par la société de droit américain B.M. Belgium Inc.

Le 17 mars 2011, le conseil d'administration a attribué à M. S. une action de la SA M.

Le 1^{er} avril 2011, une assemblée générale extraordinaire acte le transfert des parts et modifie la dénomination de la SA M. en SA B.M. Belgium Inc. Le conseil d'administration désigné se compose de Monsieur S. et de la société de droit américain B.M. Belgium Inc.

Le 12 avril 2011, la SA B.M. Belgium Inc. a versé une somme de 5.500.027,05 EUR à la société de droit canadien B.T. Ltd. La société de droit canadien B.T. Ltd indique que ce versement vient en application d'un contrat de prêt d'un montant de 5.500.000 EUR conclu le 8 avril 2011 avec la société de droit américain B.T. Inc. Par après, par souci de synthèse uniquement, la cour dénommera cette convention « opération litigieuse 1 ».

Le 8 avril 2011, la SA B.M. Belgium Inc. a versé à cette même société B.T. Ltd une somme de 1.420.133,10 EUR. Selon la société de droit canadien, ce paiement est fait en vertu d'un bon de commande daté du 11 avril 2011 relatif à l'acquisition d'un cyclotron 14 p (ci-après « opération litigieuse 2 »).

Le 19 août 2011, la SA B.M. Belgium Inc. a versé une somme de 2.736.133,10 EUR à la société de droit canadien B.T. en vertu selon elle d'un bon de commande relatif à un cyclotron 35 p daté du 17 août 2011 (ci-après « opération litigieuse 3 »).

Le 19 octobre 2011, la SA B.M. Belgium Inc. a déposé une requête en réorganisation judiciaire auprès du tribunal de commerce de Charleroi. Le 28 octobre 2011, un jugement prononcé par le tribunal de commerce de Charleroi déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et accorde un sursis d'une durée de 3 mois.

Un jugement prononcé par le tribunal de commerce de Charleroi le 9 janvier 2012 désigne M^e B. et M^e C. en qualité d'administrateurs provisoires de la SA B.M. Belgium Inc.

Un jugement prononcé le 27 janvier 2012 prolonge le sursis jusqu'au 28 mars 2012, sur requête des administrateurs provisoires.

Un jugement prononcé le 9 mars 2012 a modifié l'objectif de la procédure pour tendre au transfert de la société sous autorité de justice, sur requête des administrateurs provisoires. M^e D. est désigné en qualité de mandataire en charge du transfert au sens de l'article 60 de la loi relative à la continuité des entreprises.

À défaut d'offre, le tribunal de commerce de Charleroi a mis fin à la procédure de réorganisation judiciaire en date du 8 mai 2012.

Un jugement prononcé le 14 mai 2012 par le tribunal de commerce de Charleroi a prononcé la faillite de la SA B.M. Belgium Inc. et a désigné M^e D. et M^e Br. en qualité de curateurs.

2. Par citations enrôlées le 8 mars 2013, M^e D. et M^e Br., en leur qualité de curateurs de la SA B.M. Belgium Inc., ont assigné devant le tribunal de commerce de Charleroi la société de droit américain B.M. Belgium Inc. et Monsieur S., d'une part, et la société de droit canadien B.T. Ltd, d'autre part.

Ils poursuivent :

- d'une part, le remboursement du passif à charge des administrateurs de la société ;
- d'autre part, le remboursement des sommes versées de manière fautive, c'est-à-dire en fraude des droits de la société belge, à charge de la société de droit canadien.

3. Un jugement prononcé par le tribunal de commerce de Mons et de Charleroi, division Charleroi, le 16 janvier 2015, a :

- dit ne pas y avoir lieu à la suspension de la présente procédure ;
- déclaré la demande recevable et fondée ;
- en conséquence :
 - condamné la société de droit américain B.M. Belgium Inc., Monsieur S. et la société de droit canadien B.T. Ltd, solidairement, à payer (...)
 - condamne les mêmes aux dépens.

4. Par deux requêtes déposées au greffe de la cour d'appel de Mons le 5 février 2016, la société de droit canadien B.T. Ltd, d'une part, et la société de droit américain B.M. Belgium Inc. et Monsieur S., d'autre part, ont formé appel contre ce jugement.

En résumé, ces parties estiment qu'il leur fait grief en ce qu'il n'a pas sursis à statuer alors qu'une instruction pénale est en cours.

La société de droit canadien B.T. Ltd justifie en outre les opérations et considère qu'elle n'est pas fautive sur pied de l'article 1382 du Code civil.

La société de droit américain B.M. Belgium Inc. et Monsieur S. estiment quant à eux que leur responsabilité de dirigeant ne peut être engagée car, au moment où les opérations litigieuses ont été consenties, elles étaient parfaitement justifiées.

5. Depuis le jugement dont appel, deux éléments doivent être précisés :

- d'une part, M^e D. a été déchargé de sa mission par un jugement prononcé le 28 mars 2017 par le tribunal de commerce du Hainaut, division de Charleroi ;
- d'autre part, la curatelle a dirigé une nouvelle procédure au fond contre une société de droit canadien B.T. Ltd tendant au remboursement du prêt qui lui a été consenti (concerne l'opération litigieuse 1).

Par voie de conclusions, la curatelle conclut à la confirmation du jugement dont appel.

À titre subsidiaire, elle demande de limiter la condamnation de la société de droit canadien B.T. Ltd à la somme de 1.276.260,20 EUR à titre provisionnel.

(...)

3. Discussion.

1. Quant à la surséance à statuer.

1. Devant les premiers juges, les parties appelantes ont demandé qu'il soit sursis à statuer sur la demande en raison d'une enquête pénale en cours. Le jugement dont appel n'a pas fait droit à leur demande de surséance.

2. L'article 4 du Code d'instruction criminelle dispose que « l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément ; dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». [L'article a été complété].

Cette disposition se justifie par l'autorité de chose jugée du jugement pénal sur les points qui sont communs à l'action civile et à l'action publique (Cass., 23 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 664). Elle vise à éviter « des contradictions possibles entre les décisions rendues par les juridictions pénales et civiles » (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtpleging*, p. 655, n° 1794).

L'existence d'un risque de contradiction entre les jugements, qui entraîne l'obligation pour le juge civil de surseoir à statuer, suppose que le juge civil soit amené à statuer sur des points identiques à ceux dont est saisi le juge pénal (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, p. 654, n° 1794).

L'indication selon laquelle la règle « le criminel tient le civil en l'état » n'est, en principe, pas applicable en matière de faillite est généralement motivée par le fait que, dans le cadre de la faillite, les opérations doivent se poursuivre sans pouvoir être suspendues par les informations ou instructions pénales (*cf.* notamment I. VERGOUSTRÆTE et consorts, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2011, n° 4.3.4.4 ; C. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, pp. 778-779 ; *Traité pratique de droit commercial*, t. II, 1^{re} éd., p. 513 ; *cf.* également la jurisprudence citée par ces auteurs).

3. La société de droit canadien B.T. Ltd rappelle que l'article 4 précité est d'ordre public et oblige le juge à surseoir à statuer si les conditions en sont remplies.

Elle soutient que l'appréciation de la doctrine et la jurisprudence précitées valent principalement pour ce qui concerne la déclaration de faillite, entraînant le dessaisissement et les mesures urgentes précisées par la loi sur les faillites, mais qu'aucun principe général de droit ne permet de considérer que le droit de la faillite serait d'ordre public et mériterait en soi un régime particulier. Ainsi, les actions de fond menées par le curateur, surtout à l'égard de tiers, ne bénéficient pas de l'exception.

La loi sur les faillites est cependant dérogoire à de nombreuses règles du Code judiciaire, notamment en matière de recours, et même sans précision légale, il est admis que cette procédure est par essence différente dès lors que l'ordre public ou à tout le moins l'intérêt général sont en jeu.

En d'autres matières, la Cour de cassation a admis la nature spécifique de la procédure de faillite et l'urgence qu'elle commande (Cass., 29 janvier 2004, *R. W.*, 2005-2006, 1317). Parmi les décisions citées par les appelants, certaines s'appliquent d'ailleurs à l'action en comblement de passif.

En application de ces principes, la cour estime qu'elle doit apprécier avec prudence si les conditions de l'article 4 du Code d'instruction criminelle s'appliquent et, dans l'affirmative, elle doit vérifier si l'instruction pénale est de nature à compromettre la clôture rapide de la procédure de faillite (voy. I. VEROUGSTRAETE et consorts, n° 4.3.4.4).

4. En l'espèce, la cour constate qu'une instruction est en cours et qu'elle n'est pas clôturée à ce jour. L'action publique a été intentée, devant des juridictions belges, et elle vise les mêmes parties.

Il convient dès lors de vérifier, concrètement, dans quelle mesure l'instruction pénale concerne les mêmes faits et pourrait avoir une incidence sur le sort de l'action civile. Cette appréciation est indissociable d'une appréciation au fond.

Concrètement, dans le dossier qui est soumis à la cour, cette appréciation est nécessairement différente selon les parties en cause et selon le fondement de l'action civile invoqué par la curatelle.

2. L'action en comblement de passif dirigée contre la société de droit américain B.M. Belgium Inc. et Monsieur S.

1. La curatelle poursuit la condamnation des administrateurs de la SA B.M. Belgium Inc. pour avoir commis des fautes graves et caractérisées ayant conduit à la faillite.

Ces fautes graves et caractérisées consistent dans le fait d'avoir consenti les trois opérations litigieuses, sans plan financier précis, sans calcul des retombées économiques des choix posés, alors que les 13.000.000 EUR apportés pour consolider le capital par les anciens actionnaires avaient pour but de mener la restructuration à terme, en particulier pour couvrir les frais de la dépollution du site et des licenciements envisagés.

Compte tenu de la situation financière critique, les choix posés ont obéré la trésorerie dans les six mois de l'arrivée de ces administrateurs, tous les paiements ayant été effectués au profit direct ou indirect des administrateurs ou de sociétés du groupe B.M. Belgium Inc., au détriment de la société belge dont les finances sont rapidement devenues gravement déficitaires.

Outre la demande de surséance, les administrateurs Monsieur S. et la société de droit américain B.M. Belgium Inc. estiment que l'appréciation du juge, qui doit demeurer marginale, doit être faite au jour où les décisions ont été prises.

Or, à ce moment, la société était déjà en difficulté. Les opérations s'inscrivaient dans le cadre d'un plan de relance sérieux et pendant une année, la société a continué à fonctionner sans difficultés.

Seuls des éléments extérieurs, tels que le retrait de l'IRE pour la dépollution du site, ou l'absence de coopération du personnel, ont bouleversé l'équilibre initial.

2. Le curateur se fonde sur l'article 530 du Code des sociétés, selon lequel « En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

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

La faute grave est celle qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société. Elle est caractérisée en ce que l'acte incriminé doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable : « Celle qui est voisine du dol sans s'identifier avec le dol. La faute grave est celle, dans ce contexte, qu'un dirigeant raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société (I. VEROUGSTRAETE et consorts, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, 2011, n° 1009).

La faute doit également être caractérisée en ce sens que « le juge ne tiendra compte que de la faute incontestable (...). La faute doit donc être nettement marquée, qu'il s'agisse d'une faute de gestion classique, d'une violation de la loi ou des statuts » (I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, n° 1062).

Il est pour le surplus seulement requis que la faute ait contribué à la faillite : cette expression indique qu'il faut un lien entre la faute et la faillite mais révèle qu'il n'est pas nécessaire que la faute soit l'unique cause de la faillite. Le juge (...) peut se contenter de constater que la faute est une des causes de la faillite, sans qu'elle n'en soit nécessairement la cause immédiate (I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, n° 988).

3. Les parties appelantes considèrent que la faute grave et caractérisée qui est invoquée coïncide avec les faits faisant l'objet de l'instruction pénale.

En réalité, cette coïncidence n'exclut pas qu'un même fait puisse être constitutif d'une faute au sens de l'article 530 du Code des sociétés, alors même qu'il résisterait à la qualification pénale.

Une décision prise par les administrateurs pourrait, dans un contexte donné, être constitutive d'une faute au sens de l'article 530 du Code des sociétés, peu importe qu'elle soit également constitutive d'une infraction.

En l'espèce, il convient d'examiner chacune des trois opérations litigieuses.

(...)

OBSERVATIONS

Il n'est pas rare, dans le cadre d'une procédure civile, que les parties assignées se prévalent d'une procédure pénale en cours pour exiger du juge civil la surséance à statuer dans le respect de l'article 4 du Code d'instruction criminelle.

Ainsi, dans ce dossier, les administrateurs estiment que les fautes graves et caractérisées qui leur sont reprochées s'identifient aux faits à propos desquels une instruction pénale a été ouverte.

Qu'importe cependant puisque la Cour d'appel de Mons rappelle qu'un même fait peut constituer une faute grave et caractérisée (« *avoir consenti les trois opérations litigieuses, sans plan financier précis, sans calcul des retombées économiques des choix posés, alors que les 13.000.000 EUR apportés pour consolider le capital par les anciens actionnaires avaient pour but de mener la restructuration à terme, en particulier pour couvrir les frais de la dépollution du site et des licenciements envisagés* », ces choix ayant obéré la trésorerie dans les six mois de l'arrivée des deux administrateurs et tous les paiements ayant été effectués au profit direct ou indirect des administrateurs ou de sociétés de leur groupe au détriment de la SA dont les finances sont rapidement devenues gravement déficitaires) indépendamment de sa qualification d'infraction ; en d'autres termes, que la suite pénale soit ou non fructueuse, les faits peuvent être analysés librement par le juge civil comme des fautes graves et caractérisées... ou pas.

Notons que dans un souci d'efficacité et de continuité de la gestion de la faillite, qui bénéficie d'un régime d'exception, la surséance du procès civil durant l'instance pénale prescrite par l'article 4 du Code d'instruction criminelle ne s'impose en principe pas en matière de faillite (voir les points 2. et 3. du jugement et les références citées).

Rappelons enfin que la limitation de la responsabilité des dirigeants instaurée au premier paragraphe de l'article 2:57 du CSA ne s'applique pas, en vertu du § 3, 1^o, en cas de faute grave : dans ce cas, les dirigeants continuent à assumer une responsabilité illimitée.

370. **La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

N° 1460. – Gand (7^e ch. bis), 24 décembre 2018¹

Présentation : Cet arrêt a été prononcé après renvoi par un arrêt de la 1^{re} chambre de la Cour de cassation du 7 avril 2017 que nous avons publié dans le *J.D.S.C.* 2018 sous le n° 1384 à la page 170 avec une note intitulée « *La notion de faillite 'antérieure' dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales* ».

Sommaire : Conformément à l'article 265 C. soc. – l'article 38, § 3octies, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés – les gérants/administrateurs peuvent être tenus responsables de la totalité ou d'une partie des dettes envers l'ONSS s'ils ont été impliqués, dans les cinq dernières années, dans deux faillites antérieures avec des dettes à l'ONSS restées impayées. Cette situation concerne une responsabilité objective.

L'arrêt de renvoi de la Cour de cassation a considéré que lorsque des gérants/administrateurs sont impliqués dans une faillite, avec des dettes envers l'ONSS, qui est également prononcée à la date de la faillite de la société dont les dettes sociales font l'objet de la responsabilité visée à l'article 265, § 2, premier alinéa C. soc., la première faillite citée pour l'application de l'article 265, § 2, premier alinéa C. soc. est réputée s'être produite dans la période de cinq ans précédant cette dernière faillite.

En application de l'article 150 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (dite « loi Pot-pourri V »), les articles 1119 et 1120 C. jud. ont été abrogés.

La double cassation a ainsi disparu dès l'entrée en vigueur de la loi Pot-pourri V le 3 août 2017. Conformément à l'article 3 C. jud., cette disposition s'applique aux procédures pendantes. Il en résulte que la Cour est liée par l'arrêt de la Cour de cassation et que les parties ne peuvent plus plaider que sur ce qui sort de l'étendue de la cassation.

Cela s'applique, que la Cour de Cassation ait ou non vérifié si son interprétation de l'article 265, § 2 C. soc. était conforme au principe d'égalité et de non-discrimination. Il n'y a dès lors pas lieu de poser des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle.

Si la responsabilité personnelle et solidaire de l'administrateur/gérant est établie, sa bonne foi ou l'absence de tout procédé de fraude sociale peut conduire à limiter l'importance des montants auxquels il est tenu (*quod non in casu*). Dans les circonstances de l'espèce données, il n'y a aucune raison de faire preuve de modération.

Parties : ONSS/F.H.

1460.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Limb. Rechtsl.* 2019, liv. 2, p. 133 avec une note.

4.2. Le fondement de l'appel

4.2.1. Généralités

19. L'article 265, § 2 du Code des sociétés a introduit une responsabilité particulière en vertu de laquelle le (ancien) gérant et dirigeant de fait d'une SPRL peut être tenu personnellement et solidairement responsable des cotisations de sécurité sociale impayées.

Cet article précise :

« 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 dé- tenu 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** » (accent mis par la Cour).

Ce régime spécial de responsabilité a été justifié en tant qu'instrument destiné à améliorer la collecte des cotisations de sécurité sociale.

La disposition correspondante actuelle est l'article XX.226 du Code du droit économique.

20. La situation découlant de l'article 38, § 3^octies, 8^o précité concerne en outre une responsabilité objective, puisqu'il n'est pas nécessaire de prouver une quelconque implication qui était à l'origine de la faillite. Le législateur a explicitement assimilé la situation prévue à l'article 38, § 3^octies, 8^o à « une faute grave qui est à l'origine de la faillite ». Cette assimilation est contraignante pour la Cour.

La Cour ne peut que vérifier si le gérant se trouve ou non dans cette situation. Si tel est le cas, la Cour ne peut que constater que les conditions de la responsabilité objective sont remplies et elle est alors tenue de tenir le gérant personnellement et solidairement responsable.

4.2.2. Le caractère contraignant de l'arrêt du 7 avril 2017

21. En application de l'article 150 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (dite « loi Pot-Pourri V »), les articles 1119 et 1120 du Code judiciaire ont été supprimés. En conséquence, le cas de double cassation a disparu le 3 août 2017 avec l'entrée en vigueur de la loi Pot-Pourri V.

22. En application de l'article 3 du Code judiciaire, les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement cependant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi.

23. En raison des deux dispositions légales citées, la Cour de céans est liée par l'arrêt du 7 avril 2017 de la Cour de cassation et les parties ne peuvent plaider que ce qui ne relève pas de la cassation.

La décision selon laquelle la faillite de M.Y.B. SPRL du 13 septembre 2012 doit être considérée comme une faillite survenue au cours de la période de cinq ans précédant la faillite de A.M. SPRL au sens de l'article 265, § 2 du Code des sociétés, même si cette dernière a été prononcée le même jour, lie donc la Cour de céans.

Cela s'applique indépendamment du fait que la Cour de cassation ait ou non évalué si son interprétation de l'article 265, § 2 du Code des sociétés est conforme au principe d'égalité et de non-discrimination. Aucune question préjudicielle ne doit être posée à la Cour constitutionnelle.

24. Il convient de noter à titre surabondant que lorsque les jugements de faillite sont prononcés le même jour, l'ordre entre elles (antérieur ou postérieur) est déterminé par l'ordre mentionné sur la feuille d'audience. Il est inévitable que cet ordre soit quelque peu aléatoire, mais cela ne constitue donc pas une violation du principe d'égalité (puisque l'ordre est basé sur un critère objectif).

4.2.3. L'importance de la dette

25. Les considérations ci-dessus impliquent que F.H. est personnellement et solidairement responsable des dettes de l'ONSS de la SPRL A.M.

26. En ce qui concerne l'étendue de sa demande, l'ONSS se réfère à juste titre à ses extraits de compte au 13 septembre 2012, à savoir un solde de 196.581,84 euros et des frais de justice s'élevant à 7.774,43 euros.

Les extraits de compte de D. et de M.Y.B. montrent que ces faillites concernaient également des dettes de l'ONSS. L'affirmation de F.H. selon laquelle la dette envers D. était une dette de la personne physique indépendante concernée est difficile à comprendre et n'est en rien étayée.

27. Bien que la responsabilité personnelle et solidaire de F.H. soit établie, sa bonne foi ou l'absence de tout procédé de fraude sociale peut conduire à une limitation des montants auxquels il est tenu.

A cet égard, la Cour constate que :

- la constitution des arriérés d'ONSS a été réalisée sous la gérance de F.H.,
- il se limite à une vague référence à la crise économique, sans aucune mention de son impact réel sur les sociétés concernées, et
- F.H. ne produit aucune preuve. Dans les circonstances données, il n'y a pas lieu de faire preuve de modération.

(...)

5. DÉCISION

LA COUR,

- déclare l'appel de l'Office national de sécurité sociale recevable et fondé dans la mesure suivante.
- déclare que l'extension de la demande de l'Office national de sécurité sociale à l'encontre de F.H. est recevable et fondée dans la mesure suivante.
- réforme le jugement attaqué du 12 mai 2014 de la troisième Chambre du tribunal de commerce d'Anvers, division de Hasselt, portant le numéro de rôle 13/AR/3209, hormis en ce qu'il déclarait la demande originelle recevable.
- statuant à nouveau :
 - déclare la demande originelle de l'Office national de sécurité sociale à l'encontre de F.H. est fondée dans la mesure suivante.

(...)

OBSERVATIONS

Relativement à la succession de faillites, la Cour de cassation considère qu'une faillite prononcée à la même date qu'une autre faillite est une faillite « antérieure » produite dans la période de cinq ans précédant cette dernière faillite².

La Cour d'appel de Gand ajoute que l'ordre entre les deux faillites (laquelle est antérieure à laquelle ?) est déterminé par *l'ordre mentionné sur la feuille d'audience*, ce qui est inévitablement aléatoire mais ne viole pas le principe d'égalité puisque l'ordre est basé sur un critère objectif.

Dans notre commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, nous avons souligné que les dirigeants pouvaient éventuellement calculer et développer des stratégies afin que soit prononcée *en dernier lieu* la faillite de la société qui laisse le moins d'ardoise ONSS, espérant ainsi être épargnés pour les dettes ONSS des deux premières.

On renvoie également le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 2019 publié ci-après, sous le n° 1461.

Et même si cela ne concerne pas *stricto sensu* le droit des sociétés, cet arrêt permet d'attirer l'attention sur une modification de droit judiciaire importante mais... qui est passée relativement inaperçue : la loi Pot-pourri V³ a modifié l'article 1110 du Code judiciaire. Désormais,

2. Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 2017, *J.D.S.C.*, 2018, n° 1384, p. 170 et note intitulée « *La notion de faillite 'antérieure' dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales* ».

3. Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, dite « Pot-Pourri V », *M.B.*, 24 juillet 2017, entrée en vigueur le 3 août 2017.

Autre modification de cette loi : après cassation, la Cour peut désormais renvoyer la cause devant *la même* juridiction, autrement composée (article 1110, alinéa 1 du Code judiciaire).

l'alinéa 4 prévoit qu'un arrêt de cassation a autorité de chose jugée sur le point de droit qui a été tranché dès la « première cassation », contrairement au passé⁴. Le juge de renvoi, comme en l'espèce la Cour d'appel de Gand, ne peut plus décider autrement sur le point de droit tranché par la Cour et sur celui-ci, aucun pourvoi n'est plus admis contre la décision du juge de renvoi, pour autant qu'elle se conforme à l'arrêt de cassation ; sur tous les autres points, un second pourvoi est bien sûr possible.

4. Autrefois (anciens articles 1119 et 1120 du Code judiciaire), ce n'était que suite à une *seconde* cassation après *second* pourvoi portant sur les mêmes griefs que le premier pourvoi, la Cour statuant alors toutes chambres réunies, que la juridiction de renvoi était tenue de suivre le point de droit tranché.

370. **La responsabilité des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

N° 1461. – Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 2019¹

Présentation : Dans le cadre de la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants ou anciens dirigeants pour les dettes de sécurité sociale de la société faillite en cas de faillites répétées avec des « ardoises ONSS », quelles dettes de sécurité sociale sont visées² ? Celles de la société *qui a été déclarée en faillite en dernier lieu* ou également celles des sociétés *déclarées en faillite durant les cinq années qui précèdent* ? Si la seconde interprétation apparaît extrêmement généreuse pour l'ONSS et le curateur de faillite, c'est cependant la première interprétation qui prévaut.

En l'espèce, la Cour d'appel d'Anvers avait condamné un administrateur au paiement des cotisations de sécurité sociale dues dans le cadre de trois faillites successives dans lesquelles il était impliqué, ce qui justifie sa sanction par la Cour de cassation.

On renvoie le lecteur intéressé à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 24 décembre 2018 publié ci-avant, sous le n° 1460.

Sommaire : Il suit des dispositions de l'article 530, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, tel qu'il est applicable en l'espèce, et de l'article 38, § 3^{octies}, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés qu'on entend par « *les cotisations dues au moment du prononcé de la faillite* » les cotisations dues par la société déclarée en faillite et non celles dues par deux ou plusieurs sociétés déclarées en faillite au cours des cinq années qui précèdent.

Par conséquent, un administrateur ne peut être tenu responsable, en application de l'article 530, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, que des dettes de sécurité sociale de la société qui a été déclarée en faillite en dernier lieu, et non des dettes des sociétés déclarées en faillite antérieurement, même s'il était impliqué dans ces faillites.

Parties : P.V./D.C. *qualitate qua* faillite SA V.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 7 décembre 2017 par la cour d'appel d'Anvers.

(...).

1461.-1. Cet arrêt porte le numéro de rôle général C.18.0208.N et a été publié dans *Fiscologue*, 2019, liv. 1601, p. 14 ; *Limb. Rechtsl.* 2019, liv. 2, p. 124 et *R.D.C.* 2019 liv. 2, p. 334.

2. Le second paragraphe des articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés parle de la déduction personnelle de « *la totalité ou d'une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard (...) dus au moment du prononcé de la faillite* » si la succession de faillites y décrite est rencontrée. Rappelons que le régime figure aujourd'hui à l'article XX.226 du Code de droit économique.

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

1. Suivant l'article 530, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés³, tel qu'il est applicable en l'espèce, l'Office national de sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait visés au paragraphe 1^{er} pour personnellement et solidairement responsables de la totalité ou d'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, si, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait 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'article 38, § 3^{octies}, 8^o, de cette loi vise la situation dans laquelle ces administrateurs ont été impliqués au moins dans deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations sociales.

Il suit de ces dispositions qu'on entend par « cotisations sociales dues au moment du prononcé de la faillite », les cotisations dues par la société déclarée en faillite et non celles qui sont dues par deux ou plusieurs sociétés déclarées en faillite au cours des cinq années qui précèdent.

Un administrateur ne peut, dès lors, être tenu pour responsable, en application de l'article 530, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, que des dettes de sécurité sociale de la société qui a été déclarée en faillite en dernier lieu, et non des dettes des sociétés déclarées en faillite antérieurement, même s'il était impliqué dans ces faillites.

2. En considérant qu'il n'y a pas lieu de réduire la demande à 181.562,49 euros, soit les cotisations de sécurité sociale dues dans le cadre de la SA V., et en condamnant le demandeur aux cotisations de sécurité sociale dues dans le cadre des trois faillites, le juge d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour, statuant à l'unanimité

Casse l'arrêt attaqué ;

(...)

3. NDLR : article XX.225. du Code de droit économique.

370. **La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

N° 1462. – Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 2019¹

Présentation : Dans le cadre de la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants ou anciens dirigeants pour les dettes de sécurité sociale de la société faillie en cas de faillites répétées avec des « ardoises ONSS », et pour déterminer l'ampleur de la condamnation, le juge peut-il tenir compte du fait que la répétition est ou non frauduleuse et de la bonne ou mauvaise foi des dirigeants ? Une réponse affirmative s'impose et l'on renvoie le lecteur intéressé par cette question à :

- l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 133/2014 du 25 septembre 2014² ;
- l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 2016³.

Rappelons que l'article 265, § 2 du Code des sociétés figure désormais dans le CDE, à l'article XX.226.

Sommaire : Le juge appelé à apprécier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire de dirigeants et anciens dirigeants sont réunies peut vérifier, en cas d'implication réitérée dans des faillites comportant des dettes de sécurité sociale, s'il est question d'un procédé de répétition frauduleuse et dès lors tenir compte, lors de la détermination de l'importance des sommes auxquelles le dirigeant et l'ancien dirigeant sont tenus, du fait que ceux-ci étaient ou non de bonne foi.

Parties : G&L I. SPRL et K.G./ONSS.

(...)

- 1462.-1. Cet arrêt porte le numéro de rôle C. 18.0499.N et est disponible sur le site de la Cour à l'adresse www.cass.be ; un résumé de cet arrêt a été publié dans *R.D.C.*, 2019, liv. 5, p. 699 sous la plume de I. VAN DE PLAS.
2. C.C. n° 133/2014, 25 septembre 2014 (question préjudicielle), *J.D.S.C.*, 2015, n° 1234, p. 216 suivi de notre note intitulée « *Les dirigeants de sociétés civiles à forme commerciale, de fondations et d'asbl mieux traités que les dirigeants de sociétés commerciales relativement aux dettes ONSS* » ; la Cour souligne (voir B.9.1. et B.9.2.) que les articles 265, § 2 et 409, § 2 du Code des sociétés prévoient que les personnes visées « peuvent » être tenues pour responsables, « de sorte que c'est le juge qui devra établir si, dans le cas concret, la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs et anciens administrateurs est engagée » et que « il ressort de la genèse des dispositions en cause que le législateur a entendu avant tout engager la responsabilité des administrateurs et anciens administrateurs de mauvaise foi qui se rendent coupables de fraude sociale en constituant une entreprise dont ils provoquent ensuite la faillite sans avoir payé les dettes de sécurité sociale et qui répètent plusieurs fois ce procédé. Le juge, qui doit apprécier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont remplies, peut, dans le cas d'une implication réitérée dans des faillites comportant des dettes de sécurité sociale, vérifier s'il est question d'un tel procédé de répétition frauduleuse et peut dès lors tenir compte, lors de la détermination de la hauteur des sommes auxquelles l'administrateur et l'ancien administrateur sont tenus, du fait qu'ils étaient ou non de bonne foi. »
3. Cass., 24 mars 2016, *J.D.S.C.*, 2017, n° 1335, p. 231 : si la bonne foi des dirigeants ou des anciens dirigeants est sans pertinence pour déterminer s'ils peuvent ou non être déclarés personnellement responsables pour les cotisations de sécurité sociale, le juge peut cependant tenir compte de la bonne foi lors de la détermination du montant des cotisations auxquelles ces dirigeants ou anciens dirigeants sont tenus.

III. La décision de la Cour

Sur le moyen :

1. En vertu de l'article 265, § 2, du Code des sociétés, tel qu'il s'applique en l'espèce, 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 dues 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°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

2. Le juge appelé à apprécier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont réunies peut vérifier, en cas d'implication réitérée dans des faillites comportant des dettes de sécurité sociale, s'il est question d'un tel procédé de répétition frauduleuse et dès lors tenir compte, lors de la détermination de l'importance des sommes auxquelles le dirigeant et l'ancien dirigeant sont tenus, du fait que ceux-ci étaient ou non de bonne foi.

3. En considérant que « *la communication du rapport des curateurs au ministère public est [in]utile* » parce que « *la présence ou l'absence éventuelle de mauvaise foi ou d'infractions [n'] est [pas] déterminante pour l'appréciation du fondement de la demande [du défendeur]* », les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

(...)

475. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA**

N° 1463. – Trib. entr. Hainaut, (div. Mons, 2^e ch.), 18 juin 2020¹

Présentation : Ce jugement permet de rappeler quelques idées importantes relatives à la responsabilité aggravée des dirigeants d'une société qui, suite à une faute (présumée ou à établir), ne paient pas la TVA.

Sommaire : Pour l'application de l'article 93*undecies* C, § 2 du Code de la TVA, la circonstance que les sommes réclamées par l'administration fiscale figurent dans un (seul) compte spécial établi à la suite d'un contrôle TVA ne fait pas obstacle au fait que les dettes TVA en souffrance soient relatives à des inexactitudes ou omissions répétées de la société dans plusieurs déclarations trimestrielles. Un seul compte spécial ouvert au nom de la société peut en effet concerner des omissions de paiement de la TVA à plusieurs échéances. Le fait qu'il s'agisse de la rectification d'erreurs quant à la déduction de la TVA et non pas d'une absence pure et simple de paiement de la taxe n'a pas d'incidence dans le cadre de l'application de l'article 93*undecies* C, § 2 du Code de la TVA

Pour que la présomption de faute de l'article 93*undecies* C, § 2 du Code de la TVA soit écartée, il faut que le non-paiement de la TVA résulte des difficultés financières qui ont causé la faillite ou la réorganisation judiciaire. Des difficultés postérieures à l'absence de paiement répété, qui ont conduit la société à introduire une procédure en réorganisation judiciaire, ne doivent pas être prises en considération.

La responsabilité créée par la loi relativement à la dette d'impôt est une forme de responsabilité solidaire entre la société et son gérant et en vertu de l'article 1204 du Code civil, le créancier n'est pas tenu d'attendre l'issue des poursuites contre un des débiteurs solidaires pour pouvoir se retourner contre l'autre.

Parties : Etat belge/C.L.

(...)

Exposé du litige et objet de la demande

I. Exposé des faits

La SA S. est la maison mère de la SA L.E. Elle est aussi l'administrateur de la SA L.E., qui lui verse en contrepartie des « *management fees* » (redevances de gestion). Ces redevances constituent la seule rentrée de la SA S.

1463.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle général A/19/00780.

Depuis le 5 janvier 2015, Mr C.L., son épouse et la SA L.E. sont administrateurs de la SA S.

Mr C.L. est en outre administrateur délégué.

Suite à un contrôle effectué les 31 mars et 22 août 2017, un relevé de régularisation de TVA fut établi, pour un montant de 23.795,28 EUR en principal, correspondant à une TVA éludée en 2014, 2015 et 2016. La SA S. marqua son accord sur cette régularisation.

Le 22 novembre 2017, l'administration fiscale établit une contrainte pour un montant total de 31.230,40 EUR (soit 23.795,28 de TVA, 4.390 EUR d'amendes et 3.045,12 EUR d'intérêts).

Ces sommes restèrent impayées par la SA S.

Le 28 mars 2018, un avertissement fut notifié par l'ETAT BELGE à Mr C.L.

Le 11 juillet 2018, l'ETAT BELGE assigna Mr C.L. devant la division de Mons du tribunal de l'entreprise du Hainaut.

Le 2 mai 2019, la SA S. déposa une requête en ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire par accord collectif devant la division de Mons du tribunal de l'entreprise du Hainaut.

Par jugement du 20 mai 2019, le tribunal déclara la procédure ouverte.

Par jugement du 7 octobre 2019, le tribunal homologua le plan de réorganisation présenté par la SA S. Ce plan prévoyait un paiement de l'intégralité de la créance l'ETAT BELGE.

II. Objet de la demande

L'ETAT BELGE sollicite la condamnation de Mr C.L. à payer la somme de 28.405 EUR, augmentée des intérêts et des frais.

Discussion

I. Position des parties

1. Position de l'Etat belge

L'article 93*undecies* C est bien applicable. En effet, même si la dette de la SA S. est constatée dans un relevé de régularisation unique, elle a trait à plusieurs trimestres répartis sur plusieurs exercices comptables.

Mr C.L. ne renverse pas la présomption de responsabilité qui pèse sur lui.

L'absence de paiement de la TVA résulte d'infractions commises par la SA S. entre 2014 et 2016 et de l'absence de déclaration de l'intégralité du chiffre d'affaires de la société en 2015 et 2016.

La thèse de l'absence de paiement justifiée par les difficultés financières de la SA S. ne tient pas. Tout d'abord, la situation financière de la SA S. doit être examinée, non pas en 2017, date de la régularisation, mais au moment où la TVA a été éludée. A ce moment, l'activité de la SA S. était bénéficiaire. En outre, cette absence de paiement ne résulte pas de problèmes financiers mais d'infractions à la législation sur la TVA.

Mr C.L. n'établit pas que la SA L.E. s'est trouvée en situation financière difficile à la suite d'un détournement de clientèle et des agissements de son comptable. Elle n'établit pas non plus l'absence de paiement des *management fees*. En fait, Mr C.L., qui était l'administrateur aussi bien de la SA S. que de la SA L.E., a organisé l'assèchement des ressources de la SA S.

L'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ne justifie pas une surséance à statuer.

2. Position de Mr C.L.

Mr C.L. considère que les conditions de l'article 93*undecies* C ne sont pas remplies. En effet, la SA S. n'est pas en défaut de paiement de deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an mais d'un seul relevé de régularisation.

Mr C.L. estime par ailleurs pouvoir renverser la présomption de faute qui pèse sur lui. À la suite de difficultés financières importantes (résultant d'un détournement de clientèle par un ancien responsable commercial et d'erreurs importantes commises par son comptable), la SA L.E. n'a plus été en mesure de verser l'intégralité des *managements fees* à la SA S. à partir de 2017. Comme ces redevances constituaient la seule source de revenus de la SA S., celle-ci s'est trouvée dans l'incapacité de payer ses dettes, notamment fiscales. Ces circonstances sont étrangères à la volonté de Mr C.L.

L'indemnité versée par la SA S. à son ancien actionnaire majoritaire provient des fonds propres de Mr C.L. On ne pourrait donc reprocher à la SA S. d'avoir fait un tri parmi ses créances et d'avoir affecté ses ressources au remboursement d'autres créanciers que l'ÉTAT BELGE.

La disparition d'une dette de la SA S. à l'égard de la SA L.E. au bilan n'est pas le résultat d'un paiement réel mais d'une compensation. A nouveau, on ne pourrait reprocher à Mr C.L. d'avoir privilégié un créancier autre que l'ÉTAT BELGE.

Subsidiairement, Mr C.L. demande que le tribunal reporte sa décision en attendant la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire de la SA S.

II. Examen par le tribunal

1. Principe

L'article 93undecies C du Code de la TVA dispose que :

« § 1^{er}. *En cas de manquement, par une société (...), assujettie à la TVA., à son obligation de paiement de la taxe, des intérêts ou des frais accessoires, 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* ».

(...)

§ 2. *Le non-paiement répété par la société ou la personne morale de la dette d'impôt susvisée, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1^{er}, alinéa 1^{er}.*

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement de la dette d'impôt au sens du présent article, l'on entend :

- soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations trimestrielles à la TVA, le défaut de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an ;

§ 3. *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 réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.*

(...)

2. Absence répétée de paiement

2.1 - Le texte légal exige un non-paiement répété, c'est-à-dire l'absence de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an.

Mr C.L. conteste que cette condition soit remplie. Il relève qu'un seul relevé de régularisation est resté impayé.

2.2 - La circonstance que les sommes réclamées par l'administration fiscale figurent dans un (seul) compte spécial établi à la suite d'un contrôle TVA ne fait pas obstacle au fait que les dettes TVA en souffrance soient relatives à des inexactitudes ou omissions répétées de la société dans plusieurs déclarations trimestrielles².

2.3 - Dans le cas présent, il existe effectivement un seul compte spécial ouvert au nom de la société. Toutefois, il concerne des omissions de paiement de la TVA de 2014 à 2016. En particulier, le contrôle a révélé que la SA S. n'avait pas déclaré l'intégralité de son chiffre d'affaires en 2015 et 2016.

2. Mons, 6 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 568.

Il y a donc bien absence de paiement de plusieurs échéances de la TVA. Le fait qu'il s'agisse de la rectification d'erreurs quant à la déduction de la TVA et non pas d'une absence pure et simple de paiement de la taxe n'a pas d'incidence.

Cette condition est donc remplie.

3. Présomption de responsabilité et procédure de réorganisation judiciaire

3.1 - Le texte légal précise que :

« 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 réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire. »

3.2 - Dans le cas présent, il y a eu une procédure de réorganisation judiciaire.

Pour que la présomption soit écartée, il faut que le non-paiement de la TVA résulte des difficultés financières qui ont causé la faillite ou la réorganisation judiciaire.

En d'autres termes, Mr C.L. doit prouver que (1) la procédure de réorganisation judiciaire est due à des difficultés financières (ce qui tombe sous le sens) et que (2) les mêmes difficultés financières expliquent l'absence de paiement de la TVA.

3.3 - Dans le cas présent, Mr C.L. soutient que l'absence de paiement de la TVA par la SA S. est due à l'absence de paiement des *management fees* par la SA L.E. à partir de 2017, ce qui a privé la SA S. de toute rentrée lui permettant d'apurer ses taxes.

Il soutient également que l'arrêt du paiement des *management fees* par la SA L.E. est dû à des difficultés graves de cette société et non à une volonté délibérée de priver sa maison mère de revenus pour éluder le paiement de la TVA. Il ajoute que ce débat est dépourvu de pertinence, dès lors que sa responsabilité est recherchée dans le cadre de la gestion de la SA S. et non de celle de la SA L.E.

3.4 - Le § 2 de l'article 93*undecies* C, rappelé ci-dessus indique que *« le non-paiement répété par la société ou la personne morale de la dette d'impôt susvisée, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1^{er}, alinéa 1^{er}. »*

En l'occurrence, la faute présumée consiste dans « non-paiement répété » de la taxe, c'est-à-dire le fait de ne pas avoir payé la TVA entre 2014 et 2016 et non dans le fait de ne pas avoir donné de suite à la contrainte délivrée en 2017.

En d'autres termes, ce qu'il faut examiner, c'est pourquoi la SA S. n'a pas payé la TVA entre 2014 et 2016 et non pas en 2017. Or, la diminution puis l'arrêt des paiements des *management fees* par la SA L.E. à la SA S. n'ont débuté qu'en 2017. Ce motif ne pourrait donc pas expliquer l'absence de paiement de la TVA par la SA S. durant les années antérieures.

A cet égard, le débat qui s'est instauré entre les parties concernant les causes des difficultés financières de la SA L.E. et l'incidence de ces difficultés sur la situation de la SA S. est sans objet.

Comme le relève l'ETAT BELGE, jusqu'en 2016, la situation de la SA S. était bénéficiaire. Les difficultés financières qui ont amené la SA S. à introduire une procédure en réorganisation judiciaire sont donc postérieures.

3.5 - L'examen du relevé de régularisation de 2017 est éclairant sur les motifs d'absence de paiement de la TVA :

- infraction à l'article 45 § 1^{er} du Code de la TVA (2014) : 66,14 EUR,
- déductions injustifiées de frais d'énergie privée (2015 - 2016) : 584,91 EUR,
- infraction au régime de déduction pour les livraisons de tabac, boissons spiritueuses, frais de logement, de nourriture ou de boisson et frais de réception (2016) : 189,84 EUR,
- infraction à l'article 3 de l'arrêté royal n° 3 (2016) : 452,19 EUR,
- infraction au régime de déduction pour la livraison où l'importation de véhicule automobile (2016) : 452,20 EUR,
- infraction à l'article 39bis du Code concernant les exemptions relatives aux livraisons intra-communautaires (2016) : 1.050 EUR,
- absence de déclaration complète du chiffre d'affaires (2015 - 2016) : 21.000 EUR.

Si les premiers montants sont assez minimes et résultent d'infractions techniques, les deux derniers postes représentent l'essentiel de la dette de TVA et constituent des manquements sérieux.

D'une part, la SA S. a erronément déclaré au fisc avoir vendu un véhicule à un client luxembourgeois (en fait, la SA L.E.), alors que le véhicule a en fait été vendu en Suède.

D'autre part, la SA S. a sous-estimé de 100.000 EUR (50.000 EUR en 2015 et 50.000 EUR en 2016) son chiffre d'affaires déclaré à la TVA. La TVA éludée correspond à 21 % de 100.000 EUR, soit 21.000 EUR.

Mr C.L. tente de faire endosser la responsabilité de ces infractions à son comptable mais n'apporte aucune preuve à ce sujet.

Mr C.L. ne peut donc pas soutenir que l'absence de paiement de la TVA résulte de difficultés financières de la SA S. Il s'explique par des contraventions sérieuses au Code de la TVA.

Mr C.L. ne renverse donc pas la présomption de responsabilité qui pèse sur lui.

4. Surséance à statuer

Mr C.L. soutient également que, à la suite de la réorganisation judiciaire de la SA S., l'ETAT BELGE doit attendre l'issue de cette procédure pour se retourner contre lui.

La responsabilité créée par la loi relativement à la dette d'impôt est une forme de responsabilité solidaire entre la société et son gérant.

En vertu de l'article 1204 du Code civil, le créancier n'est pas tenu d'attendre l'issue des poursuites contre un des débiteurs solidaires pour pouvoir se retourner contre l'autre. Dans le cas de figure présent, l'ETAT BELGE n'est pas tenu d'attendre l'issue de la procédure de réorganisation judiciaire de la SA S. pour pouvoir se retourner contre son gérant³.

Il appartiendra à l'ETAT BELGE de déduire les montants remboursés par la SA S. des sommes qu'il réclame à Mr C.L.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL DE L'ENTREPRISE

Statuant contradictoirement,

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

Condamne Mr C.L. à payer la somme de **vingt-huit mille quatre cent cinq euros (28.405 EUR)**, augmentée des intérêts moratoires calculés conformément à l'article 91 du Code de la TVA, à compter du 21 mai 2018 jusqu'à paiement complet,

Condamne Mr C.L. aux dépens
(...)

3. Cass., 14 (NDLR : lire 19) septembre 2014, Pas., 2014, p. 1928, qui traite de l'article 442quater CIR 92. Le mécanisme de récupération du précompte professionnel prévu par l'article 442quater CIR 92 est identique à celui de la récupération de la TVA prévu à l'article 93undecies C.

NDLR : nous avons publié cet arrêt dans le J.D.S.C. de 2015 sous le n° 1239, à la page 243. D'une part, en matière de précompte professionnel, la Cour précise que la réclamation de l'Etat belge contre le dirigeant d'une société sur la base de l'article 442quater du CIR 1992 n'est pas une action en responsabilité tendant à une indemnisation. Pour agir sur cette base, l'Etat n'est donc pas tenu d'attendre la clôture de la faillite dans le cadre de laquelle il a fait valoir son droit : du fait de la solidarité mise en place par l'article 442quater du CIR 1992, l'Etat peut agir immédiatement contre le dirigeant, co-débiteur solidaire ; ce dernier sera ensuite subrogé dans les droits de l'Etat à l'égard de la faillite (voir dans le même sens, en matière de responsabilité spéciale des dirigeants relative aux dettes ONSS également introduite par la loi-programme du 20 juillet 2006, Comm. Mons, 2^e ch., 26 mai 2011, J.D.S.C., 2011, n° 1012, p. 192). Le juge ne peut dès lors suspendre la procédure dans l'attente que le curateur de la faillite ait partagé l'actif disponible, que la faillite soit clôturée et que l'on puisse préciser l'étendue des « dommages et intérêts » revenant à l'Etat. D'autre part, en matière de TVA, la Cour rappelle que l'article 93undecies C, § 1^{er}, du Code TVA instaurant une responsabilité solidaire du dirigeant n'exclut pas que ce dernier soit responsable, sur la base d'un autre fondement juridique, d'une faute relative au non-paiement de la TVA par la société.