

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Note d'observations sur les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL**

Delvaux, Marie-Amélie

*Published in:*

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

*Publication date:*

2016

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2016, 'Note d'observations sur les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, p. 103-174.

#### **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<sup>e</sup> édition – Livre 24.3, 24bis.3 et 24ter.3*  
*DSC, 4<sup>e</sup> édition – Livre 12*

*Jurisprudence sélectionné 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 de Bruxelles*

080. et s. **La responsabilité des fondateurs**

*N° 1281. – Comm. Bruxelles, 17 décembre 2013<sup>1</sup>*

*Présentation :* Il est encore peu fréquent de rencontrer des décisions judiciaires relatives à des SPRL-S de sorte que ce jugement retient notre attention. Une SPRL-S est déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution. Ses fondateurs et associés peuvent-ils voir leur responsabilité engagée au motif d'une insuffisance de capital ?

Le Tribunal distingue, de manière pertinente, le capital social minimum exigible selon le minimum requis par le législateur et le capital adéquat/suffisant, dont l'absence est susceptible d'engager la responsabilité des fondateurs en cas de faillite de la société dans les trois ans de sa constitution et si les moyens mis à la disposition de la société étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans (art. 229, 5° C. soc.).

*Sommaire :* Si une SPRL starter est déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution, le capital social n'est pas encore exigible et les associés ne peuvent en être tenus responsables (ancien art. 214, § 2 C. soc.).

*Parties :* J.-L.D.C.D.C. qualitate qua faillite de la SPRL M.F.S. / A.D.

*Cette décision est publiée ci-avant, n° 1271 par Henri CULOT avec une note intitulée « Responsabilité des associés d'une SPRL-Starter ».*

<sup>1</sup>1281.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *RABG*, 2015/5, p. 323.

290. **Qui peut être tenu pour responsable ?**  
 335. **La décharge susceptible de libérer les dirigeants de leur responsabilité envers la société**  
 340. **La responsabilité pour faute de gestion**  
 350. **La responsabilité pour violation du Code ou des statuts**

*N° 1282. – Anvers (5<sup>e</sup> ch. bis), 30 octobre 2014<sup>1</sup>*

*Présentation :* Cet arrêt retient l'attention car il procède à une analyse détaillée des fautes commises par des administrateurs de SA dans un contexte spécifique, à savoir que ces derniers se sont largement désintéressés, plusieurs années durant, de la gestion de leur SA, confiant de larges pouvoirs à une personne de confiance. De manière inattendue, et à l'instant de signer un contrat essentiel pour la SA, ces dirigeants ont retiré leur confiance et refusé la signature, ce qui leur est notamment reproché par la société.

La Cour constate qu'il y a faute de gestion et violation des statuts, ces derniers prévoyant une réunion mensuelle du conseil d'administration, non concrétisée puisque le conseil ne se réunissait qu'une fois par an, peu avant l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes annuels.

En l'espèce, la décharge dont les administrateurs ont pu bénéficier durant plusieurs années n'a aucun impact, outre qu'on rappelle qu'elle ne pourrait couvrir les accomplis en violation des statuts que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation (art. 554, al. 2, C. soc.), ce qui n'a jamais été le cas.

*Sommaire :* Une faute de gestion au sens de l'art. 527 C. soc. se présente en cas de faute qu'un administrateur d'une société normalement prudent placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas commise.

Les administrateurs qui ont délégué à un délégué à l'administration journalière leurs pouvoirs dans une affaire cruciale pour la société, ont placé en lui une grande confiance depuis des années et ne l'ont jamais sommé de donner des informations plus détaillées ou d'apporter des corrections, commettent une faute de gestion s'ils refusent de signer des contrats, alors que (i) ces contrats revêtent une importance cruciale pour la société et (ii) les administrateurs n'ont pas réussi à justifier ce refus sur la base d'un autre motif que leur propre manque d'implication dans la gestion de la société.

Lorsque, pendant des années, aucun conseil d'administration ne se tient, à l'exception de celui préalable à l'assemblée générale annuelle pour l'approbation des comptes annuels, alors que les statuts stipulent que le conseil d'administration se réunit en principe une fois par mois et chaque fois que l'intérêt de la société l'exige, les administrateurs commettent une faute au sens de l'art. 528 C. soc.

La décharge accordée ne couvre un non-respect des statuts que si cette contravention a été explicitement mentionnée dans les lettres de convocation (art. 554, deuxième al. C. soc.). Si les conséquences de plusieurs années de négligence de l'administration ne se manifestent qu'à un certain moment et si aucune décharge n'est accordée lors de l'assemblée générale suivante, les ad-

1282.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.* 2015, liv. 4, p. 371.

ministrateurs ne peuvent se retrancher derrière la décharge qui a été accordée pendant les années qui ont précédé ce moment.

Il faut partir du principe que l'administrateur délégué n'a nullement manqué à son obligation d'information du conseil d'administration, mais qu'il a été confronté à des administrateurs qui témoignaient peu d'intérêt pour un des aspects les plus essentiels du fonctionnement de la société, à savoir son financement, et ce tant en ce qui concerne le financement à court terme que l'opération de titrisation.

Parties : V.V., O.G. et E.V. / SA L'ABRI

(...)

### 1. Les antécédents et les demandes

Par exploits d'huissier de justice des 20 et 21 décembre 2007, la SA L'Abri a fait citer Messieurs V.V., O.G. et E.V. à comparaître devant le tribunal de commerce d'Hasselt (désormais tribunal de commerce d'Anvers, section Hasselt).

Elle a exposé ce qui suit :

- elle est une société qui octroie des prêts hypothécaires dans une finalité sociale ;
- du 6 avril 1992 au 29 janvier 2003, son conseil d'administration était uniquement composé des personnes citées ;
- en 1999, pour son financement externe, ce conseil d'administration a signé avec ABN Amro un contrat-cadre portant sur la titrisation des créances hypothécaires de la SA L'Abri ;
- le crédit à court terme de 674.000 BEF (16.708.023 EUR octroyé à la société par ABN Amro en mars 2000 en attendant la mise en œuvre de l'opération de titrisation a été une dernière fois prorogé jusqu'au 2 janvier 2003 ;
- le 24 décembre 2002, le conseil d'administration a toutefois soudainement émis une réserve quant à la signature des contrats relatifs à l'opération de titrisation et a finalement décidé sans motif légitime, le 30 décembre 2002, de ne pas signer ces contrats, le 3 janvier 2003 ;
- le conseil d'administration, en contradiction avec l'intérêt de la société, a aussi désigné, le 30 décembre 2002, le cabinet d'avocats Y. et, au mois de janvier 2003, X.

D'après la société, en ne signant pas lesdits contrats et en accordant lesdits mandats, les administrateurs ont agi fautivement ; ils doivent indemniser le dommage qui en a résulté dans son chef sur la base des articles 527 et 528 du Code des sociétés.

Dans un jugement du 15 juillet 2009, la demande a été déclarée recevable et il a déjà été dit pour droit que la responsabilité interne de Messieurs V.V., O.G. et E.V. était engagée vis-à-vis de la SA L'Abri en raison de manquements dans leur gestion. En ce qui concerne le dommage et le lien de causalité entre les fautes retenues et le dommage, l'affaire a été renvoyée au rôle pour mise en état.

Après la signification de ce jugement, le 22 avril 2013, un appel a été formé par Messieurs V.V., O.G. et E.V. par requête déposée le 22 mai 2013.

Ils sollicitent que la demande originale soit rejetée comme non fondée.

Dans ses conclusions, la SA L'Abri réclame la confirmation du jugement entrepris. Elle réclame que les demandeurs soient condamnés solidairement, *in solidum* ou au moins l'un à défaut de l'autre au paiement :

- d'un euro provisionnel pour le dommage subi par le refus abusif de signer les contrats avec ABN Amro ;
- d'un euro provisionnel pour le dommage subi par la désignation abusive du cabinet d'avocat Y. ;
- de 3.321,45 EUR, à augmenter des intérêts compensatoires à compter du 2 janvier 2003 pour le dommage subi par la désignation abusive de X.

Elle demande qu'en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, il soit statué sur l'évaluation définitive du dommage.

## 2. Discussion

1. Les faits qui sont à la base du litige sont succinctement mais correctement exposés dans le jugement entrepris.

La Cour y renvoie.

Pour une bonne compréhension, il convient encore d'exposer les faits suivants qui ressortent de l'ensemble des pièces qui ont été produites :

- étant donné la nature de ses activités, la SA L'Abri est dépendante du financement externe ;
- un moyen intéressant de se procurer pareil financement est de mettre sur pied une structure de titrisation par laquelle toutes les créances hypothécaires sont cédées à une société spécialement constituée à cet effet (une « warehouse ») qui, dès qu'elle a regroupé suffisamment de créances hypothécaires, place des titres auprès d'investisseurs institutionnels pour en financer le prix d'achat ;
- comme de trop lourdes conditions à une opération de titrisation avaient été imposées par la Vlaamse Huisvestingsmaatschappij qui avait accordé le 24 février 1998 une agrégation provisoire à la SA L'Abri, cette dernière a opté pour une collaboration avec ABN Amro, ce qui a conduit au retrait de son agrégation par la Vlaamse Huisvestingsmaatschappij, le 12 janvier 1999 ;
- en février 1999, les administrateurs de la SA L'Abri ont signé un contrat-cadre avec ABN Amro, intitulé le « Mortgage Backed Securitisation Programme for L'Abri SA » (...), par lequel un mandat exclusif était octroyé à ABN Amro pour préparer et donner forme à la structure de titrisation en collaboration avec la société ;
- en janvier 2000, les administrateurs de la SA L'Abri ont signé avec ABN Amro un « ISDA Master Agreement » (...), s'agissant d'une liste de définitions et d'explications des notions apparaissant dans les contrats swap ;
- en mars 2000, l'administration de la SA L'Abri a signé un « Loan Agreement », dans lequel la société s'était vue octroyer par ABN Amro un crédit à court terme de 674.000.000 BEF (16.708.023 EUR) (...)
- les administrateurs ont signé trois fois une dernière prorogation de ce crédit à court terme, respectivement les 9 février 2001, 6 juin 2002 et 18 novembre 2002 (...), où, dans des termes identiques, la « Final Maturity Date » (traduction : date d'échéance finale) était chaque fois reportée, la dernière fois au 2 janvier 2003 (en réalité, le 1<sup>er</sup> janvier 2003 prorogé jusqu'au plus prochain jour ouvrable) ;
- les parties sont d'accord sur le fait que les négociations avec ABN Amro à propos de la mise en œuvre de l'opération de titrisation ont été menées par Monsieur J.J. qui, sur mandat du

- conseil d'administration, intervenait comme délégué à la gestion journalière de la société.  
Le cabinet d'avocats Z. est intervenu dans le cadre de la vérification des contrats ;
- le vendredi 20 décembre 2002, dans le courant de la soirée, les négociations avec ABN Amro ont été finalisées par J.J. qui a reçu les contrats qui devaient sceller la transaction ;
  - après que l'assemblée générale extraordinaire de la SA L'Abri du 23 décembre 2002 n'a pas pu avoir lieu, les administrateurs ont reçu les contrats de la part de Monsieur J.J. ;
  - le 24 décembre 2002, le conseil d'administration a décidé de négocier avec ABN Amro une prorogation du crédit à court terme pour chercher une alternative à l'opération de titrisation par refinancement par la Vlaamse Huisvestingsmaatschappij et pour que J.J. organise une réunion avec ABN Amro le 30 décembre 2002 ;
  - le 29 décembre 2002, les administrateurs ont reçu par fax, de la part des actionnaires majoritaires I. et V., une mise en demeure de signer les contrats avec ABN Amro, dans laquelle il leur était expliqué pour quelles raisons cette opération était cruciale pour l'intérêt de la société ;
  - le 30 décembre 2002, le conseil d'administration a décidé de donner mission au cabinet d'avocat Y. de fournir une assistance juridique ;
  - au conseil d'administration du 2 janvier 2003, il a été décidé de ne pas signer les contrats avec ABN Amro et de réaliser une étude de marché comparative. X. a en même temps été désigné pour réaliser un audit de la société.

2. Suivant la SA L'Abri, les appelants ont commis les fautes de gestions suivantes, lesquelles engagent leur responsabilité vis-à-vis de la société sur la base des articles 527 et 528 du Code des sociétés :

1. l'absence de signature des contrats avec ABN Amro et l'extrême négligence dont ont fait l'objet les tâches de gestion ;
2. la désignation du cabinet d'avocat Y. ;
3. la désignation de X.

3. L'absence de signature des contrats avec ABN Amro et l'extrême négligence dont ont fait l'objet les tâches de gestion

3.1. Le fait que, le 2 janvier 2003, les appelants ont refusé de signer les contrats avec ABN Amro constitue bel et bien, au vu des circonstances de fait concrètes de la cause, une faute de gestion au sens de l'article 527 du Code des sociétés.

3.1.1. En tant qu'administrateurs de la SA L'Abri, les appelants devaient être au courant de la situation financière de la société.

Ainsi devaient-ils savoir qu'en 1999, la société – représentée soit dit en passant par eux-mêmes – avait pris l'engagement de réaliser le financement externe en vendant ses créances présentes et futures par le biais d'une opération de titrisation pour la mise en œuvre de laquelle elle avait donné mandat à ABN Amro.

De la même façon devaient-ils être au courant du crédit à court terme qui avait été octroyé en mars 2000 dans l'attente de la fin de cette opération, pour pas moins de 674.000.000 BEF (16.7208.023 EUR).

Lors de la troisième prorogation de ce crédit, le 18 novembre 2002, ils devaient être conscients, en tant qu'administrateurs avisés, qu'il s'agissait là d'une ultime prorogation qui ne pourrait plus faire l'objet d'aucune modification. Même si la prorogation du 18 novembre 2002 a été

octroyée dans les mêmes termes que les deux précédentes, leur attention devait être attirée par le très court délai qui leur était cette fois accordé (contrairement aux deux autres fois – à peine 43 jours), ce qui laissait présager la fin prochaine de la procédure relative à la titrisation des créances hypothécaires de la SA L'Abri.

Pour être complet, même s'il était admis qu'avant d'en recevoir notification par l'e-mail de J.J. du 9 décembre 2002, les administrateurs n'étaient pas ou ne devaient pas être conscients du fait que la prorogation du 18 novembre 2002 était irrémédiablement et définitivement la dernière, cette notification qui date du 9 décembre 2002 aurait dû les alerter à un moment où il restait encore trois semaines pour préparer la conclusion de la transaction.

3.1.2. Sachant à quel point l'opération de titrisation était cruciale pour la société et quelles seraient les conséquences si elle n'avait pas lieu au plus tard le 2 janvier 2013 (la SA L'Abri insiste, à juste titre, sur le timing très précis qui devait être respecté), notamment sur le crédit à court terme octroyé par ABN Amro, les administrateurs devaient fournir tous les efforts nécessaires pour que l'opération ait lieu dès le 18 novembre 2002 et en tout cas à partir du 9 décembre 2002.

3.1.3. Dans ces circonstances concrètes, les appelants ne peuvent pas justifier, du point de vue de l'intérêt de la société, le fait que le conseil d'administration a décidé, le 2 janvier 2003, de ne pas signer les contrats.

(1) D'après les administrateurs, les textes n'étaient pas finalisés et les signer serait revenu au même que de signer des chèques en blanc.

L'examen des textes montre que cette allégation est fausse.

Le texte ne devait plus faire l'objet que de légères retouches, lesquelles, de par leur nature, pouvaient encore avoir lieu au moment de la signature du contrat. Il s'agissait d'ajouter des montants concrets dont on savait clairement, sur la base du texte, comment ils devaient être calculés et quelle en serait la somme au jour de la signature.

C'est à tort que les appelants déduisent du fait que Monsieur J.J. avait proposé, en décembre 2002, de nommer un nouvel administrateur qui se serait focalisé sur les « études conceptuelles et les problèmes de financement » (...) que les textes qu'ils ont reçu le 23 décembre 2002 n'en étaient encore qu'au stade de projets et que les négociations ne se trouvaient pas encore, alors, dans leur phase finale. Il est clair que cette proposition avait uniquement pour but de tenter de faire correspondre à la réalité juridique ce qui se passait dans les faits depuis des années, à savoir le suivi en pratique de la mise au point du financement externe de la SA L'Abri par Monsieur J.J.

À quelques petits éléments près, qui pouvaient être seulement ajoutés au moment de la signature et qui ne peuvent donc pas constituer un argument pour refuser la signature, les textes des contrats étaient clairs.

(2) D'après les administrateurs, une incertitude existait sur le point de savoir si la signature des contrats avec ABN Amro devait ou non être précédée d'une modification des statuts de la SA L'Abri.

Cette incertitude existait bel et bien dans le courant du mois de décembre 2002, y compris dans le chef de Monsieur J.J., mais elle s'était complètement dissipée le 30 décembre 2002.

En effet, le conseil d'administration a reçu une lettre des conseils des actionnaires I. et V. datée du 29 décembre 2002, dans laquelle il était clairement indiqué pour quelle raison aucune modification des statuts n'était exigée, ce qui a été formellement confirmé par Monsieur J.J. au conseil d'administration du 30 décembre 2002.

C'est uniquement pour satisfaire à la demande constante de l'un des administrateurs, Monsieur V., qu'en janvier 2003, Monsieur J.J. a malgré tout préparé une deuxième modification des statuts (...), alors qu'il était lui-même convaincu depuis la fin du mois de décembre que cela n'était pas nécessaire pour conclure le contrat avec ABN Amro. Le fait qu'il a exécuté loyalement la mission qui lui avait été donnée ne peut pas maintenant être invoqué pour démontrer son manque de fiabilité et son inconstance.

À tout le moins, les administrateurs auraient-ils pu demander un avis à un conseil sur ce point après le 23 décembre 2002.

L'incertitude temporaire sur ce point n'était, par conséquent, certainement pas de nature à justifier la décision de refuser de signer les contrats.

(3) Les administrateurs reprochent à Monsieur J.J. de les avoir tenus insuffisamment informés, entre 1999 et fin 2002, des modalités concrètes et des détails de la structure de titrisation, ce qui a eu pour conséquence que, dans la courte période entre la réception des contrats, le 23 décembre 2002, et le 3 janvier 2003, ils ont été incapables de cerner en connaissance de cause la portée et les effets de la signature des contrats.

– Cet argument des administrateurs est lié à leur assertion selon laquelle ils avaient, jusqu'au début du mois de décembre 2002, une entière confiance dans la gestion journalière de Monsieur J.J., lequel a cependant trahi cette confiance lorsqu'a été révélé un « agenda caché », de sorte qu'ils ne pouvaient plus avoir confiance en celui qui avait réglé pendant des années la problématique du financement externe de la société.

– La Cour constate que les administrateurs reconnaissent eux-mêmes avoir accordé leur pleine et entière confiance à Monsieur J.J. et qu'ils ne produisent pas la moindre preuve du fait que ce dernier ne les aurait pas ou pas suffisamment informés sur la bonne marche (financière) de la société.

S'il avait manqué à ses obligations à l'égard du conseil d'administration, il devrait en exister au moins une preuve, par exemple sous la forme d'une sommation ou d'une réprimande, ce qui n'est pas le cas.

Il faut partir du principe que Monsieur J.J. n'a commis aucun manquement à son obligation d'information du conseil d'administration, mais que, comme il le soutient, il a été confronté à des administrateurs qui témoignaient de peu d'intérêt à l'égard de l'un des principaux aspects du fonctionnement de la société, en l'occurrence son financement, et ce tant en ce qui concerne le financement à court terme qu'en ce qui concerne l'opération de titrisation.

C'est à juste titre que le premier juge a observé dans ce sens qu'« aucune instruction précise n'avait été donnée [à Monsieur J.J.] ni aucun rapport intermédiaire réclamé sur l'état d'avancement des propositions de financement afin de revoir au besoin sa mission ».

– Ce laxisme de la part des administrateurs et le manque d'intérêt de ces derniers pour la gestion de la société ressortent de divers éléments du dossier qui étayaient les dires de Monsieur J.J. sur ce point.

Une lettre de Monsieur M. au conseil de Monsieur J.J., datée du 25 janvier 2003, montre que les administrateurs ne se souvenaient même pas de la signature des prorogations du crédit à court terme, dans la mesure où ils ont affirmé au départ que cette signature leur avait seulement été demandée en décembre 2002, ce sur quoi ils sont revenus ultérieurement.

Lorsqu'ils indiquent eux-mêmes dans leurs conclusions qu'ils ne jugeaient pas nécessaire de participer aux négociations avec ABN Amro parce qu'ils suivaient aveuglément l'avis de Monsieur J.J., les administrateurs admettent eux-mêmes s'être impliqués d'une manière trop peu active dans l'un des aspects les plus importants de la gestion de la SA L'Abri, à savoir le financement des crédits.

Le fait qu'aucun rapport de conseils d'administration tenus entre 1999 jusqu'à la fin de 2002 n'a été produit renforce l'affirmation de la SA L'Abri selon laquelle les explications de Monsieur J.J. sur la politique qu'il menait se heurtaient à l'indifférence des membres du conseil d'administration. Notamment (...), le rapport de l'assemblée générale du 28 avril 2003 confirme à suffisance que, de 1999 jusqu'au mois de décembre 2002, aucun conseil d'administration n'a été tenu, à l'exception de ceux précédant l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes annuels (...).

Le fait qu'ils aient dit qu'au moment du conseil d'administration du 30 décembre 2002, ils étaient encore ignorants du fait que le passage à une structure « warehouse » était déjà prévu dans les contrats avec ABN Amro de 1999, montre bien le manque d'implication des administrateurs dans la gestion de la SA L'Abri.

Le fait que, début janvier 2003, ils ont jugé nécessaire de confier à X. la mission de procéder à un audit complet de la société, au sens le plus large, se rapportant aux trois dernières années en est une autre illustration. L'assertion selon laquelle cet audit leur aurait été réclamé par la KBC Bank est réfutée par cette dernière dans une lettre du 3 février 2003 (...).

Le fait que les administrateurs font état, lors du conseil d'administration du 2 janvier 2003, d'un besoin de crédit dans le chef de la SA L'Abri de seulement 484.000.000 BEF (11.998.046 EUR), c'est-à-dire le solde du crédit à court terme, témoigne d'un manque de connaissance et de compréhension des besoins financiers à long terme réels de la société.

– Les administrateurs ne peuvent trouver aucune justification à leur laxisme dans le fait qu'ils ont donné la plus entière liberté à Monsieur J.J. et qu'ils lui faisaient totalement confiance. Ils savaient ou devaient savoir ce qui était en jeu pour la société et leur mission, en tant qu'administrateurs normalement prudents de la SA L'Abri, était de suivre et, au besoin, de corriger leur délégué à la gestion journalière. À tout le moins, sachant quel était l'enjeu pour l'avenir de la société, auraient-ils dû le rappeler à l'ordre, ce dont, rappelons-le, nous n'avons pas même un commencement de preuve.

– le fait que lorsqu'ils ont reçu les contrats, le 23 décembre 2002, les administrateurs ont dû partir de zéro dans l'acquisition des connaissances relatives à la structure proposée, ce pour-quoi ils disposaient, selon leurs dires, de trop peu de temps avant le 3 janvier 2003, n'est pas la conséquence du fait que J.J. aurait joué cavalier seul pendant toutes ces années, mais bien du fait qu'en tant qu'administrateurs, ils ont été trop peu actifs dans la gestion de la société et plus particulièrement de son financement.

Dans ces circonstances, qui veulent qu'ils soient eux-mêmes à la base de leur ignorance sur la bonne marche de la société, les administrateurs sont eux-mêmes la cause du fait que, le 23 décembre 2002, ils ne disposaient d'aucune des connaissances préalables requises pour traiter rapidement les projets de contrats avec ABN Amro.

Il ne saurait être question de se cacher maintenant derrière le fait que, dans la période allant du 23 décembre 2002 au 3 décembre 2003, sans l'aide de Monsieur J.J., ils disposaient de trop peu de temps pour voir clairement les choses, puisque c'est la conséquence de leur propre inactivité, longue de plusieurs années.

Si les administrateurs avaient fait preuve de suffisamment de vigilance pour rester au courant du contenu et du déroulement des négociations avec ABN Amro, ils auraient eu assez de temps, entre le 23 décembre 2002 et le 3 janvier 2003, pour relire les contrats élaborés avec ABN Amro (et déjà vérifiés par le cabinet d'avocats Z.). Ceci est d'autant plus vrai qu'ils devaient nécessairement savoir, début décembre, ce qui allait se passer, à savoir qu'à la fin de l'année, les contrats avec ABN Amro si essentiels pour la société allaient devoir être étudiés.

La défense des appelants selon laquelle les contrats sont rédigés en anglais n'est pas sérieuse. En tant qu'administrateurs d'une société de crédit qui est active sur des marchés financiers où l'anglais est la langue officielle, ils ne peuvent pas se cacher derrière un prétendu manque de connaissance de l'anglais. Du reste, cela ne les a pas empêchés de signer les contrats avec ABN Amro de 1999 et 2000, lesquels étaient pourtant eux aussi rédigés en anglais. L'affirmation selon laquelle les contrats de 1999 et de 2000 avaient été traduits en néerlandais est contestée par la SA L'Abri, n'est pas prouvée et est hautement improbable précisément parce que, dans le secteur en question, l'anglais est la langue usuelle.

– Par ailleurs, les appelants ne démontrent pas le moins du monde qu'en décembre 2002, un fait objectif aurait tout à coup justifié une rupture de confiance avec Monsieur J.J.

Ils parlent à ce sujet en des termes qui ne disent pas grand-chose et font mention, sans autre détail, d'un « agenda caché », ce qui reste très vague.

Seuls deux éléments concrets sont expressément invoqués à l'encontre de Monsieur J.J., à savoir une lettre d'A.J. et le fait que J.J. a quitté l'assemblée générale extraordinaire du 23 décembre 2002.

Aucun de ces deux faits ne constitue une justification objective de la rupture de confiance alléguée.

La lettre d'A.J. du 8 janvier 2003 (...) ne contient aucun grief concret et dit seulement : « les événements récents ont suscité mon inquiétude ».

En ce qui concerne le déroulement de l'assemblée générale extraordinaire du 23 décembre 2002, il apparaît que ce n'est pas à cause du départ de J.J. (aussi actionnaire) que la majorité requise pour le vote d'une modification des statuts n'a pas pu être atteinte, mais à cause d'autres actionnaires, en l'occurrence les pouvoirs publics, qui avaient clairement fait savoir dès avant le vote qu'ils ne voteraient pas en faveur de la modification des statuts de la SA L'Abri qui était proposée. Ayant pris acte de ce refus et, donc, de l'impossibilité d'obtenir la majorité requise, Monsieur J.J. et une collaboratrice avaient quitté l'assemblée. Dans leurs conclusions déposées le 4 juin 2014 (...), les appelants reconnaissent que les pouvoirs publics ne voulaient pas voter en faveur de la modification des statuts proposée et que, après l'avoir appris, Monsieur J.J. avait quitté l'assemblée.

– Le fait que les administrateurs de la SA L'Abri ont paniqué à un moment crucial de la vie de la société, ce qui les a poussés à prendre la décision de refus du 2 janvier 2003, n'est objectivement pas justifié et ils ne peuvent en vouloir qu'à eux-mêmes.

Il ne saurait être question d'une situation de crise dans l'entreprise qui serait née d'une rupture de confiance légitime à l'égard de la personne de J.J. et à laquelle les administrateurs seraient étrangers.

La véritable cause de la panique des administrateurs est probablement qu'ils ont été effrayés par la somme de 300.000.000 EUR dont ils n'ont même pas vu qu'il s'agissait d'une ligne de crédit facultative (ce qui, comme dit plus haut, révèle une fois de plus leur manque d'implication dans l'opération de titrisation jusqu'à ce moment).

Les administrateurs qui ont délégué leurs compétences à un délégué à la gestion journalière à une occasion aussi cruciale pour la société et qui ont fait entièrement confiance à ce dernier pendant des années, sans jamais lui réclamer aucune information ni correction, ne peuvent pas, tout à coup, sans qu'aucun fait ne se soit produit qui le justifie ou l'explique, invoquer une prétendue rupture de confiance à l'égard de cet homme pour refuser de signer des contrats aussi importants parce qu'ils ne disposent pas du temps nécessaire pour pouvoir rassembler et acquérir toutes les connaissances et les informations nécessaires sur le contenu desdits contrats. C'est leur propre manque d'implication dans la gestion de la société qui a finalement conduit à ce qu'il ait été si difficile pour eux, après avoir retiré sans fondement leur confiance longue de plusieurs années en Monsieur J.J., de pouvoir procéder à la signature des contrats dans le délai imparti.

À cause de leur ignorance dont ils sont les seuls responsables, les administrateurs de la SA L'Abri ont décidé qu'ils ne pouvaient pas signer les contrats, tout en sachant que n'existait aucun autre moyen réaliste de refinancer les crédits à court terme qui venaient à échéance pour une somme très importante le 2 janvier 2002, ce qui est irresponsable.

– La Cour ajoute encore que les administrateurs savaient, suite à la sommation sans équivoque du 29 décembre 2002, que les actionnaires I. en V. les priaient instamment de signer les contrats avec ABN Amro le 3 janvier 2003.

– Dans les circonstances concrètes de la cause, telles qu'elles sont exposées ci-dessus, le refus intempestif de signer les contrats avec ABN Amro, sans justification valable pour ce faire, constitue clairement, dans le chef des administrateurs de la SA L'Abri, une faute que n'aurait pas commise un administrateur normalement prudent de cette société placé dans les mêmes circonstances.

– Ce qui précède est valable que le mandat des administrateurs soit rémunéré ou non.

3.2. L'article 17 des statuts de la SA L'Abri tel qu'il était d'application pendant la gestion par les appelants (...) stipule que le conseil d'administration se réunit en principe une fois par mois et chaque fois que l'intérêt de la société le requiert, à l'invitation du président ou de deux des administrateurs.

C'est donc en violation de l'article 17 des statuts que, pendant des années, aucun conseil d'administration ne s'est tenu, à l'exception de ceux précédant l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes annuels.

C'est pour de justes motifs que le premier juge a aussi retenu une violation de l'article 528 du Code des sociétés dans le chef des administrateurs.

3.3. Les administrateurs de la SA L'Abri ne peuvent pas se cacher derrière la décharge qui leur a été octroyée jusqu'en 2002. Celle-ci ne porte pas atteinte aux constatations exposées ci-dessus. Du reste, la décharge ne couvre les actes faits en dehors des statuts que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation (art. 554, al. 2, C. soc.), ce qui n'a jamais été le cas.

Les conséquences désastreuses d'une négligence longue de plusieurs années se sont seulement manifestées au moment où les administrateurs ont refusé de signer les contrats, le 3 janvier 2003. À l'assemblée générale du 28 avril 2003 qui a suivi, aucune décharge ne leur a été octroyée.

#### 4. La désignation du cabinet d'avocats Y.

La désignation du cabinet d'avocat par les administrateurs, le 30 décembre 2002, ne constitue pas une faute, mais bien :

- (1) la constatation que, en dépit du texte formel de la mission, le détail des prestations fournies (...) prouve qu'en réalité, la mission donnée ne correspondait pas avec la priorité pour la société à ce moment-là.  
Il est exposé plus haut que, fin décembre 2002 - début janvier 2003, une décision cruciale devait être prise pour l'avenir à court terme de la SA L'Abri.  
Le fait que, dans ces circonstances, il ait été demandé à un cabinet d'avocat de négocier avec ABN Amro à propos de la prorogation du crédit à court terme (sachant que cela été exclu), de contester l'actionnariat de certains associés, de donner un avis à propos de la responsabilité des administrateurs, etc. est irresponsable. L'assistance dont ils avaient besoin avait trait aux contrats avec ABN Amro, mais très peu de temps y a apparemment été consacré. Les conseils se sont consacrés à des tâches qui n'avaient à ce moment-là pour la société qu'un intérêt secondaire et même à des tâches qui font partie des attributions du conseil d'administration (p. ex. la convocation et la préparation de l'assemblée générale du 29 janvier 2003) ;
- (2) le fait qu'il n'y a eu que peu ou pas de contrôle sur l'état des honoraires et des frais des avocats et qu'après à peine neuf jours de travail, une provision sur les frais et les honoraires s'élevant à pas moins de 65.000 EUR arrondis a été versée sans le moindre contrôle et même sur la base d'une procuration délivrée à cet effet. Au départ des conseils, l'état définitif s'élevait, au 30 janvier 2003, à plus de 94.900 EUR.

### 5. La désignation de X.

Il a été demandé à X de réaliser un audit complet de la société sur les trois dernières années et d'évaluer les actions (...).

Cela aussi était une décision erronée, étant donné ce qui, à ce moment-là, était primordial pour la société.

Comme déjà indiqué plus haut, l'audit n'avait pas été réclamé par la KBC Bank et il n'apportait aucune solution à la situation de crise financière dans laquelle la SA L'Abri se trouvait depuis début 2003. La mission consistant à évaluer les actions de la société était elle-aussi, à ce moment-là, une fausse priorité et donc une perte de temps et d'argent.

(...)

### 3. Décision

La Cour statue par arrêt contradictoire.

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

La Cour déclare l'appel non fondé en ce sens que le jugement entrepris est confirmé en ce qu'il dit pour droit que la responsabilité interne de Messieurs V.V., O.G. et E.V. est engagée vis-à-vis de la SA L'Abri en raison de manquements dans leur gestion.

(...)

300. **Le délai de prescription de l'action 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**

N° 1283. – Bruxelles (1<sup>re</sup> ch.), 16 septembre 2014<sup>1</sup>

*Présentation :* Cette décision retient l'attention sous divers aspects : la responsabilité pour faute aquilienne d'un dirigeant d'ASBL à l'égard des tiers, le point de départ du délai de prescription et l'éventuel droit individuel d'action d'un des créanciers préjudiciés par cette faute lorsque l'ASBL est en liquidation. Elle est publiée ci-après au numéro **1305** avec une note de Michel LEMAL intitulée « Liquidateur et préjudice collectif ».

*Sommaire :* La question de savoir si un créancier d'une ASBL en liquidation peut réclamer une indemnisation du dommage individuel qu'il a subi concerne un droit subjectif. L'examen de l'existence et de la portée de ce droit subjectif ne concerne pas la recevabilité, mais le fondement de la demande. Si la prétendue opération fautive consiste en un ensemble indivisible de faits successifs consistant à répéter et maintenir ce comportement sans relâche, le délai de prescription de l'art. 198, § 1<sup>er</sup> C. soc. ne commence pas à courir avant que la faute ne soit accomplie par les derniers faits indivisibles. Un administrateur d'une ASBL est responsable vis-à-vis des tiers lorsqu'il a commis une faute en lien causal avec le dommage de la victime. La faute peut consister en la contravention d'une disposition légale ou en la violation de la norme générale de prudence. Un administrateur doit agir comme un administrateur normal, raisonnable et prudent placé dans les mêmes circonstances externes concrètes. S'il ne ressort pas explicitement de la réglementation applicable qu'une ASBL doit procurer les cotisations perçues à une agence autonomisée interne dotée de la personnalité juridique et ne peut les utiliser elle-même pour couvrir ses frais de fonctionnement, les administrateurs de l'ASBL n'ont pas agi avec imprudence en se basant sur l'idée contraire. Le remboursement d'un prêt et la résiliation de la possibilité d'utiliser une ligne de crédit doivent être envisagés dans le cadre de cette attente raisonnable en rapport avec la possibilité de conserver l'intégralité des cotisations. Lorsque le liquidateur agit au nom de la masse, il exerce les droits communs des créanciers. Il s'agit des droits qui résultent du dommage causé à la masse par suite de la faute d'une personne quelconque, qui augmente le passif de la personne morale dissoute, réduit l'actif ou faisant que l'actif qui devait être à la disposition des créanciers n'est pas effectivement disponible dans la masse. La dissolution de la personne morale, qui est débitrice, n'empêche pas qu'un créancier demande une indemnisation par un tiers par la faute duquel un dommage est né qui le concerne lui seul. Si un créancier demande par contre que l'actif qui aurait dû être à la disposition des créanciers soit complété ou, autrement dit, que le passif de la masse soit apuré, il demande l'indemnisation d'un dommage collectif et sa demande doit être rejetée. Si un créancier reproche

1283.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.* 2015, liv. 4, p. 378 et note SDD.

aux administrateurs de la personne morale, qui est débitrice, d'avoir exercé une activité déficitaire, il invoque un dommage collectif. L'invocation que les fonds ont tout au plus été maintenus pour le compte du créancier, sans qu'aucun fondement légal n'existe, ne crée pas un motif de voir les fonds comme un dommage que le créancier a lui seul subi.

*Parties :* J.B., D.V.B., G.H. et autres / Vlaams Zorgfonds

*Cette décision est publiée ci-après n° 1305 avec une note de Michel LEMAL intitulée « Liquidateur et préjudice collectif ».*

300. **Le délai de prescription de l'action 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**  
 440. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**  
 475. **L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.**  
 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° 1284. – Liège (14<sup>e</sup> ch.), 7 mai 2015<sup>1</sup>

*Présentation :* L'article 198, alinéa 4 du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants<sup>2</sup> se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol<sup>3-4</sup>. Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs/gérants, quel que soit son fondement juridique<sup>5</sup>. Si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle implique que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action publique.

La question du point de départ du délai quinquennal est ici examinée par la Cour, confrontée à des faits fautifs successifs et indivisibles et au maintien d'une situation fautive.

On se retrouve en 2015 à envisager des comportements fautifs (essentiellement des omissions) datant des années 1989 à 1997 pour deux des administrateurs, des années 1994 à 2002 pour les deux autres.

La Cour n'applique dès lors pas le régime spécial de responsabilité introduit par la loi-programme du 20 juillet 2006<sup>6</sup> en matière de T.V.A., prévoyant une présomption réfragable de faute en cas de non-paiement répété par la société de sa dette T.V.A., présomption qui « tombe » lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire (art. 93undecies C, §§ 2 et 3 du Code de la T.V.A.).

- 1284.- 1. Cette décision a été publiée dans *Ius et Actores*, n°3/2015, p. 181.  
 2. Ainsi que contre les membres du conseil de direction et les membres du conseil de surveillance d'une société européenne, depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne (voir l'article 15).  
 3. Sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer selon que les défendeurs ont ou non pris part au dol (Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, 1, p. 143).  
 4. Il a été jugé que « *Le bref délai de prescription de cinq ans pour les actions en responsabilité à l'encontre des administrateurs (article 198 du Code des sociétés) qui déroge au droit commun ne constitue aucune violation du principe constitutionnel d'égalité. La ratio legis de ce bref délai est de ne pas laisser trop longtemps les administrateurs dans l'incertitude quant à leur responsabilité, dans l'intérêt du commerce.* » (Gand (7<sup>ème</sup> ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.* 2005, liv. 7, 480 et *J.D.S.C.*, 2007, n° 785, p. 107). Plus récemment, la Cour constitutionnelle a été interrogée sur la question de la compatibilité de l'article 198, § 1<sup>er</sup>, quatrième tiret du Code des sociétés avec les articles 10 et 11 de la Constitution et a souligné, dans un arrêt n°47/2007 du 21 mars 2007 (*J.D.S.C.*, 2007, n° 778, p. 69 et note M.A. DELVAUX intitulée « Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs »), qu'il existe une justification objective et raisonnable dans la différence de traitement des victimes que cette disposition instaure, selon que la faute génératrice du dommage qu'elles subissent constitue ou non une faute commise dans le cadre de la gestion d'une société, confirmant la parfaite conformité au principe d'égalité et de non-discrimination.  
 5. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1<sup>ère</sup> éd., 1954, n° 636, p. 405.  
 6. Loi-programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2<sup>ème</sup> édition, p. 36921, articles 14, 15 et 16.

La Cour constate que « depuis 1994, la société s'est abstenue de remplir correctement l'ensemble de ses obligations en matière de TVA », de sorte qu'elle reconnaît la faute quasi-délictuelle de ses dirigeants.

Mais au(x)quel(s) des quatre dirigeants imputer cette faute ? L'un, expert comptable qui a été désigné administrateur délégué (rémunéré) et président du conseil d'administration, est reconnu comme ayant concentré tous les pouvoirs au sein de la société dont il assurait seul la bonne marche, et dès lors responsable du dommage subi par l'État belge. Mais les trois autres ne sont pas exempts de faute pour autant, puisqu'ils sont demeurés passifs à l'égard de l'unique administrateur actif ; cependant, en l'espèce la Cour exclut le lien causal entre leur passivité fautive et le non-paiement de la TVA au Trésor (et ce malgré la présomption légale instaurée par les articles 92, §1, alinéa 3, 98, alinéa 3 et 633 du Code des sociétés).

*Sommaire :*

Lorsque l'action en responsabilité contre les administrateurs est fondée sur une série indivisible de faits, le délai de prescription ne prend cours que lorsque la faute s'est trouvée consommée par le dernier fait de cette série indivisible.

Le non-paiement systématique de la TVA comme mode de financement de la poursuite des activités procède de fautes successives qui constituent un tout indivisible, le délai de prescription prenant cours seulement à dater de la dernière opération.

Toutes les obligations légales de la société ne constituent pas une obligation légale dans le chef des administrateurs ou du gérant en son nom propre. Des organes, des préposés et des agents d'exécution ne peuvent être déclarés personnellement responsables que si la faute mise à leur charge comporte la violation non d'une obligation contractuelle, mais de la norme générale de prudence. Il s'agit avant tout d'apprécier « la conduite qu'aurait eue un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait ».

Le fait de tolérer pendant plusieurs années le non-paiement systématique des dettes fiscales constitue un comportement fautif dans le chef de l'administrateur ou du gérant de la société redevable des impôts.

Confronté à une baisse progressive des activités, d'ailleurs déficitaires, le fait de privilégier la rémunération du dirigeant de la société au détriment de l'État belge, en disposant de la TVA collectée plutôt qu'en la reversant à qui de droit, constitue une faute quasi-délictuelle dans le chef du dirigeant d'entreprise.

*Parties :*

État belge / SPRL COGEFI

## LA PRESCRIPTION

En vertu de l'article 198, alinéa 4, du Code des sociétés, toute action en responsabilité, contre les administrateurs et gérants se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol.

Cette disposition est d'application quel que soit le fondement juridique de l'action (voy. en matière quasi-délictuelle: Cass., 27 mai 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 1011; *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 291) et qu'il s'agisse d'un fait positif ou d'une abstention fautive.

L'État belge fonde son action sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, 53, § 1er, du Code de la TVA, 92, 98 et 633 du Code des sociétés.

Il reproche aux consorts G. et L.:

- de s'être abstenus à partir du 3e trimestre de l'année 1994 de reverser au Trésor tout ou partie de la TVA due par la SA Cogefi dont ils ont été les administrateurs, pour Pol G. et son épouse Micheline L., depuis sa constitution le 8 octobre 1976 jusqu'à sa faillite prononcée par le tribunal de commerce de Namur le 29 janvier 2002 et pour Thierry et Evelyne G., du 17 janvier 1989 jusqu'à leur démission actée par l'assemblée générale de la société le 27 juin 1997 (publication au *Moniteur belge* le 12 décembre 1997) ;
- de ne pas avoir tenu ni déposé les comptes annuels de la société dans les délais de rigueur (art. 92 et 98 C. soc.) ;
- d'avoir poursuivi une activité déficitaire sans avoir convoqué une assemblée générale extraordinaire dans le délai de l'article 633 du Code des sociétés.

Quel est le point de départ de la prescription quinquennale, sachant que celle-ci a été interrompue au jour de la citation en justice des appelants le 8 novembre 2001 ?

À la différence de l'article 2262bis du Code civil, le délai de cinq ans prend cours à la date des faits, et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables.

«La méconnaissance d'obligations fiscales et camptables constitue une omission, dont la prescription commence à courir le jour qui suit le dernier jour durant laquelle l'action omise aurait pu être posée à temps» (Anvers, 6 mars 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 387).

La même règle vaut également en ce qui concerne l'obligation qu'ont les dirigeants de réunir une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif (art. 633 C. soc.).

« On pourrait considérer que le défaut de convocation est une faute qui se répète à chaque instant (faute continue), et non une faute instantanée se réalisant en un instant précis, à savoir au terme du délai de deux mois. Selon cette interprétation, à chaque instant le dirigeant serait fautif de ne pas réunir l'assemblée. Un argument de taille vient toutefois contrer cette interprétation: pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à campter desquels une obligation de réunir une assemblée s'impose si cette obligation était continue, une assemblée générale devant être réunie chaque fois que le seuil est atteint et constaté, et donc dans certaines hypothèses très régulièrement? Songeons simplement à la situation de la société qui, malgré des mesures de redressement, n'améliore pas sa situation financière. La doctrine considère, à juste titre selon nous, que l'obligation de convoquer l'assemblée générale n'existe qu'une seule fois dans chacune des hypothèses envisagées par la loi, à savoir une fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du

capital social, puis une seconde fois si nécessaire quand cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social. La faute se concrétise non pas le jour où la perte est constatée, mais bien le dernier jour utile pour convoquer une assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites» (M.-A. DELVAUX, « La responsabilité des fondateurs, associés, administrateurs et gérants », *G.U.J.E.*, 2006, p. 17).

Il en est de même en ce qui concerne la tenue des comptes annuels, la convocation de l'assemblée générale chargée de les approuver (Bruxelles, 21 novembre 2002, citant M.-A. DELVAUX, « Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs », *J.D.S.C.*, 2007, pp. 74-77) et l'obligation de les déposer.

Lorsque le dommage résulte d'un ensemble de faits fautifs successifs et indivisibles, ou du maintien d'une situation fautive, le délai ne prend cours qu'au jour de l'accomplissement du dernier fait indivisible ou au jour de la cessation de la situation illégalement maintenue.

Ainsi, la Cour constitutionnelle a rappelé dans un arrêt du 21 mars 2007 (C. const., 21 mars 2007, arrêt n° 2007/47, *R.D.C.*, 2007, p. 733) que: «lorsque l'action en responsabilité contre les administrateurs est fondée sur une série indivisible de faits, le délai de prescription ne prend cours que lorsque la faute s'est trouvée consommée par le dernier fait de cette série indivisible (Cass., 14 février 1935, *Pas.*, p. 159)».

Il importe donc d'établir que des faits fautifs successifs - qui en principe causent chacun un dommage distinct et justifient autant d'actions en responsabilité que de dommages et donc une prescription quinquennale propre à chaque fait (J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de sociétés », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2014, livre 24, n° 178, p. 72) - forment exceptionnellement un tout indivisible parce qu'ils procèdent d'une même intention, d'un seul et unique comportement fautif qui ne se trouve consommé que par le dernier fait de cette série indivisible.

Le simple constat que des faits successifs sont de même nature et ont concouru à la réalisation d'un même dommage ne suffit pas pour leur conférer un caractère indivisible (Bruxelles, 21 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 853).

Ainsi qu'il sera précisé ci-dessous, s'il est fautif de ne pas avoir établi, ni fait approuver, ni déposé les comptes annuels dans les délais (art. 92, § 1<sup>er</sup> et 98 C. soc.) et d'avoir poursuivi une activité déficitaire sans avoir respecté; le prescrit de l'article 633 du Code des sociétés, il n'en demeure pas moins que les seuls faits qui sont à l'origine du dommage dont l'État belge possède réparation et qui constituent le point de départ immédiat et automatique de la prescription sont le non-paiement de la TVA (art. 53, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, C. TVA).

La cour d'appel de Bruxelles a considéré que, s'agissant du non-paiement systématique de plusieurs impôts, les fautes constituent un tout indivisible et le délai de prescription prend cours seulement à dater de la dernière opération (Bruxelles, 13 décembre 2008, *F.J.F.*, 2008/5).

La cour d'appel de Liège a jugé que le «défaut de paiement systématique de la TVA comme mode de financement de la poursuite des activités (...) permettrait de considérer que le dommage dont l'intimé poursuit la réparation résulte d'un ensemble de faits fautifs successifs et indivisibles» (Liège (14<sup>e</sup> ch.), 24 novembre 2011, n° F-20111124-9 (2010/RG/1719), [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

La cour d'appel de Gand a considéré que «l'absence de déclaration et de versement de la TVA de 1997 à 2003 a toujours été le fait des mêmes administrateurs et constitue un tout de faits continus. La prescription n'a dès lors pu commencer à courir qu'à compter du dernier fait, c'est-à-dire en 2003» (Gand, 23 mai 2011, *Rev. prat. soc.*, 2013, liv. 1, p. 72).

Qu'en est-il en l'espèce?

La SA Cogefi a manqué à toutes ses obligations en matière de TVA à partir du 3<sup>e</sup> trimestre 1994. Sa dette vis-à-vis de la TVA n'a pas cessé de croître au cours de ces années, tant en principal, qu'en intérêts et amendes diverses.

En effet:

- de nombreuses déclarations périodiques trimestrielles n'ont pas été déposées;
- quand elles le furent, ce fut avec plusieurs mois, voire une année de retard (ainsi la déclaration pour le 4<sup>e</sup> trimestre 1994 n'a été déposée que le 4 janvier 1996);
- les listings clients ont été systématiquement transmis avec plusieurs mois de retard, quand ils l'ont été;
- la TVA n'a pas été versée;
- les amendes proportionnelles et les intérêts de retard dus en raison du non-paiement des taxes n'ont pas été acquittés;
- les amendes pour non-dépôt des déclarations périodiques et des listings clients n'ont pas été honorées.

L'État belge a décerné pas moins de treize contraintes, sans la moindre réaction positive de la société.

En janvier 1998, alors que la créance de l'État belge envers la société s'élevait déjà à plus de 3.000.000 francs belges, son administrateur délégué a négocié un plan d'apurement prévoyant des versements mensuels de 200.000 francs belges (pièce 19 ÉB).

Ce plan n'a jamais été mis en œuvre (pièce 20 ÉB). Et pour cause, puisque le 27 juillet 1999, Pol G. a écrit à Me Massard, huissier de justice agissant pour l'État belge, que «la société n'a plus aucune activité depuis le 31 août 1997, le siège de la société n'est plus qu'une boîte aux lettres, les locaux qu'elle occupait ont été loués à partir du 1 juillet 1997 (...), tous les biens: matériel, mobilier de bureau, voiture ainsi que les divers aménagement ont été vendus le 27 juin 1997 (...)» (pièce 21 ÉB).

Il a donc sciemment trompé l'État belge puisque le plan d'apurement était d'emblée inexécutable.

Seuls les mandats de l'administrateur délégué et du président du conseil d'administration étaient rémunérés par la société et exercés tous les deux par Pol G.

Selon le seul bilan produit par les parties, des rémunérations ont été versées par la société pour l'exercice social 1996. Au jour de la faillite, celle-ci n'avait pas de personnes employées (pièce 26 ÉB).

Il ressort en outre du procès-verbal de vérification des créances que Cogefi n'avait aucun autre créancier que l'État belge «Premier bureau de recettes de TVA de Namur».

La TVA due par Cogefi n'est rien d'autre que celle qu'elle a facturée à ses clients et dont elle doit assurer la collecte pour compte de l'État belge. Il n'est pas soutenu par les appelants que la société aurait été confrontée à des impayés importants de la part de ses clients qui l'auraient obligée à acquitter des taxes non récupérées auprès de ceux-ci.

Cogefi n'a donc survécu, tout en assurant la rémunération de son dirigeant, qu'en s'abstenant systématiquement à partir de 1994 jusqu'à la fin de ses activités d'assujettie en 1999 de remplir ses obligations en matière de TVA (art. 53, § 1<sup>er</sup>, C. TVA).

Ces faits constituent un tout indivisible parce qu'ils procèdent d'une même intention, d'un seul et unique comportement fautif qui ne se trouve consommé que par le dernier fait de cette série indivisible, soit en l'espèce, le non-paiement de la TVA relative à la période du 30 novembre 1999 au 28 février 2000 constaté par la contrainte décernée par le directeur régional de l'administration de la TVA, de l'enregistrement et des domaines à Namur le 10 juillet 2000, la TVA réclamée étant exigible à partir du 21 mars 2000 (art. 53, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, C. TVA).

L'action de l'État belge n'est donc pas prescrite.

### LA FAUTE OU DIRIGEANT OU LA FAUTE DE LA SOCIÉTÉ?

En vertu de l'article 61 du Code des sociétés, «[l]es sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent Code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société».

Des organes, des préposés et des agents d'exécution ne peuvent être déclarés personnellement responsables sur le plan extracontractuel que si la faute mise à leur charge comporte une violation non d'une obligation contractuelle, mais de la norme générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, p. 1354, avec les concl. de M. J.-Fr. LECLERCQ, proc. gén., alors prem. av. gén.; *Rev. prat. soc.*, 2005, n° 6940, p. 183, note Y. DE CORDT; Cass., 7 novembre 1997, RG C.96.0272.F, *Pas.*, p. 1146; T.R.V., 1998, p. 284, note I. CLAEYS).

Il a été jugé qu'«est qualifiée d'acte illicite au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil toute violation d'une norme légale ou réglementaire imposant ou interdisant un comportement déterminé».

En outre, toute infraction à la norme de diligence constitue aussi un acte illicite. La norme de diligence est violée lorsque l'on ne se comporte pas comme une personne normalement prévoyante et diligente se trouvant dans des circonstances identiques.

Toutes les obligations légales de la société ne constituent pas une obligation légale dans le chef des administrateurs ou du gérant en son nom propre. L'obligation du versement au fisc du précompte professionnel incombe plus particulièrement uniquement à la société dotée de la personnalité juridique et pas à ses administrateurs ou gérant personnellement. Si l'administrateur ou le gérant n'est pas tenu à un comportement déterminé en vertu d'une disposition légale ou réglementaire, sa responsabilité doit être appréciée en fonction de la norme générale de diligence. L'administrateur ou le gérant n'est, dès lors, «responsable du dommage résultant d'un acte illicite subi par le fisc en raison de l'impossibilité de percevoir le précompte professionnel que si la décision de ne pas verser ce précompte constitue une infraction à la norme générale

de diligence, au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute commise par l'administrateur ou le gérant et qui concerne le défaut de versement du précompte professionnel dans le cadre de la poursuite de l'activité génératrice de pertes peut être la cause du dommage subi par le fisc qui consiste dans le précompte professionnel qui ne peut être perçu auprès de la société» (Cass., 21 septembre 2012, *Rev. prat. soc.*, 2013, p. 63).

Il avait déjà été jugé que le fait de tolérer pendant plusieurs années le non-paiement systématique des dettes fiscales constitue un comportement fautif dans le chef de l'administrateur de la société redevable des impôts (Bruxelles, 13 septembre 2006, *T.F.R.*, 2007, liv. 321, pp. 378-384, note S. DE GEYTER; Civ. Anvers, 21 juin 2005, *R.W.*, 2006-2007, pp. 1286-1287).

Il importe de rappeler qu'il s'agit avant tout d'apprécier «la conduite qu'aurait eue un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait» (Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes- Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 327).

En effet, il ne peut être soutenu qu'a priori l'administrateur d'une société commet systématiquement une faute aquilienne dont il doit personnellement répondre en ne payant pas les impôts dont sa mandante est redevable.

Qu'en est-il en l'espèce?

Comme déjà rappelé ci-dessus, Cogefi assure la perception de la TVA qu'elle facture à ses clients et est redevable de celle-ci vis-à-vis de l'État belge. Ainsi qu'il a déjà été relevé, il n'est pas allégué que la société aurait connu des impayés importants qui l'auraient obligée à débours sur fonds propres la TVA facturée mais non acquittée par ses débiteurs.

Il n'apparaît pas non plus des pièces produites par les parties que les dirigeants de Cogefi auraient dû momentanément suspendre le paiement de la TVA encaissée pour compte de l'État belge en vue de faire face à des dépenses inopinées mais indispensables afin d'assurer la pérennité de l'entreprise.

Le mal est plus profond puisque depuis 1994, la société s'est abstenue de remplir correctement l'ensemble de ses obligations en matière de TVA.

Il semble que confronté à une baisse progressive des activités, d'ailleurs déficitaires, l'on ait voulu privilégier la rémunération du dirigeant de la société au détriment de l'État belge, en disposant de la TVA collectée plutôt qu'en la reversant à qui de droit.

Par conséquent, l'absence de paiement de la TVA constitue en l'espèce, une faute quasi-délictuelle.

À qui cette faute peut-elle être imputée?

La SPRL Cogefi (anciennement Cofiges) a été constituée selon acte notarié du 8 octobre 1976. Elle a pour objet principal l'exécution de tous travaux comptables et de fiscalité.

Pol G., expert-comptable, a été nommé «administrateur gérant la société pour la durée de la société» et «ne peut être révoqué que pour motifs graves». Il «peut accomplir tous les actes

nécessaires ou utiles l'accomplissement de l'objet social sauf ceux que la loi réserve expressément à l'assemblée générale». Son épouse, Micheline L., infirmière, a été désignée en qualité d'«administrateur gérant suppléant de l'administrateur gérant statutaire». Elle est censée lui succéder «au cas où il y aurait lieu de pourvoir pour quelque cause que ce soit, au remplacement de M. Pol G.». Pol G. et son épouse possèdent chacun 124 parts. Roland Legros, administrateur de sociétés, qui détient deux parts démissionnera ultérieurement.

Le 17 janvier 1989, la SPRL Cogefi a été transformée en SA. À cette occasion, le capital social a été augmenté et deux nouveaux associés ont été admis au sein de la société, Thierry G., photographe, et Evelyne G., institutrice, les enfants de Pol G. et de son épouse.

À l'issue de ces opérations, Pol G. détient dorénavant 1.188 actions, son épouse, 58 et leurs enfants chacun deux.

Les quatre sont administrateurs. Mais Pol G. a été également nommé administrateur délégué et président du conseil d'administration. Seul le mandat d'administrateur délégué est rémunéré par la société. Il ne sera pas dérogé à cette règle lors du renouvellement des mandats pour six ans le 24 novembre 1995.

Pol G., seul à exercer l'expertise comptable, assure donc la gestion journalière de la société et préside le conseil d'administration entouré de sa femme et de ses deux enfants qui ont démissionné de leur mandat d'administrateur avec effet immédiat le 27 juin 1997 et n'ont pas été remplacés.

Pol G. a concentré tous les pouvoirs au sein de Cogefi dont il assurait seul la bonne marche des activités, puisque son épouse était infirmière, son fils photographe et sa fille institutrice.

Est-ce suffisant pour considérer que ces trois autres administrateurs n'ont pas agi fautivement?

Assurément, non. Leur passivité à l'égard de Pol G. ne correspond pas au comportement que des administrateurs normalement prudents et diligents auraient dû adopter dans les mêmes circonstances.

Cependant, leur faute n'a pas concouru à la réalisation du dommage tel qu'il s'est réalisé et dont l'État belge demande la réparation.

Pol G. qui détenait 1188 parts sur 1250 avait la mainmise sur la société et était en mesure de faire barrage aux initiatives des autres administrateurs et notamment «détenant la majorité des parts de la société, l'assemblée générale aurait voté pour la continuité des activités» (dernières conclusions d'appel de Patriek Buysse, page 8, paragraphe 2). La démission de ses deux enfants en juin 1997 est symptomatique de cet état de fait.

Il est rappelé qu'en janvier 1998, Pol G. négociait encore un plan d'apurement avec l'État belge à hauteur de versements mensuels de 200.000 BEF, alors que, selon ses propres dires, la société avait cessé toute activité depuis le 31 août 1997.

La responsabilité solidaire de Micheline L. et de Thierry et Evelyne G. ne peut être recherchée sur pied de l'article 528 du Code des sociétés qui dispose que «[l]es administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent Code ou des statuts sociaux».

Certes, ils ont violé plusieurs dispositions dudit Code:

- en s'abstenant d'établir, de faire approuver par l'assemblée générale et de déposer à la Banque nationale de Belgique les comptes annuels de la société (art. 92, § 1<sup>er</sup>, et 98 C. soc.);
- et en ne recourant pas à la procédure prévue par l'article 633 du Code des sociétés. Ces dispositions instaurent une présomption selon laquelle, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de ces manquements.

Mais cette présomption est renversée dès lors qu'il n'existe aucun lien de causalité entre ces fautes et le dommage dont l'État belge revendique l'indemnisation. Le non-respect de ces formalités n'a eu en effet aucune incidence sur le non-paiement de la TVA par Cogefi (*cfr* Anvers, 18 mai 2006, *J.D.S.C.*, 2007, p. 78 et note M.-A. DELVAUX). La TVA était due selon les données figurant dans les déclarations périodiques rentrées (en retard) par la société et non en vertu des comptes annuels. La majorité des sommes réclamées par l'État belge est antérieure au défaut de convocation d'une assemblée générale pour décider de la poursuite des activités de la société.

Enfin, les éventuels problèmes de santé de Pol G. et de Micheline L. allégués par leur administrateur provisoire ne sont nullement étayés. À les supposer réels, il convient d'en relativiser les effets dès lors qu'ils remonteraient à l'année 1997, alors que le non-paiement de la TVA a débuté en 1994.

## LE DOMMAGE

La demande de l'État belge est fondée sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Dès lors que Pol G. devait conserver la TVA reçue des clients de la société pour ensuite la reverser à l'État belge, le dommage subi ne peut être appréhendé comme la perte d'une chance.

Seion le décompte figurant en page 3 de ses dernières conclusions d'appel, l'État belge a imputé une somme de 43.109,61 EUR sur la TVA, les amendes et les intérêts dus.

Les appelants ne démontrent pas qu'il n'aurait pas tenu compte du dividende perçu dans le cadre de la faillite de Cogefi, soit 22.627,19 EUR.

L'État belge limite sa demande au solde dû à titre de TVA, soit 46.204,29 EUR, à majorer des intérêts de retard au taux de 0,8% par mois calculés conformément à l'article 91, § 1<sup>er</sup>, du Code de la TVA.

Cette demande est fondée.

(...)

327. **La juridiction matériellement compétente pour connaître des actions en responsabilité contre les dirigeants**  
 330. **La décision d'introduire une action sociale**

N° 1285. – *Comm. Gand, div. Termonde, 9 mars 2015*<sup>1</sup>

*Présentation :* En vertu de l'article 574, 1° du Code judiciaire tel qu'il est formulé depuis la loi du 7 mai 1999<sup>2</sup>, le tribunal de commerce est *matériellement* compétent pour connaître notamment des contestations pour raison d'une société régie par le Code des sociétés entre ces sociétés et leurs administrateurs ou gérants. Tout type de contestation est ainsi visé, quel que soit son objet et quelle que soit l'identité du demandeur<sup>3</sup>.

Hors l'hypothèse de l'action minoritaire<sup>4</sup>, c'est l'assemblée générale d'une société qui décide d'introduire une action en responsabilité contre ses dirigeants<sup>5</sup> ; compétente pour accorder la décharge, elle est en effet également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale. La décision expresse de l'assemblée générale doit intervenir *avant* l'introduction de la demande en justice<sup>6-7</sup> et est exigée *même dans les sociétés familiales*<sup>8</sup>. Il s'agit d'une question de *recevabilité*, et plus précisément de pouvoir d'introduire une procédure judiciaire au nom de la société<sup>9</sup>. Les articles 289 (SPRL), 415 (SCRL) et 561 (SA) précisent en effet que la demande ne peut être introduite qu'*après* la décision de l'assemblée générale ; en l'absence d'une telle décision, la société (via ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la *qualité* nécessaire au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire l'action sociale<sup>10</sup>. Cette qualité doit être appréciée *au jour de l'introduction de l'action en justice*, mais la ratification

1285.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.* 2015-16, liv. 17, p. 663 et *T.R.V.* 2015, liv. 6, p. 573.

2. Voir nos développements dans « La loi du 7 mai 1999 et la compétence des juridictions consulaires pour connaître des actions liées au droit des sociétés commerciales visées par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales », *Revue de droit commercial*, 2000, pp. 212 à 226.
3. Contrairement au régime en vigueur avant 1999 qui ne comprenait pas les litiges entre sociétés et dirigeants ni les litiges entre tiers et dirigeants, qui relevaient de la compétence ordinaire du tribunal de première instance sur pied de l'article 568 du Code judiciaire.
4. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés.
5. Voir Cass., 1<sup>ère</sup> ch., 25 septembre 2003, *DAOR*, 2003, liv. 67, p. 44 et note, *T.R.V.*, 2004, liv. 1, p. 35 et note J. VANANROYE, *J.D.S.C.*, 2005, n°660, p. 153 et obs. C. BERTSCH ; S. GILCART, « Action sociale contre un administrateur de société anonyme : décision préalable de l'assemblée générale », *R.D.C.*, 2005, p. 385.
6. Voir notamment *Comm. Hasselt* (1<sup>ère</sup> ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n°314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et *T.R.V.*, 2000, p. 184.
7. A moins que ce ne soit le curateur de faillite qui introduise l'*actio mandati* : dans ce cas, aucune délibération préalable d'une assemblée générale n'est bien sûr requise.
8. *Comm. Hasselt*, 3<sup>ème</sup> ch., 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note de B. VAN BRUYSTEGEM qui suit cette décision, intitulée « Over de bekrachtiging van een *actio mandati* », pp. 188 et s.
9. Anvers, 1<sup>er</sup> mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *D.A.O.R.*, 2000, n°54, p. 126 ; Anvers, 5<sup>ème</sup> ch., 12 octobre 2006, *Limb. Rechtsl.* 2007, liv. 1, p. 27 et note, *R.W.* 2007-08, liv. 17, p. 708, *R.D.C.* 2007, liv. 2, p. 187, *T.R.V.* 2007, liv. 1, p. 54 et note R. TAS, *J.D.S.C.*, 2008, n°849, p. 187 et note M.A. DELVAUX intitulée « La décision d'introduire une action sociale ».
10. *Contra* : Gand, 7<sup>ème</sup> ch. bis, 6 mars 2006, *DAOR*, 2008/88, p. 333, *J.D.S.C.*, 2009, n°894, p. 141 et obs. M.-C. ERNOTTE ; la Cour considère que « La question de savoir si l'action d'une société est ou non recevable quand elle a été introduite sans décision préalable s'y rapportant, est une question qui relève du droit des sociétés et non du droit judiciaire. C'est, par conséquent, à tort que l'appelant invoque un défaut de qualité (cf. art. 17 C. jud.) dans le cas où la décision préalable n'a été prise par l'assemblée générale ».

ultérieure de la demande par l'assemblée ou le curateur peut intervenir *a posteriori*<sup>11</sup>.

En l'espèce, la particularité réside dans le fait que c'est le *cessionnaire* des actions qui introduit une réclamation à l'encontre d'un ancien administrateur au motif des fautes et des négligences que ce dernier aurait commises lorsqu'il gérait la société. La Cour commence par analyser cette action et la qualifier d'action sociale avant de rappeler que pareille action n'est recevable qu'après une décision de l'assemblée générale, absente en l'espèce, une simple réserve formulée relativement aux « suites des irrégularités constatées », avec la faculté de prendre toutes mesures judiciaires utiles afin de protéger les droits de la société, ne s'identifiant pas à une décision de l'assemblée d'introduire l'actio mandati.

**Sommaire :**

La nécessité d'une décision en principe préalable pour une action sociale (recevable) est inhérente à la créance en soi. La décision d'intenter une action sociale est exclusivement réservée à la société même. Si cette décision n'a pas été prise, le reprenneur de cette action ne pourra l'intenter de manière recevable. Ne s'identifie pas à la décision d'introduire une actio mandati la réserve expressément formulée par l'assemblée générale en ce qui concerne toutes les suites des irrégularités constatées dans la gestion par les dirigeants et en ce qui concerne la faculté de prendre les mesures (éventuellement judiciaires) utiles afin de protéger les droits de la société ; une réserve n'est pas une décision.

**Parties :**

G.L. / N.L.

(...)

**Antécédents**

(...)

B. La SA N.C. a été constituée 26 mai 1986.

À la première assemblée générale, G.L., L.P. et un certain F.C. ont été nommés administrateurs.

À l'assemblée générale extraordinaire du 28 mars 1998, l'administrateur dernier nommé a été remplacé par T.L. et N.L. qui sont les fils de G.L. et L.P.

Le 18 janvier 2000, T.L. a été révoqué et a obtenu décharge de son mandat.

11. Voir Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 18 septembre 2014, *J.T.*, 2014, p. 662 et *J.D.S.C.*, 2015, n°1229, p. 183 et note M.A. DELVAUX intitulée « Action sociale contre les dirigeants introduite sans décision préalable de l'assemblée générale : ça passe ou ça casse ? » ; voir également A. DECROËS, « L'action en justice des personnes morales : de la décision d'agir à la comparution », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 294 et s.

Par lettre recommandée du 11 octobre 2006, N.L. a démissionné de son mandat d'administrateur, démission qui a pris effet à la fin du mois d'octobre 2006.

Au moment où le mandat de N.L. a pris fin, à l'initiative de G.L., il a été procédé à une enquête sur l'administration menée au sein de la société. D'après G.L., sont apparues diverses irrégularités, ainsi qu'un enrichissement personnel au détriment de la société.

Dans le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA N.C. du 5 décembre 2006 (...) sont notamment reprochés à N.L. :

- l'achat de biens personnels au nom de la société et le paiement de ceux-ci par la société ;
- la disparition de biens sociaux, la vente de produits sans encaissement ;
- le refus de remise de biens sociaux ;
- l'acquisition unilatérale d'actifs importants.

L'assemblée générale a formulé une réserve à ce sujet et s'est plus particulièrement réservé la faculté de prendre des mesures afin de protéger les intérêts de la société et récupérer lesdits biens.

Lors de l'assemblée, N.L. a émis une réserve et demandé que lui soient remises les pièces corroborant ces allégations.

Lors de cette assemblée générale du 5 décembre 2006, il a également été pris acte de la démission de N.L. comme administrateur.

Les irrégularités précitées ont apparemment été évaluées à 180.513,21 EUR et comptabilisées dans les comptes annuels au 30 septembre 2006 à charge de N.L. Ces comptes annuels au 30 septembre 2006 ont été approuvés – assez tardivement – par l'assemblée générale du 9 août 2007, mais pas par N.L. qui possédait alors 62 des 125 actions.

Lors de ladite assemblée générale du 9 août 2007, il a été refusé d'accorder décharge à N.L.

Lors de cette assemblée générale, N.L. a, à chaque fois, émis des réserves dans les termes les plus généraux. Il a, du reste, également indiqué que les comptes annuels au 30 septembre 2006 avaient été déposés avant même d'avoir été approuvés par l'assemblée générale du 9 août 2007.

Suite à un examen ultérieur de la comptabilité, 10.326,42 EUR se seraient encore ajoutés au 180.513,21 EUR précités mis à charge de N.L., de sorte qu'un total de 190.839,63 EUR a été comptabilisé à charge de N.L. dans les comptes annuels au 30 septembre 2007.

Ces derniers comptes annuels ont été approuvés par l'assemblée générale, mais, une nouvelle fois, pas par N.L., le 29 mars 2008.

Le 5 janvier 2009, les 62 actions de N.L. ont été cédées à la SA N.I.

Le 5 août 2009, toutes les actions que possédaient dans la SA N.C. la SA N.I., mais aussi G.L. et L.P. – soit la totalité des 125 actions de la SA N.C. – ont été cédées à une tierce partie.

Ce contrat de cession des actions prévoyait explicitement dans son article 6 la faculté de céder les « créances et/ou recours éventuels que la société pourrait opposer à Monsieur N.L. » « selon les modalités de l'article 1690 du Code civil » (...).

Dans un contrat séparé daté du 1<sup>er</sup> juin 2010, une cession de créance a finalement été conclue entre la SA N.C., d'une part, et G.L. et L.P., d'autre part (...).

Le 2 juin 2010, G.L. et L.P. ont viré 190.839,63 EUR d'un compte commun sur le compte de la SA E.F.C., société qui avait alors absorbé la SA N.C. (...).

Par lettre recommandée envoyée le 14 octobre 2010, N.L. a été informé de cette cession de créance à G.L. et L.P. (...).

L.P. est décédée le 29 janvier 2012.

Elle s'était mariée avec G.L. le 18 février 1970 sous le régime de la séparation de biens avec communauté d'acquêts (...).

Le 16 mai 2002, G.P. (*lire G.L.*) et L.P. avaient ajouté une clause d'option à leur contrat de mariage, en vertu de laquelle le dernier survivant avait la faculté de choisir de recevoir le patrimoine commun en pleine propriété dans son intégralité (...).

Après le décès de L.P., G.L. a fait usage de cette faculté (...).

II. Le premier juge s'est déclaré (matériellement) compétent.

Il a rejeté l'exception soulevée par N.L. qui considérait qu'il devait y avoir reprise d'instance par les héritiers de feu L.P. Le premier juge a également rejeté la demande de suspension de l'examen de la cause jusqu'à ce que la liquidation et le partage de la succession de feu L.P. aient eu lieu, formulée par N.L.

Le premier juge a encore rejeté l'exception soulevée par N.L. à propos de l'absence de décision de l'assemblée générale de la SA N.C. d'introduire une action sociale/*actio mandati* à son encontre (N.L.).

Pour finir, le premier juge a fait droit à l'exception de prescription (article 198, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés) et a déclaré, sur cette base, la demande de G.L. non fondée.

III. A. G.L., l'appelant, réclame implicitement mais certainement que le jugement entrepris soit réformé et qu'il soit fait droit à sa demande originaire à l'encontre de N.L., l'intimé.

B. N.L. réclame le rejet de l'appel et sollicite, par appel incident :

- qu'il soit dit pour droit que le premier juge était matériellement incompétent et que désormais la cour d'appel de Gand est compétente ;
- que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que la liquidation et le partage de la succession de feu L.P. aient eu lieu ;
- ensuite, de déclarer la demande de G.L. irrecevable ou au moins non fondée à défaut de décision préalable de l'assemblée générale de la SA N.C. ;
- subsidiairement, de rejeter la demande de G.L. comme irrecevable ou au moins non fondée pour cause de prescription ;
- encore plus subsidiairement, de rejeter la demande de G.L. comme non fondée.

## Jugement

I. C'est à tort que le premier juge s'est déclaré matériellement compétent.

L'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire (ancienne version applicable au moment de l'introduction de la demande devant le premier juge) prévoit que les contestations pour raison d'une société régie par le Code des sociétés, entre sociétés et administrateurs, relèvent de la compétence matérielle du tribunal de commerce.

La citation introductive, décisive en ce qui concerne la compétence, a trait à un compte courant de la SA N.C., mais il apparaît bien vite, sans gros examen supplémentaire, qu'est mise en cause la responsabilité sous-jacente de l' (ancien) administrateur N.L., défendeur originaire.

Que les demandeurs originaires, G.L. et L.P., soient des citoyens/créanciers « ordinaires » d'une créance qui leur a été cédée ne change rien à l'objet réel et à la cause réelle de ladite créance : la créance initiale d'une société (la SA N.C.) à l'encontre d'un (ancien) administrateur (N.L.). Or, cela rentre dans le champ d'application de l'article 574, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire (version applicable à l'époque).

Le premier juge aurait dû se déclarer matériellement incompétent et renvoyer la cause au tribunal de commerce.

Cette discussion est néanmoins en majeure partie académique : le juge d'appel du tribunal de commerce de Furnes est le même que le juge d'appel du tribunal de première instance de Furnes, à savoir la présente cour d'appel.

(...)

III. A. La demande formulée par G.L. est une action sociale (*actio mandati*).

a. 1. Dans la citation introductive comme dans ses conclusions, G.L. évoque régulièrement un « compte courant » à payer par N.L. inscrit dans la comptabilité/les comptes annuels de la SA N.C.

G.L. renvoie plus particulièrement aux comptes annuels au 30 septembre 2006 et au 30 septembre 2007 qui ont été approuvés par l'assemblée générale de la NV N.C. (voir aussi ci-dessus).

2. Les comptes annuels au 30 septembre 2006 font mention de la somme de 180.513,21 EUR « à récupérer N.L. » (...).

À la page 10 desdits comptes annuels, on peut également lire, sous le « détail compte de résultat 01/10/2005 au 30/09/2006 », sous la rubrique n<sup>o</sup> 74500000, « à récupérer N.L. 180.513,21 EUR ».

Dans les mêmes comptes annuels, il est question, à la page 2, d'un « C.C. » au nom de « M. et Mme L.P. » (...).

On ne trouve trace nulle part d'un compte courant au nom de N.L., pas même en abrégé.

3. Les comptes annuels au 30 septembre 2007 (...) font mention de la somme de 190.839,63 EUR « à récupérer N.L. » (...).

À la page 18, un solde de 190.839,63 EUR est stipulé sous « annexes » « détail à récupérer N.L. ».

La cour a retrouvé un « C.C. » au nom de « M. et Mme L.P. » (page 2).

On ne trouve trace nulle part d'un compte courant au nom de N.L., pas même en abrégé.

4. On peut d'ores et déjà conclure de ce qui précède que l'approbation des comptes annuels 2006 et 2007 par les assemblées générales respectives ne pouvait pas porter sur un compte courant à payer par N.L. dès lors qu'aucun compte courant à son nom ne figure dans les comptes annuels.

5. Dans la vie sociétaire et dans la comptabilité des sociétés, le compte courant a un sens particulier. Le compte courant est une dette de la société ou une créance de la société à l'égard d'un associé.

L'approbation par l'assemblée générale de comptes annuels faisant mention d'un compte courant a des effets particuliers vis-à-vis de l'associé titulaire de ce compte courant. L'associé est en effet lié par le compte courant tel qu'approuvé dans les comptes annuels. C'est uniquement s'il n'a pas approuvé les comptes annuels que l'associé peut introduire une action en contestation en justice, mais encore faut-il qu'il respecte le délai de six mois dans lequel il doit agir (voir article 198, § 2, du Code des sociétés).

La reprise d'une créance dans les comptes annuels n'a pas des effets aussi contraignants. L'associé à charge duquel la créance est enregistrée dans les comptes et qui a approuvé ces comptes est en principe lié par la créance en question. L'associé qui n'approuve pas les comptes conserve tous ses droits s'il est poursuivi en justice, même si le délai de six mois (article 198, § 2, du Code des sociétés) est écoulé. Dans cette hypothèse, l'associé doit en effet être considéré comme un « débiteur ordinaire » et pas comme un « associé titulaire d'un compte courant débiteur ».

b. N.L. n'a pas approuvé les comptes annuels de 2005-2006 et de 2006-2007.

Dans les comptes annuels en question, il apparaît comme un débiteur ordinaire de la société. Il n'est pas lié par les comptes annuels et peut faire valoir ses droits à l'égard de la société sans être tenu par aucun délai.

c. Il ressort clairement de l'exposé fait par G.L. que la cause de la créance qu'il dit détenir à l'encontre de N.L. réside dans des fautes et des négligences que N.L. aurait, selon lui, commises en tant qu'administrateur.

Le procès-verbal de l'assemblée générale de la SA N.C. du 5 décembre 2006 parle de lui-même :

*« 2. Lorsque, le 31 octobre 2006, N.L. s'est retiré de ses fonctions et de son mandat d'administrateur au sein de la société, les autres administrateurs et actionnaires ont procédé à une enquête sur l'administration qui avait été menée par Monsieur N.L. »*

Lors de cet audit, de graves irrégularités ont été constatées, lesquelles visaient toutes un enrichissement personnel au détriment de la société. Une énumération (non limitative) en est faite ci-dessous :

- achat de biens personnels au nom de la société et paiement de ceux-ci par la société ;
- disparition de biens sociaux (vente de produits/de biens sans encaissement) ;
- refus de remise de biens sociaux (trois GSM, un appareil photo Niko D70, code Mercedes) ;
- acquisition unilatérale d'actifs importants (Mercedes).

Une réserve est expressément formulée par l'assemblée générale en ce qui concerne toutes les suites des irrégularités constatées (abus de confiance). Plus particulièrement, elle se réserve la faculté de prendre toutes mesures (judiciaires) utiles afin de protéger les droits de la société et d'éliminer l'enrichissement personnel et émet une réserve en ce qui concerne toutes les conséquences fiscales à venir et les révisions fiscales éventuelles.

À la lumière de ce qui précède, la décharge de Monsieur N.L. sera refusée lors de la prochaine assemblée générale ».

Alors que les comptes annuels antérieurs n'enregistraient aucun compte courant ni aucune créance à l'encontre de N.L., les comptes annuels au 30 septembre 2006 et au 30 septembre 2007 font état de respectivement 180.513,21 EUR et 190.839,63 EUR « à récupérer N.L. » (voir *supra*).

Tout ceci se retrouve également dans les conclusions de N.L. (*lire G.L.*) où N.L. (*lire G.L.*) invoque des « opérations illicites grâce auxquelles l'intimé s'est injustement enrichi avec l'argent de la société » et, page 20, de « graves irrégularités » (...).

Ce que G.L. réclame à N.L. est le paiement de la créance de la SA N.C. à l'encontre de N.L., que lui (G.L.) et feu L.P. ont reprise et porte sur les sommes dont N.L. serait redevable à la société pour des fautes et des négligences qu'il aurait commise lorsqu'il était administrateur de la société.

En conséquence, la demande de G.L. est une action sociale/*actio mandati*.

B. La Cour ne suit pas le premier juge lorsqu'il considère qu'une décision de l'assemblée générale d'introduire une *actio mandati* est requise uniquement lorsque c'est la société qui veut introduire une action et pas lorsque c'est une personne qui « en nom propre introduit une action sur base d'une créance acquise à titre personnel ».

Si c'était la société qui avait introduit l'action, une décision de l'assemblée générale de la société aurait été certainement et incontestablement requise pour former l'action sociale de manière recevable (application de l'article 561 du Code des sociétés).

C'est à juste titre qu'au moment d'apprécier si la prescription était ou non acquise, le premier juge a considéré ce qui suit :

« Le principe de l'opposabilité des exceptions implique que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et moyens de défense qu'il aurait pu opposer au créancier originaire (W. VAN GERVEN et S. COVEMAECCKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, 575). Son application est toutefois limitée aux moyens de défense qui sont inhérents à la créance ou qui ont un lien avec sa naissance (E. DIRIX, « Art. 1690–1691 BW », dans X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*,

*I. Benoemde overeenkomsten BW, Titel VI, Hoofdstuk VIII, 29-32; W. VAN GERVEN et S. CO-  
VEMAECCKER, Verbintenissenrecht, Louvain, Acco, 2006, 575) ».*

La reprise de la créance par G.L. et L.P. n'est autre que la reprise d'une action sociale.

Pour former une action sociale de manière recevable, une décision préalable de l'assemblée générale est requise (une ratification ultérieure est possible – à condition que cette ratification ait lieu pendant le délai de prescription).

La nécessité d'une décision, en principe préalable, de l'assemblée générale pour que l'action sociale soit recevable est inhérente à la créance : la décision d'introduire une action sociale est exclusivement réservée à la société elle-même (lire : l'assemblée générale de la société) et ce n'est qu'après qu'une décision dans ce sens a été prise que l'action en justice peut être formée.

En l'absence d'une telle décision, le repreneur de ce genre de créance, pas plus que la société, ne peuvent introduire l'action sociale de manière recevable.

Personne ne peut céder plus de droits que ceux qu'il a lui-même : du fait de l'absence de décision de l'assemblée générale, l'action sociale flotte pour ainsi dire dans le vide ; le cessionnaire ne peut pas l'utiliser.

Aucune décision d'exercer l'action sociale n'a été prise par la société.

La seule chose qui existe à ce sujet est la décision/constatation de l'assemblée générale du décembre 2006 où il est stipulé ce qui suit :

*« Une réserve est expressément formulée par l'assemblée générale en ce qui concerne toutes les suites des irrégularités constatées (abus de confiance). Plus particulièrement, elle se réserve la faculté de prendre toutes mesures (judiciaires) utiles afin de protéger les droits de la société et d'éliminer l'enrichissement personnel et émet une réserve en ce qui concerne toutes les conséquences fiscales à venir et les révisions fiscales éventuelles ».*

Une réserve n'est pas une décision.

Une réserve est sans engagement aucun et ne va pas au-delà d'un rappel pour l'avenir.

C. La demande formée par G.L. est, en conséquence, irrecevable en l'absence d'une décision dans ce sens de l'assemblée générale de la SA N.C.

Par ces motifs,

La cour,

(...)

Déclare l'appel principal recevable, mais non fondé ;

Déclare l'appel incident recevable et fondé comme suit :

Annule le jugement entrepris ;

Dit que le premier juge était matériellement incompétent ;

Se saisit de la cause et statuant à nouveau :

Déclare la demande de G.L. irrecevable.

(...)

## 340. La responsabilité pour faute de gestion

N° 1286. – Gand (7<sup>e</sup> ch.), 6 octobre 2014<sup>1</sup>

*Présentation* : Les gérants d'une SPRL peuvent se voir reprocher par celle-ci, ou par son curateur après qu'elle soit déclarée en faillite, d'avoir mal exécuté le mandat qui leur a été confié, et d'avoir commis des fautes de gestion (article 262 C. soc.). Les gérants sont responsables suivant les conditions du droit commun du mandat, le critère pour apprécier leur faute, acte positif ou abstention, étant celui du dirigeant normalement diligent et compétent, le pouvoir d'appréciation du juge étant substantiel à cet égard. La difficulté, soulignée en l'espèce, réside dans le fait que les dirigeants disposent d'une certaine marge de manœuvre dans la prise de décision et dans la gestion de la société, marge dans laquelle ils peuvent raisonnablement opter pour plusieurs solutions. Le juge apprécie dès lors les décisions et actions des dirigeants de façon marginale, sans pouvoir – tout comme l'expert qu'il aurait éventuellement désigné – substituer son opinion personnelle sur ce qui aurait été judicieux ou raisonnable de faire ou décider<sup>2</sup>.

Rappelons que la faute doit être appréciée en tenant compte des faits ou circonstances qui auraient dû être connus des gérants *au moment où ils ont décidé ou agi*, et non en tenant compte d'événements postérieurs qui auraient raisonnablement pu ou dû être prévus<sup>3</sup>.

Rappelons également que la faute de gestion est une faute *contractuelle* (mauvaise exécution du mandat qui a été confié au gérant) de sorte que l'action fondée sur le contrat est réservée exclusivement à la société (décision de l'assemblée générale – *actio mandati* – ou action minoritaire), ou au curateur ou au liquidateur, les tiers ne pouvant l'introduire sauf s'ils l'intendent en lieu et place de la société qui reste en défaut d'agir (action oblique<sup>4</sup>).

Rappelons enfin que chaque gérant ne répond que de sa faute *personnelle* : la société doit démontrer la faute spécifique de chacun de ceux qu'elle souhaite assigner. Aussi, les dirigeants ne sont-ils tenus ensemble de la totalité du dommage invoqué par la société que s'ils ont ensemble aussi commis la faute qui a causé le dommage global<sup>5</sup>.

En l'espèce, la Cour estime que le gérant n'a pas commis de faute de gestion en payant « à l'avance » une commission facturée à un agent sur la base d'un contrat existant étant donné qu'il ressort des circonstances qu'il a pris en compte que chaque effort de l'agent commercial n'entraînera pas l'obtention de commandes. Il a ainsi été stipulé que, dans certaines circonstances, l'agent commercial devrait rembourser les commissions déjà payées ; dans d'autres

- 1286.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *DAOR* 2015, liv. 113, p. 73 et *NjW* 2015, liv. 329, p. 695 et note P. BRULEZ.  
 2. Sur ce point, voir O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 77 à 81 ; J. Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2<sup>ème</sup> éd. de l'ouvrage d'O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 103 à 108 ; J. RONSE et S. LIEVENS, « L'administrateur des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite, l'extension de la faillite au maître de l'affaire », *Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 11, p. 194.  
 3. J. RONSE et S. LIEVENS, *op. cit.*, n° 10, p. 193.  
 4. Article 1166 du Code civil. A condition toutefois que l'assemblée générale n'ait pas préalablement donné décharge. Si toutefois cette décharge avait été donnée pour nuire aux créanciers, ceux-ci auraient alors le droit de faire déclarer nulle la délibération ainsi intervenue et d'intenter l'action (action paulienne, article 1167 du Code civil).  
 5. Par une faute *commune* ou par des fautes *concurrentes*.

contrats semblables conclus par la SPRL, des commissions étaient payées à l'avance.

*Sommaire :* Il incombe aux curateurs de prouver que le gérant d'une société en faillite a commis une faute de gestion en payant de manière anticipée, sur la base d'une convention existante, une commission facturée à un agent. Pour apprécier la faute de gestion le juge ne dispose que d'un pouvoir de contrôle marginal, compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose l'administrateur en prenant la décision litigieuse. L'appréciation de la faute de gestion ne peut pas être basée sur des faits dont la connaissance a été acquise postérieurement. Le pouvoir de contrôle marginal du juge permet de reconnaître la liberté d'appréciation de l'administrateur, afin d'éviter que, par crainte d'une mise en cause de sa responsabilité en cas d'échec d'un projet, les administrateurs ne prennent que des décisions sans risque, de sorte que des projets dignes d'intérêt ne seraient pas réalisés.

*Parties :* A.A. / Mes L. D'HOOGE et P. WAUMAN en qualité de curateurs de la SPRL C. en faillite

(...)

4. La SPRL C. déclarée en faillite par jugement du 11 octobre 2010 (cette date est également la date de la cessation des paiements) a effectué, le 16 mars 2010, un virement de 106.000 EUR au bénéfice de TOSHIHIRO YAMANE avec, en communication, paiement d'une facture pour « conseil projet Asie I. » (pièce 2 des curateurs).

Dans le facturier entrant de la faillie, une facture provenant de FUJI TRADING Co LTD dont le siège est à Osaka (Japon) et signée au nom de cette société par TOSHIHIRO YAMANE, a été inscrite pour un montant de 106.000 EUR, avec la mention « Commission pour la promotion du système I. en Asie 2009-2010 » (pièce 3 des curateurs).

TOSHIHIRO YAMANE est le président/directeur de la société japonaise FUJI TRADING Co LTD (pièce 6 et 7 de l'appelant). L'appelant en apporte la preuve.

Le 4 août 2009, la faillie et FUJI TRADING Co LTD ont conclu une sorte de contrat d'agence commerciale ayant pour objet la promotion, la prospection et l'intermédiation pour l'obtention de marchés public sur le territoire asiatique en ce qui concerne le système I.

L'appelant produit ce contrat sous-jacent (pièce 8 de l'appelant) qui constitue le fondement de la facture litigieuse. Y était prévue une commission de 20 % sur « les prix estimés des produits payés par les clients », à payer « à l'avance » (art. 4.1).

D'après les curateurs, la facture du 6 mars 2010 est un faux. Ils n'ont toutefois pas déposé de plainte au pénal et n'ont pas non plus introduit de procédure en faux civil. Le faux n'est pas prouvé et les pièces qui ont été produites doivent être considérées comme régulières.

La facture a régulièrement été enregistrée dans la comptabilité. Le paiement a effectivement été exécuté et n'a pas eu lieu au cours de la « période suspecte ». Les curateurs n'ont pas fait application de l'article 20 de la loi sur les faillites.

5. Lorsque, se fondant sur la version unilatérale des faits donnée par A.D., les curateurs affirment qu'aucune contreprestation n'a été obtenue en contrepartie du montant facturé, c'est sur eux que pèse la charge de la preuve de la faute pour laquelle ils invoquent la responsabilité d'administrateur de l'appelant.

Il appartient aux curateurs de prouver que l'appelant a commis une faute de gestion en payant une commission facturée à un agent sur la base d'un contrat existant. Pour apprécier une faute de gestion, le juge ne dispose que d'un pouvoir de contrôle marginal qui doit tenir compte de la marge de gestion dont dispose l'administrateur au moment de prendre la décision litigieuse.

L'appréciation d'une faute de gestion ne peut pas être basée sur des éléments qui n'ont été connus qu'*a posteriori*, en l'espèce le fait que, six mois plus tard, la SPRL C. a été déclarée en faillite ou le fait que le projet d'obtenir des marchés publics sur le marché asiatique ne s'est pas réalisé la première année.

Lorsque le juge exerce son pouvoir de contrôle marginal, il doit tenir compte de la liberté de gestion de l'administrateur, afin d'éviter que, par crainte d'une mise en cause de leur responsabilité en cas d'échec d'un projet, les administrateurs ne prennent que des décisions sans risque et qu'ainsi, des projets intéressants ne soient pas réalisés.

Contractuellement, l'appelant n'a pas tout bonnement pris le risque de payer une importante commission « à l'avance », à un moment où l'agent n'avait encore conclu aucune transaction. Le fait que tous les efforts de l'agent ne se concluraient pas par l'obtention d'un marché a été pris en compte. Ainsi une clause prévoit-elle que, dans des circonstances données, l'agent devra rembourser les commissions déjà payées (article 4.3).

Dans le contrat d'agence commerciale qui a été conclu entre la faillie et la SA V., l'article 3 prévoit aussi le paiement de provisions (pièce 1 de l'appelant). Des commissions ont aussi été payées à l'avance dans le projet Egypte où le paiement avait eu lieu presque dix mois avant la réception de l'indemnité payée, le 9 mars 2010, par l'Etat égyptien (pièce 13 de l'appelant/ pièces 8 et 9b des curateurs).

Si les curateurs estiment que l'une des conditions contractuelles pour ce faire est remplie, ils peuvent réclamer auprès de FUJI TRADING Co LTD le remboursement total ou partiel de la commission payée. À aucun moment ils n'ont poursuivi FUJI TRADING Co LTD (pourtant le bénéficiaire de la transaction qu'ils contestent) dans ce cadre.

(...)

340. **La responsabilité pour faute de gestion**  
367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**  
370. **La responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL**

*N° 1287. – Comm. Gand, div. Termonde (2<sup>e</sup> ch.), 22 décembre 2014<sup>1</sup>*

*Présentation :* Comme toujours, c'est quand la société a fait faillite que les créanciers impayés cherchent, par tous les moyens, à mettre en œuvre la responsabilité personnelle de ses dirigeants.

En l'espèce, une société slovène créancière d'une SA déclarée en faillite tente, en vain, d'engager la responsabilité aquilienne de ses administrateurs pour défaut de respect du contrat la liant à la SA, faute dans la phase de négociation du contrat, poursuite fautive d'une activité irrémédiablement condamnée, cession d'éléments d'actifs de la société sans contrepartie et enfin faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

On apprécie la motivation détaillée de ce jugement : le Tribunal ne s'est pas contenté d'apparences mais est « entré » dans la vie sociétaire et la gestion des mois précédant la faillite, sans verser trop facilement dans l'analyse rapide et la conclusion hâtive (« S'il y a faillite, c'est qu'il y a eu des fautes de gestion »).

*Sommaire :* Dans la mesure où l'organe qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle du débiteur principal n'est pas considéré comme un tiers à l'égard du cocontractant de ce débiteur principal, pour écarter la responsabilité aquilienne des administrateurs d'une société commerciale à l'égard des tiers liés contractuellement avec cette société, il suffit de constater qu'aucune faute constituant un manquement à l'obligation générale de prudence n'a été commise par les administrateurs.

Pour évaluer s'il est question de poursuite d'une entreprise irrémédiablement perdue, le tribunal ne peut simplement affirmer post factum que la société n'avait aucune chance de survie. Il doit vérifier si le déclin de l'entreprise pouvait être prévu compte tenu des changements de circonstances et d'opportunités propres à la vie économique.

La diminution de l'actif du failli ou l'aggravation de son passif constituent un dommage collectif (subi par le failli) en vertu duquel un créancier individuel n'a pas qualité pour agir en justice (en ce qui concerne sa part).

*Parties :* D.O.O. DZS Grafik, société de droit slovène / G.O., M.P., G.D., SPRL Vermeersch, S.V. et SA Grafi Hold

(...)

1287.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.* 2015-16, liv. 17, p. 669 et *T.R.V.* 2015, liv. 6, p. 592 et note S. DE GEYTER.

## B. Faits – Objet du litige

3. La demanderesse est une imprimerie de Slovénie. Elle travaille régulièrement en sous-traitance pour des imprimeries belges, compte tenu du coût inférieur des travaux d'imprimerie en Slovénie.

La SA Erasmus Euroset était une imprimerie belge qui a été déclarée en faillite par décision du tribunal de commerce de Termonde du 13 avril 2012.

4. La demanderesse a fait une offre d'un montant de 160.955,21 EUR à la SA Erasmus Euroset pour l'impression des Catalogues MBT 2012. La SA Erasmus Euroset était l'entrepreneur principal. La demanderesse s'est vue confier la mission que la SA Erasmus Euroset s'était vue confier par S. La demanderesse était chargée de l'impression des catalogues et du pliage des feuilles imprimées, mais pas de la reliure des catalogues. La livraison a eu lieu les 5 et 6 décembre 2011.

5. Le 19 décembre 2011, la demanderesse a envoyé une facture d'un montant de 156.139,20 EUR à la SA Erasmus Euroset.

6. Le 24 décembre 2011, la SA Erasmus Euroset avait contesté cette facture par e-mail envoyé par Monsieur O. à la demanderesse, dans lequel la qualité des catalogues fournis était remise en question.

Dans cet e-mail, Monsieur O. faisait état d'une différence d'épaisseur de 5 millimètres entre le haut et le bas des catalogues, à cause de laquelle ces derniers ne pouvaient pas être reliés.

Dans un e-mail du 28 décembre 2011, la demanderesse a répondu que le problème qui lui était reproché résultait de l'épaisseur des catalogues en elle-même et non d'une différence d'épaisseur entre le haut et le bas des catalogues.

7. A suivi un échange d'e-mails entre les parties, au terme duquel celles-ci sont chacune restées sur leur position et aucun accord n'a été trouvé. Monsieur O. a sollicité à plusieurs reprises une réduction commerciale, d'abord de 16.000 EUR, puis de 15.000 EUR et, enfin, dans un e-mail du 4 avril 2012, de 20.000 EUR.

8. Le 13 avril 2012, la SA Erasmus Euroset a été déclarée en faillite.

9. La demanderesse ne peut pas récupérer sa créance et soutient qu'on l'a fait lanterner et que les administrateurs ont agi fautivement.

(...)

## C. Jugement

### C.1. La demande de la demanderesse fondée sur l'article 1382 du Code civil

12. Une relation contractuelle existait entre la demanderesse et la SA Erasmus Euroset. 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 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 (Cass., 7 novembre 1997, *TRV*, 1998, 284 ; Cass., 7 décembre 1973, *RW*, 1973-74, 1597). Les organes d'une société bénéficient donc à cet égard (...) de la même immunité que les préposés ou les agents.

L'organe (l'administrateur de la SA Erasmus Euroset) qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle du débiteur principal n'est pas considéré comme un tiers à l'égard du cocontractant de ce débiteur principal. Cela implique qu'il ne peut voir sa responsabilité extracontractuelle engagée à l'égard de ce cocontractant que dans les mêmes conditions que celles où le débiteur principal peut voir sa responsabilité contractuelle engagée à l'égard de son cocontractant (Gand, 15 mars 2007, *TBBR*, 2010, 96).

Il suffit de constater qu'aucune faute constituant un manquement à l'obligation générale de prudence n'a été commise par les administrateurs.

Toute la discussion sur le point de savoir si la facture de décembre 2011 a été contestée à tort ou à raison est non pertinente. Cette discussion sort de la sphère contractuelle.

13. La demanderesse invoque encore deux fautes des administrateurs qui ne sont pas de nature contractuelle :

- la faute des administrateurs basée sur le fait que la SA Erasmus Euroset a conclu un contrat avec la demanderesse en octobre 2011, tout en sachant que la SA Erasmus Euroset ne pourrait pas respecter ce contrat ;
- la faute des administrateurs de la SA Erasmus Euroset qui *de facto* ont cédé le fonds de commerce à DeckersSnoeck sans contrepartie en cédant le personnel, la clientèle et les liquidités.

14. La demanderesse soutient que la SA Erasmus Euroset avait, dès le départ, l'intention de ne pas payer et invoque une responsabilité dans la phase précontractuelle. Les fautes commises dans la phase précontractuelle peuvent donner lieu à une responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Cette allégation suppose qu'il y ait eu tromperie, mauvaise foi ou fraude de la part des administrateurs dans le cadre concret isolé de la conclusion dudit contrat par la SA Erasmus Euroset, distinct d'un contexte plus large et des difficultés financières de la société Erasmus Euroset. Le dommage qui, dans le chef de la demanderesse, découlerait de fautes des administrateurs qui auraient consisté à la tromper dans le contexte isolé ayant précédé la conclusion du contrat entre elle et la SA Erasmus Euroset constitue un dommage individuel dans le chef de la demanderesse.

Cette demande est recevable.

La faillite du débiteur ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier réclame des dommages et intérêts à un tiers par la faute duquel a été causé un dommage qu'il est le seul à subir.

Néanmoins, la demanderesse ne prouve aucune faute dans la phase précontractuelle du contrat ni dans le chef de la société ni dans le chef des administrateurs.

Le fait que la SA Erasmus Euroset aurait fait de fausses déclarations disant qu'« elle n'avait pas encore facturé à S. » ne prouve rien à cet égard. En fait, le tribunal doit constater que,

même pour une prestation d'une telle importance, la demanderesse n'avait apparemment réclamé aucun acompte ni au moment de la conclusion du contrat ni au moment de la livraison. Un contrôle de la situation financière de l'entreprise aurait permis à la demanderesse de constater qu'il y avait lieu de faire preuve de prudence, compte tenu de la procédure LCE engagée, du plan de réorganisation en cours d'exécution et des comptes annuels publiés. L'affirmation selon laquelle, au moment de la conclusion du contrat, il n'y avait aucune intention d'exécuter cette convention en payant n'est aucunement corroborée.

15. Lorsque la demanderesse invoque que les administrateurs ont laissé la société prendre des engagements qu'elle ne pouvait pas remplir étant donné sa situation financière, elle sous-entend en fait que les administrateurs ont poursuivi une activité irrémédiablement condamnée et ont encore conclu, au cours de cette période, des engagements dont ils savaient que la société ne pourrait pas les satisfaire.

En conséquence, cette thèse a trait à la poursuite d'une activité irrémédiablement condamnée. Quant à sa nature, le dommage est considéré, dans la doctrine, comme en partie collectif et possiblement individuel pour le créancier dont la créance est née pendant la période de poursuite de l'activité irrémédiablement condamnée (C. BERCKMANS, « Schuldeisers en stilzitten curator. Het monopolie doorbroken ? », *NJW*, 2013, (478), 481, n° 7).

Avant d'aller plus loin, le tribunal doit examiner s'il y a bien eu poursuite d'une activité irrémédiablement condamnée.

16. On ne peut pas reprocher à un entrepreneur d'encore exploiter les dernières opportunités qu'il peut raisonnablement envisager. Au contraire, en période économique difficile, il est de son devoir, tant envers l'entreprise que la société, d'exploiter ces opportunités.

Dire *a posteriori* que la société n'avait aucune chance de survie est trop facile. La disparition d'une entreprise peut généralement être prédite quelque temps, parfois des mois, auparavant. De telles prévisions partent du constat que, toutes choses restant égales par ailleurs, l'entreprise disparaîtra. C'est précisément la notion « *toutes choses restant égales par ailleurs* » qui joue un rôle crucial dans la prévisibilité de la disparition de l'entreprise. On y perçoit la charge ou l'opportunité pour le management d'agir sur ce sur quoi il a prise pour inverser la tendance (P. Berger ? *Going concern versus discontinuïteit : economische aspecten* », dans X, *Ondernehmensdiscontinuïteit, Juridische en boekhoudkundige aspecten van de waardering en van de verslaggeving* », Anvers, Kluwer, 1984, (11), 26). En effet, des circonstances et des opportunités qui fluctuent sont le propre de la vie économique. Même pour les économistes, prévoir la conjoncture est toujours un exercice difficile. Souvent les chiffres démentent les prévisions dans un sens positif ou négatif. Les opportunités sont elles aussi souvent fluctuantes et inconnues. Il suffit qu'au dernier moment un investisseur surgisse pour que même la société la plus en crise soit sauvée.

17. Dans le contexte précité, il convient d'apprécier si les administrateurs ont poursuivi l'activité d'une entreprise clairement appelée à disparaître. Pour les motifs qui suivent, le tribunal estime que ce n'est pas démontré.

a) En premier lieu, il peut être renvoyé à la date de la cessation des paiements, laquelle a été fixée au 1<sup>er</sup> avril 2012. Ni le curateur ni aucun intéressé n'ont demandé la modification de cette date.

b) Ensuite, jusque fin 2011, la SA Erasmus Euroset est parvenue à respecter les obligations issues du plan de réorganisation homologué.

c) Il ressort des pièces qui ont été produites que c'est principalement au cours du quatrième trimestre de l'année 2011 que le chiffre d'affaires s'est écroulé. Un projet de comptes annuels au 31 décembre 2011 montre que des pertes professionnelles d'un montant de 934.767,15 EUR ont été subies pendant l'exercice 2011. Presque la moitié de ces pertes – 461.844,83 EUR – ont été subies au cours du dernier trimestre 2011. Ces éléments n'ont été connus des administrateurs que quelque temps après les faits, quand les chiffres sur le quatrième trimestre 2011 ont été disponibles. Au cours de la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2012 au 31 mars 2012, la SA Erasmus Euroset a réalisé un chiffre d'affaires de 1.098.230,72 EUR, ce qui est comparable avec le chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé au cours du premier et du dernier trimestre 2011.

d) la décision de collaborer avec DeckersSnoeck a été concrétisée en janvier 2012 dans un contrat d'échange d'actions qui a conduit à ce que les actionnaires des deux sociétés échangent entre eux des actions et fournissent aux deux sociétés des moyens financiers supplémentaires. Cet apport montre que les administrateurs misaient beaucoup sur cette collaboration.

e) L'entreprise dépendait dans une large mesure de son financement par la KBC. L'attitude d'un fournisseur de crédit que l'on ne peut généralement pas prévoir reste un élément inconnu au moment où est prise la décision de poursuivre l'activité de l'entreprise. Au cours du premier trimestre 2012, la SA Erasmus Euroset s'est entretenue avec sa banque en vue d'obtenir des moyens financiers supplémentaires. Fin mars 2012, il est apparu que la banque était prête à prolonger la durée d'un prêt existant, mais pas à accorder des crédits supplémentaires. Au même moment, il est apparu que KBC Lease ne voulait pas donner son accord pour que les presses Komori soient déménagées chez EEPB, de sorte que les charges mensuelles du leasing sont restées à charge de la SA Erasmus-Euroset.

Selon le tribunal, tous ces faits suffisent pour conclure qu'il n'est pas question de poursuite d'une activité irrémédiablement condamnée dans cette affaire.

Le tribunal ne doit, par conséquent, pas examiner la question de savoir si le dommage invoqué est individuel ou collectif.

18. La demanderesse soutient, du reste, que le fonds de commerce a *de facto* été cédé sans contrepartie à DeckersSnoeck par : cession du personnel, cession de la clientèle. La demanderesse renvoie aussi à la cession des liquidités début 2002 sans aucune contre prestation.

Suivant la demanderesse, ces faits constituent des fautes dans le chef des administrateurs qui ont réduit le gage commun des créanciers. Si tel était le cas, il en résulterait cependant un dommage collectif. La diminution de l'actif du failli ou l'aggravation de son passif constituent un dommage collectif (subi par le failli) en vertu duquel un créancier individuel n'a pas qualité pour agir en justice (en ce qui concerne sa part).

Le curateur exerce au nom de la masse les droits communs à l'ensemble des créanciers. La mission générale du curateur est de réaliser l'actif du failli et de distribuer les deniers qui proviendraient de la réalisation de cet actif. Lorsque le curateur agit en justice au nom de la masse, il exerce les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers. Les droits communs à l'ensemble des créanciers sont les droits résultant de dommages causés par la faute de toute

personne qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif. En raison du dommage qui est causé à la masse des biens et droits qui constituent le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ces créanciers et elle porte atteinte aux droits que ceux-ci, eu égard à leur nature, ont en commun (Cass., 28 mars 2014, *JT*, 2014, 543 ; Cass., 29 octobre 2004, *RW*, 2007-08, 500 ; Cass., 12 février 1981, *JT*, 1981, 270 ; Cass., 2 mars 1995, *RW*, 1995-96, 538 ; Cass., 5 décembre 1997, *RW*, 1998-99, 817).

19. La demande fondée sur l'article 1382 du Code civil échoue par conséquent et est non fondée en partie en raison de l'absence de preuve et en partie parce que la demanderesse ne dispose d'aucun droit pour réclamer un dommage collectif.

#### C.2. Action en responsabilité fondée sur l'article 530, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés

20. L'article 530, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés stipule :

*« 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 ».*

Conformément à l'article 530, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés, le créancier individuel dispose d'un droit d'action à l'encontre des administrateurs si une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite.

Cette action est recevable. La demanderesse doit rapporter la preuve que les administrateurs ont commis une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite.

La faute grave réside dans la violation d'une norme qui est importante, sinon essentielle, pour la conservation et la pérennité de la société, qu'un administrateur raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société (I. VEROUGSTRAETE, « L'action en comblement du passif », dans X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 433 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 787, n° 4.1.2.4).

21. Le prétendu démantèlement de la SA Erasmus Euroset peut parfaitement être compris dans le cadre d'une opération de sauvetage et ne peut pas être décrit comme une faute grave manifeste ayant contribué à la faillite. Au moment de cette opération, il n'était pas certain qu'un sauvetage était illusoire ; il suffit de renvoyer sur ce point aux motifs énoncés sous le numéro 17. Il ne peut être valablement admis que des éléments d'actif ont été cédés sans contrepartie à DeckersSnoeck. Le transfert de clients potentiels à DeckersSnoeck peut s'inscrire dans le cadre de la collaboration envisagée avec DeckersSnoeck. En fin de compte, tous ces actes ont été accomplis dans les quatre mois précédant la faillite. Pour le tribunal, la cause de la faillite ne se trouve pas dans des faits qui se sont produits dans une très courte période qui a précédé la faillite, mais est bien davantage liée, comme le soutiennent les défendeurs, à une crise du secteur concerné.

Le chiffre d'affaires réalisé par la SA Erasmus Euroset au cours du premier trimestre 2012 démontre l'inexactitude des allégations de la demanderesse. Au cours de ce trimestre, un chiffre d'affaires de 1.098.230,72 EUR a été réalisé. La très petite différence avec le chiffre d'affaires qui a été réalisé au cours du quatrième trimestre 2011 (1.110.709,49 EUR) – soit une différence de 12.478,77 EUR – et celui qui a été réalisé au cours du premier trimestre de 2011 (1.132.147, 12 EUR) – soit une différence de 33.916,40 EUR – démontre l'inexactitude de la thèse selon laquelle la SA Erasmus Euroset aurait été complètement démantelée à partir de début 2012.

Le bilan intermédiaire au 31 mars 2012 de la SA Erasmus Euroset ne permet pas non plus de penser que la société aurait été démantelée et qu'il ne serait resté qu'une boîte vide. À cette date, les immobilisations corporelles s'élevaient en effet à 1.998.975,20 EUR, ce qui, en comparaison avec la situation au 31 décembre 2011 (2.114.325,13 EUR) correspond à une diminution relativement limitée. Les défendeurs expliquent que cette diminution doit être attribuée à une diminution des stocks (443.452,07 EUR au 31 décembre 2011 contre 276.585,49 EUR au 31 mars 2012).

Selon le tribunal, les notes de crédit ont été suffisamment justifiées. L'explication qui a été donnée par les défendeurs à propos du transfert de 232.000 EUR le satisfait également. Aucun acte fautif n'est prouvé.

22. Il suit de ce qui précède qu'aucune faute grave et caractérisée ne peut être retenue à charge des défendeurs, de sorte que la demande fondée sur l'article 530, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés est elle aussi non fondée.

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

(...)

## 362. L'action minoritaire

N° 1288. – Liège (14<sup>e</sup> ch.), 15 mai 2014<sup>1</sup>

**Présentation :** La décision d'introduire une action sociale contre les administrateurs et gérants appartient à l'assemblée générale mais les actionnaires minoritaires des SA, SPRL et SCRL ont également la possibilité d'introduire une action mettant en cause la gestion des dirigeants<sup>2</sup>, à condition de détenir une participation dépassant un certain seuil fixé par le législateur<sup>3</sup>, seuil qui nécessite fréquemment que les actionnaires minoritaires se fédèrent. Cette action minoritaire est introduite dans l'intérêt de la société, et non dans l'intérêt personnel des actionnaires agissant<sup>4</sup>, même s'ils agissent en leur nom propre et non au nom de la société comme dans l'action sociale stricto sensu. L'action minoritaire contre les dirigeants ne doit pas être déviée de son objectif ni utilisée par un actionnaire dans le but de résoudre indirectement un conflit entre actionnaires, d'autres solutions plus protectrices de l'intérêt de la société existant.

**Sommaire :** L'actionnaire qui poursuit prioritairement la mise en œuvre de ses droits personnels, n'est pas fondé à exercer l'actio mandati. La procédure prévue par les articles 562 et suivants du Code des sociétés ne peut être appliquée si les parties peuvent utilement rechercher une solution au conflit qui les oppose en recourant à la procédure de résolution des conflits internes définie par les articles 635 et suivants du Code des sociétés (exclusion ou retrait d'un actionnaire).

**Parties :** Daniel S. c/. Marc S., Yvan S., Philippe D'A. et SA Scierie

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

- 1288.- 1. Cette décision porte le numéro de rôle 2012/RG/1776 et son sommaire a été publié dans *DAOR* 2014, liv. 112, p. 143.
2. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés. Cette possibilité introduite par la loi du 18 juillet 1991 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 administrateurs pour faute de gestion ; les minoritaires devaient, pour triompher dans leur action, apporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel, différent du préjudice subi par la société.
3. Articles 290, §1, alinéa 2 (SPRL) et 416, §1, alinéa 2 (SCRL) du Code des sociétés ; dans une SA, il(s) doit (doivent) posséder au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs des titres auxquels sont attachés au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 EUR au moins. Dans une SPRL ou une SCRL, le seuil de participation est logiquement relevé : sont titulaires de l'action sociale, le ou les associé(s) détenant au jour de l'assemblée générale des parts auxquelles sont attachées au moins 10% des voix attachées à l'ensemble des parts existant à ce jour.
4. Voir G. HORSMANS qui insiste sur le fait que l'action minoritaire (doit) faire référence et s'appuyer sur l'intérêt social dans toutes ses composantes (*in* « Le conseil d'administration: pouvoirs et responsabilité », *Le nouveau droit belge des sociétés*, 1992, p. 30).

366. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 1289. – *Comm. Huy, 13 janvier 2016*<sup>1</sup>

*Présentation :* On est surpris de découvrir encore, près de 20 ans après l'adoption de cette loi, une SA sous-capitalisée. Quelles responsabilités pèsent sur les « protagonistes » d'une SA déclarée en faillite en 2014 et dont on constate qu'elle n'a jamais adapté son capital social au minimum, plus élevé, introduit par la loi du 13 avril 1995<sup>2</sup> ? La responsabilité des fondateurs ou celle des administrateurs peut-elle être engagée ? Pour les premiers, la réponse est clairement négative et pour les seconds clairement positive. En effet, le législateur a expressément prévu un régime particulier de responsabilité pour les dirigeants négligents<sup>3</sup>, outre que la partie préjudiciée peut se fonder sur le droit commun de la responsabilité des dirigeants<sup>4</sup>. Et le temps passé ne peut rien y faire, puisque le défaut d'adaptation du capital social présente un caractère continu, 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.

En l'espèce, il est amusant de constater que les dirigeants espéraient échapper à leur responsabilité en soutenant que c'était la faute du comptable de la société qui ne les avait... pas informés de la nécessité d'adapter le capital social ! C'est à juste titre que le Tribunal estime inexcusable pour un dirigeant social normalement compétent une telle ignorance de la loi, le montant minimum du capital social étant une disposition fondamentale du droit des sociétés.

*Sommaire :* En vertu de l'article 111, alinéa 3 de la loi du 13 avril 1995, les administrateurs d'une SA qui n'ont pas adapté le capital social au montant minimum nouveau avant le 30 juin 2001 sont solidairement responsables envers les intéressés de la différence entre le capital social et le capital minimum nouveau, soit 2.500.000 Bef, à moins que ceux-ci ne démontrent avoir proposé à l'assemblée générale des actionnaires d'augmenter le capital à due concurrence, ou de transformer ou de dissoudre la société.

- 1289.- 1. Cette décision n'a jamais été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de R.G. A/14/386.
2. Loi du 13 avril 1995 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.  
Sur cette question de l'absence d'adaptation des statuts d'une société commerciale aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum, voir nos précédents écrits relatifs à la société coopérative :
- « Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leurs statuts à la loi du 20 juillet 1991 : quelles protections pour les tiers ? » paru dans la *Revue de droit commercial*, 1998, pp. 588-595 ;
  - « La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum, note sous *Comm. Hasselt* (4e ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 200 ;
  - « 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 », note sous *Comm. Hasselt*, 26 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 205.
3. Tant la loi du 5 décembre 1984 que la loi du 13 avril 1995 augmentant le capital minimum des SA prévoient expressément la responsabilité solidaire des administrateurs pour la différence entre le capital souscrit et le capital nouvellement imposé.
4. L'absence d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences imposées par le législateur constitue une violation du Code des sociétés (articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) du Code des sociétés), une faute de droit commun (articles 1382 et 1383 du Code civil) et peut constituer une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société (articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés).

Un dirigeant normalement compétent ne peut ignorer une loi nouvelle augmentant le capital social minimum de la société qu'il gère, s'agissant d'une disposition fondamentale du droit des sociétés, sous peine de faute inexcusable dans son chef. Il importe peu à cet égard que le comptable de la société n'ait pas informé le dirigeant de cette nécessaire adaptation du capital minimum aux nouvelles exigences légales.

Parties : Mc Ancion, curateur SA D.P. / M. H., C. T. et SPRL C.

## 1. OBJET DES DEMANDES

**La demande principale** a pour objet d'entendre condamner les défendeurs, solidairement et indivisiblement, à payer au demandeur *qualitate qua* la somme de 20.226 EUR, à majorer des intérêts au taux légal à dater du 30 avril 2014 jusqu'à complet paiement.

**La demande reconventionnelle** a pour objet d'entendre autoriser la compensation entre les montants dus pour atteindre le capital minimum légal et les montants des avances faites par Monsieur H., à concurrence de 15.600 EUR.

**La demande en intervention forcée** a pour objet d'entendre condamner la SPRL C. à payer à Monsieur H. et Madame T. la somme de 20.266 EUR, à majorer des intérêts au taux légal à dater du 15 mai 2009 jusqu'à complet paiement. Ceux-ci forment en outre une demande incidente en faux civil, sur base des articles 895 et suivants du code civil, concernant la pièce 2 du dossier de la SPRL C..

## 2. LES FAITS

La faillite de la SA D.P. a été déclarée par jugement rendu le 30 avril 2014 par le tribunal de commerce de céans, Maître ANCION étant nommé en qualité de curateur.

Le curateur, constatant que le capital social s'élevait à 41.274 EUR, sollicite la condamnation des défendeurs, en leurs qualités d'actionnaires et administrateurs, au paiement de la somme de 20.226 EUR correspondant à la différence entre le capital souscrit et le capital minimum légal, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 modifiant la loi sur les sociétés commerciales.

*« La loi du 13 avril 1995 contenait un régime transitoire : à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 (le 1<sup>er</sup> juillet 1996), les sociétés existantes ont cinq ans (soit jusqu'au 30 juin 2001) pour que leur capital atteigne le montant minimum nouveau. Elles ne doivent corriger le montant de leur capital minimum avant l'expiration du délai que si elles prennent la décision de prolonger l'existence de la société ou d'augmenter le capital. Si une telle correction n'a pas lieu à temps, une responsabilité solidaire des administrateurs est d'application pour le paiement de la différence entre le capital social et 2.500.000 Fr, à moins que ceux-ci ne démontrent avoir proposé à l'assemblée générale des actionnaires de procéder à la correction. »*

(code des sociétés, La Charte, comm. sous l'article 439)

Les défendeurs n'ont pas satisfait à l'obligation de porter le capital au minimum légal, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer le régime de responsabilité solidaire des administrateurs.

En conséquence, la demande principale sera déclarée fondée.

Les défendeurs exposent avoir acquis les actions de la société en 2009. Ils reprochent à la SPRL C., comptable de la SA D.P., de ne pas les avoir informés de la nécessité d'adapter le capital de la société.

La SPRL C. conteste ne pas avoir informé les défendeurs au principal, affirmant les avoir mis au courant de la situation, raison pour laquelle d'ailleurs la cession des actions s'est faite à titre gratuit.

Quoiqu'il en soit quant à l'information qui aurait été donnée ou pas, il est difficilement compréhensible qu'un administrateur de société puisse ignorer le montant minimum du capital social, s'agissant d'une disposition fondamentale du droit des sociétés.

Pareille ignorance de la loi est inexcusable dans le chef d'un dirigeant social normalement compétent, la faute du comptable ne pouvant dès lors être retenue.

Il s'ensuit que la demande en intervention sera rejetée.

Les défendeurs forment une demande reconventionnelle tendant à ce qu'un montant de 15.600 EUR qu'ils auraient avancé à la société, entre le 31 décembre 2009 et le 16 novembre 2013, soit pris en compte par application du mécanisme de la compensation.

Ils exposent que ces avances ont été faites dans le but d'assurer à la société en difficultés une certaine trésorerie courante par la mise à disposition de moyens financiers suffisants, se référant notamment à un arrêt de la Cour d'appel de LIEGE du 14 avril 2005 (Rev. prat. soc., 2004, p. 369).

Cette jurisprudence considère que, sur le plan économique, un apport et une avance consistent, pour la société, en une mise à disposition de fonds poursuivant une même finalité qui est de permettre à la société de faire face au besoin de trésorerie créé par son activité.

Il sera fait application de cette jurisprudence qui apparaît actuellement majoritaire, étant par ailleurs équitable.

Le curateur répond que, bien que les défendeurs semblent apporter la preuve de paiements effectués de leurs comptes personnels au bénéfice du compte de la société, ils ne démontrent aucunement qu'il en résulte dans leur chef une créance vis-à-vis de la société faillie au jour du jugement déclaratif de faillite. Il précise que les paiements datent de 2009 à 2013 et qu'il n'y pas d'historique complet, de sorte qu'il en résulte l'impossibilité de déterminer si ces paiements ne doivent pas être compensés avec d'éventuels retraits.

Il appartiendra au curateur de vérifier dans la comptabilité, dont il devrait disposer, l'état actuel de la créance des défendeurs à l'égard de la société et, le cas échéant, solliciter l'application de l'article 54 de la loi sur les faillites.

Dans l'état actuel de la procédure, les défendeurs seront condamnés à payer la somme provisionnelle incontestable de 4.626 EUR (20.226 – 15.600).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL

STATUANT CONTRADICTOIREMENT

Reçoit les demandes principale et reconventionnelle

Condamne solidairement les défendeurs à payer au demandeur qualitate qua la somme provisionnelle de 4.626 EUR, majorée des intérêts au taux légal à dater du 30 avril 2014 jusqu'à complet paiement

Réserve à statuer sur le surplus

Renvoie la cause au rôle

Dit la demande en intervention forcée recevable mais non fondée

(...)

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

N° 1290. – *Comm. Gand, div. Gand (9<sup>e</sup> ch.), 3 septembre 2015<sup>1</sup>*

*Présentation :* Ce jugement illustre une faute d'un gérant de SPRL déclaré en faillite et qui engage sa responsabilité à l'égard d'un fournisseur habituel de celle-ci, demeuré impayé alors même qu'il bénéficiait d'un privilège spécial sur les produits facturés et d'une clause de réserve de propriété, ces produits ayant été vendus irrégulièrement par le gérant et à son profit. Le préjudice individuel de ce créancier se distingue du préjudice collectif des créanciers de la faillite.

*Sommaire partiel :* Commet une faute engageant sa responsabilité à l'égard des tiers le gérant de SPRL qui, à un moment où la société se trouve déjà depuis longtemps dans une situation virtuelle de faillite et faisait face à de graves difficultés financières, avec un faible rendement depuis des années et d'importants fonds propres négatifs sans que, manifestement, rien d'efficace ne soit fait pour s'y attaquer, vend des stocks en se favorisant lui-même avec le produit de cette vente (remboursement immédiat de prêts personnels) à la veille du dépôt de bilan. Cette opération a été menée dans un but frauduleux et a nui à la société en la dépossédant de ses actifs les plus importants. Le fait que l'instruction a été classée sans suite à défaut de preuve n'exclut pas qu'une faute extra-contractuelle soit établie.

*Parties :* SA KEROMA TECHNIEK / J.J.

(...)

**Sur le fond**

Il suit de ce qui précède que le seul dommage que la demanderesse peut légitimement revendiquer n'est pas la facturation complète des impayés, pour laquelle une reprise au passif de la faillite a été demandée, mais bien le dommage individuel concret présentant un lien de causalité avec l'irrégularité.

En l'espèce, le préjudice que la demanderesse a subi réside dans le fait qu'au moins une partie des produits facturés qui étaient privilégiés ont fait partie des stocks vendus et qu'une fois ces produits hors des actifs, la réserve de propriété qu'elle aurait pu invoquer dans le cadre de la faillite s'était évaporée.

Dans la mesure où la défenderesse conteste formellement que les stocks vendus contenaient tous les produits livrés par la demanderesse après le 31 juillet 2010 et affirme que certains biens de la demanderesse ont été traités par la voie ordinaire, il appartient à la demanderesse

1290.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, liv. 2, p. 83 et note.

de démontrer quels sont les biens, parmi ceux qu'elle a livrés, qui faisaient partie des stocks disparus : c'est là et uniquement là que se concentre son éventuel préjudice.

Pour le reste, il suffit (ndlr : il ne suffit pas) de constater que les stocks ont été vendus pour engendrer automatiquement une irrégularité dans le chef de la défenderesse ; il n'est, par ailleurs pas démontré que ces stocks n'auraient pas été vendus aux conditions du marché.

En outre et surtout, il convient de démontrer que le produit des stocks a été utilisé au détriment de la société et au profit du tiers attaqué dans un but non conforme à l'intérêt de la société.

En l'espèce, l'argent obtenu a clairement été utilisé pour rembourser le tiers poursuivi, Monsieur J.J., lequel a placé ses intérêts personnels avant ceux de la société.

### **Faute**

De l'ensemble des éléments présentés, il ressort indéniablement une intention manifeste, de la part de la défenderesse, au moment où elle a pris la décision de vendre les stocks, de se favoriser elle-même au détriment de la société :

- l'étonnante coïncidence entre le prix de la vente du 9 novembre 2010 (68.989,63 EUR) et le montant du versement sur le compte de la défenderesse le 17 novembre 2010 (67.341,35 EUR) ;
- l'affectation immédiate de cette somme à l'amortissement d'engagements purement personnels, en l'occurrence trois emprunts personnels, comme l'a admis la défenderesse dans le cadre de l'instruction ;
- le timing de cette opération qui a eu lieu moins d'un mois avant le dépôt du bilan et à un moment où la société devait faire face à de graves difficultés financières ;
- la constatation du fait que la défenderesse, en tant qu'administratrice de la société J&J Benelux, avait organisé le transfert des stocks vers une autre société étrangère qu'elle contrôle, par l'intermédiaire de laquelle elle pouvait poursuivre ses activités en cas d'issue fatale pour J&J Benelux.

Les stocks, qui au moins en partie étaient constitués de produits de la demanderesse restés impayés, ont été conservés, tandis que le produit de leur vente a été affecté à la couverture de besoins financiers personnels de la défenderesse.

Il s'agit d'une construction qui, dans un (...) but frauduleux, a nui à la société.

Du reste, tout ceci a eu lieu à un moment où la société se trouvait déjà depuis longtemps – d'après l'instruction, depuis le premier trimestre 2010 – dans une situation virtuelle de faillite, alors que les derniers comptes annuels montraient clairement que, depuis des années, la société avait un faible rendement et qu'elle trainait des fonds propres négatifs atteignant 308.118 EUR pour l'exercice 2009 (en raison de problèmes médicaux que la défenderesse invoque comme excuse), sans que, manifestement, rien d'efficace ne soit fait pour s'y attaquer (voir, en particulier, le rapport du gérant en ce qui concerne la continuité dans les comptes annuels – pièce 13 de la demanderesse).

On est clairement en présence d'une initiative délibérée allant à l'encontre des intérêts de la société qui a été dépossédée de ses actifs les plus importants.

Une irrégularité a donc bel et bien été commise, laquelle engage la responsabilité d'administrateur de la défenderesse.

Le fait que l'instruction a été classée sans suite à défaut de preuve ne signifie pas qu'une faute extracontractuelle ne peut pas avoir été commise.

(...)

### **Causalité**

Dans la mesure où la construction de la défenderesse est considérée comme une intention de vendre les stocks dans le but d'en encaisser le produit sur un compte propre, on est en présence d'une faute sans laquelle le préjudice ne se serait pas produit, puisque, sans elle, les stocks, en y incluant tous les privilèges, auraient encore été disponibles au moment de la faillite.

(...)

367. **La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil**  
 475. **L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA**

*N° 1291. – Anvers (4<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2014<sup>1</sup>*

*Présentation :* L'État belge cherche à engager la responsabilité des trois administrateurs d'une SA qui n'a plus versé ni la TVA (depuis plusieurs années), ni le précompte professionnel (durant 5 mois). Ayant échoué devant le premier juge, l'État belge réitère sa demande devant la Cour d'appel d'Anvers. Celle-ci rappelle que les actions en responsabilité formées à l'encontre d'administrateurs pour absence de versement par la société du précompte professionnel peuvent être fondées tant sur les articles 1382 et suivants du Code civil que sur l'article 442<sup>quater</sup> du Code des impôts sur les revenus, ce second régime – spécifique – n'excluant nullement l'application du droit commun de la responsabilité aquilienne ni d'autres régimes spécifiques de responsabilité en matière de droit des sociétés, de droit de la faillite ou de fiscalité. Et selon le fondement choisi par le demandeur en responsabilité, un régime distinct s'applique. Cet enseignement peut s'étendre aux actions en responsabilité pour absence de versement de la TVA. L'État peut introduire sa demande quand bien même la faillite de la société gérée est intervenue ; c'est un dommage qui lui est propre, individuel, qu'il réclame par ce biais aux administrateurs. Les deux parties donnent, selon la Cour, une mauvaise interprétation de l'article 93<sup>undecies</sup> C : les dirigeants en estimant qu'il n'y a pas en l'espèce de présomption de faute puisque la société a bénéficié d'une réorganisation judiciaire avant d'être déclarée en faillite, alors qu'on constate que son défaut de paiement de la TVA est la conséquence de difficultés financières auxquelles la société était déjà clairement confrontée bien avant la réorganisation judiciaire ; l'État belge en estimant que le paragraphe 3 de cet article ne pourrait s'appliquer si la faillite a seulement été prononcée après que les conditions ont été remplies pour l'application des paragraphes 2 et 5, à savoir le non-paiement répété de la TVA et l'envoi d'un avertissement aux administrateurs.

<sup>1</sup> 1291.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Limb. Rechtsl.* 2015, liv. 2, p. 122.

La Cour rappelle également que parmi les dirigeants d'une société commerciale, actifs et non-actifs répondent de manière identique de leurs actes<sup>2</sup>. Ni une éventuelle incompétence technique, ni le motif philanthropique pour lequel il aurait accepté sa mission, ni d'éventuelles absences au sein du conseil ne pourraient limiter la responsabilité d'un administrateur ou d'un gérant<sup>3</sup>. Ce n'est pas parce que les dirigeants de fait voient également leur responsabilité engagée à l'égard des tiers que les dirigeants de droit, inactifs, pourraient échapper à leur responsabilité.

2. De nombreuses décisions de jurisprudence vont dans ce sens. Voir par exemple Comm. Termonde (3<sup>ème</sup> ch.), 6 décembre 1999 (*J.D.S.C.*, 2001, n°315, p. 194 ; *T.R.V.*, 2000, p. 40 et note) en ces termes : « *Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la politique de la société. En effet, les administrateurs doivent exercer eux-mêmes leur mandat et ne peuvent jamais se faire remplacer de manière permanente par un mandataire comme cela fut le cas en l'espèce. (...) C'est déjà en soi une faute grave de prêter son nom et, sans s'occuper effectivement de l'administration de la société, d'en confier totalement la gestion de fait à un mandataire.* ».
- Voir également Gand (7<sup>ème</sup> ch.), 8 février 2001 (*J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211 et note M.A. DELVAUX intitulée « De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité ») : « *En tant qu'unique gérante, elle ne peut se cacher derrière les manquements du gérant de fait auquel elle abandonna la gestion « sans aucunement se soucier du fonctionnement de la société » (voir sa déclaration dans le procès-verbal n°10282)* ».
- Voir aussi Gand (7<sup>ème</sup> ch.), 9 mai 2005, *T.R.V.*, 2005, liv. 7, p. 480 et *J.D.S.C.*, 2007, n°777p. 61 et note M.A. DELVAUX intitulée « Les trois missions du dirigeant et le délai de prescription de sa responsabilité » : « (...) *Les autres administrateurs disent ne plus avoir été au courant de rien à partir du mois de mars 1984. Néanmoins, des administrateurs ne peuvent pas échapper à leur responsabilité en invoquant qu'ils ne se sont pas occupés des affaires de la société. Un administrateur est tenu de suivre les affaires de la société. S'il n'en a pas matériellement ou intellectuellement la possibilité, il doit refuser le mandat d'administrateur (J. RONSE, « Overzicht van Rechtspraak 1978-1985, Venmootschappen », *T.P.R.*, 1986, 201). (...) L'administrateur doit exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société* ».
- Voir Mons, 3 mars 2008, *J.D.S.C.*, 2010, n°949, p. 102 et obs. M.A. DELVAUX : Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en invoquant le fait qu'ils n'ont pas été impliqués dans la gestion de la société ; lorsqu'ils sont incapables matériellement ou intellectuellement de remplir leur fonction, ils ne doivent pas accepter leur mandat ; celui qui assume un rôle déterminé dans la société et se charge ainsi de remplir une certaine fonction sociale doit en effet posséder les connaissances et les qualités sur lesquelles les tiers sont en droit de compter.
- Voir également Gand, 10 novembre 2008, *NjW*, 2009, liv. 211, p. 820 et note S. DE GEYTER, *J.D.S.C.*, 2010, n°950, p. 108 qui considère que les administrateurs passifs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la gestion et que le fait de n'avoir exercé à aucun moment leur mission d'administrateur et de ne pas avoir contrôlé la manière dont était gérée la société constitue une faute grave manifeste. Voir enfin Gand (7<sup>ème</sup> bis ch.), 30 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2015, n° 1222, p. 136 et note M.A. DELVAUX intitulée « *Tout dirigeant de société doit-il assumer des responsabilités civiles ?* », *D.A.O.R.*, 2014 (sommaire), liv. 110, p. 274 : afin d'exécuter correctement son mandat, et en conformité avec son mandat, un administrateur doit s'occuper effectivement de la gestion et de la politique de la société ; il ne peut pas se contenter de prétendre qu'il n'a aucune expérience dans la vie des affaires car il lui incombe de suivre les affaires de la société et, s'il n'en est pas capable matériellement ou intellectuellement, il devait refuser le mandat.
3. "Un administrateur distrait, inactif, incompétent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations des L.C.S. ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même *s'il n'en a pas connaissance*" (O. RALET, *op. cit.*, p. 97 et J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 312). En soi, l'inactivité d'un administrateur n'est pas une cause d'exonération ; l'incompétence, l'absentéisme ou la méconnaissance des affaires de la société ne réduisent pas la responsabilité d'un administrateur, qui n'a pas à accepter une telle fonction s'il n'a pas la possibilité ou la volonté d'assumer cette charge (Comm. Mons, 2<sup>ème</sup> ch., 23 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2006, n°732, p. 129). Voir également Liège, 1 décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 280; Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 89, n° 6180, note P.C.; voir aussi sur ce point J.-L. FAGNART, "La responsabilité civile. Examen de jurisprudence 1968 à 1975", *J.T.*, 1976, p. 591.
- Par contre, la Cour d'appel de Gand étonne lorsque, dans un arrêt du 22 janvier 2008 (*Cour. fisc.* 2008 (reflet S. VERTOMMEN), liv. 6, 419 et note S. VERTOMMEN ; *F.J.F.* 2009, liv. 1, 8 et note, *J.D.S.C.*, 2009, n°908, p. 214), elle écarte toute responsabilité du précompte professionnel et les cotisations sociales demeuraient impayés, les faits révèlent qu'il n'était pas possible pour lui d'agir au sein de la société. Selon nous, le dirigeant qui se retrouve ainsi impuissant doit alerter l'assemblée générale et, si nécessaire, démissionner.

*Sommaire  
partiel :*

L'article 442<sup>quater</sup> CIR n'exclut nullement l'application des art. 1382 et suiv. C. civ. ni d'autres régimes spécifiques de responsabilité en matière de droit des sociétés, de droit de la faillite ou de fiscalité.

L'admission à la réorganisation judiciaire, suivie par une faillite, ne signifie pas qu'il ne pourrait plus être question de la moindre présomption de faute. L'administrateur qui, pendant des années, ne paie systématiquement pas la TVA et use d'une stratégie calculée afin d'éviter sciemment et volontairement le paiement de la TVA s'octroie de ce fait un crédit improprie pour payer d'autres créanciers – moins patients. La société vit de ce fait en partie aux frais des créanciers institutionnels et les administrateurs ont décidé de détourner de ces créanciers les moyens financiers dont ils disposaient à d'autres fins.

Dans la mesure où l'art. 93<sup>undecies</sup> C, CTVA tend à la responsabilité solidaire des administrateurs pour le paiement de la dette fiscale et, par conséquent, ne comprend aucune demande de paiement de dommages-intérêts, cette disposition permet que l'État belge intente l'action malgré une faillite éventuellement intervenue. La faute qui consiste en ce que les administrateurs d'une société assujettie à la TVA n'ont pas fait payer les taxes par cette société ne fait naître aucun dommage collectif, commun à tous les créanciers de la société faillie, mais un dommage individuel dont seul l'État belge peut demander l'indemnisation.

Celui qui s'est chargé du mandat d'administrateur d'une société en justice ne peut se défaire de sa responsabilité sur la base de sa propre passivité. À défaut de participation active à la gestion de la société, il lui incombe au moins l'obligation d'exercer une surveillance et un contrôle sur les autres administrateurs. Négliger cette obligation de contrôle est une faute qui a contribué au non-paiement de la TVA.

*Parties :* État belge / J.-P. C., E. H. et SA J.B.

(...)

7. Selon les administrateurs, la demande en indemnisation de l'Etat belge pour absence de versement du précompte professionnel n'est pas recevable.

D'après eux, conformément à l'article 442<sup>quater</sup>, § 5, du Code des impôts sur les revenus 1992, pour que l'action judiciaire contre les administrateurs soit recevable, elle doit être intentée à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le fonctionnaire autorisé à cet effet par le Gouvernement flamand par lettre recommandée à la poste, invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux. Pareille mise en demeure n'a pas été envoyée en ce qui concerne le précompte professionnel.

Que ce soit dans la citation introductive ou dans les conclusions, l'Etat belge a toujours explicitement fondé sa demande relative au précompte professionnel sur l'article 1382 du Code civil et non sur les dispositions fiscales de l'article 442<sup>quater</sup> du Code des impôts sur les revenus 1992.

L'article 442<sup>quater</sup> du Code des impôts sur les revenus n'exclut nullement l'application des articles 1382 et suivants du Code civil ni d'autres régimes spécifiques de responsabilité en matière de droit des sociétés, de droit de la faillite ou de fiscalité.

C'est à tort que les administrateurs soutiennent que l'article 442<sup>quater</sup> s'applique à toutes les actions en responsabilité formées à l'encontre d'administrateurs pour non-versement du précompte professionnel par la société, de sorte que même les actions en responsabilité fondées sur les articles 1382 et suivants du Code civil doivent être précédées, sous peine d'irrecevabilité, de l'avertissement prévu par l'article 442<sup>quater</sup>, § 5, du Code des impôts sur les revenus 1992.

C'est inexact. L'article 442<sup>quater</sup> du Code des impôts sur les revenus 1992 et les articles 1382 et suivants du Code civil créent des régimes de responsabilité différents.

Il est faux de prétendre que les règles et les obligations instaurées par l'article 442<sup>quater</sup> du Code des impôts sur les revenus 1992 s'appliquent à n'importe quelle action en responsabilité formée à l'encontre d'administrateurs pour non-versement du précompte professionnel, y compris celle fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil.

La demande relative au précompte professionnel est déclarée recevable à juste titre par le premier juge.

(...)

8. Sur le fond : la demande relative à la TVA

(...)

8.3. Les administrateurs se fondent sur l'article 93<sup>undecies</sup> C, § 3, du Code de la TVA, selon lequel il n'y a pas de présomption de faute 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.

C'est à tort que l'Etat belge soutient que l'application de ce troisième paragraphe est exclue si la faillite a seulement été prononcée après que les conditions ont été remplies pour l'application de l'article 93<sup>undecies</sup> C, § 2 et § 5, du Code de la TVA, à savoir le non-paiement répété de la TVA et l'envoi d'un avertissement aux administrateurs.

Et c'est tout autant à tort que les administrateurs soutiennent que, suite à la réorganisation judiciaire à laquelle la société a été autorisée par jugement du 7 décembre 2009 et à la faillite du 9 septembre 2010, il ne peut plus être question d'aucune présomption de faute.

On ne peut pas nier que la réorganisation judiciaire et, ensuite, la faillite de la SA P. sont la conséquence de difficultés financières auxquelles la société était déjà clairement confrontée en 2008.

Les comptes annuels se rapportant à l'exercice 2008, déposés le 30 juin 2009 (pièce n° 18 de l'Etat belge), montrent que les fonds propres de la société étaient négatifs à concurrence de 190.803 EUR, que des pertes d'un montant de 300.707 EUR avaient été reportées de l'exer-

cice précédent et qu'en 2008, des pertes avaient été enregistrées pour un montant de 296.197 EUR.

La cour ne s'est pas vue communiquer de chiffres plus anciens.

Cependant, la dette de TVA restée impayée la plus ancienne se rapporte à une période qui débute en mai 2005.

Dans ces circonstances, la Cour constate que pas un euro de la TVA due par la société n'a été versé depuis 2005 et ce alors que, pendant tout ce temps, la société a, en toute vraisemblance, poursuivi ses activités, versé les rémunérations nettes à ses travailleurs et payé ses fournisseurs, ce qui montre que des fonds étaient bel et bien disponibles au sein de la SA P. Dans les circonstances concrètes, le non-paiement systématique de la TVA pendant toutes ces années est l'effet d'une stratégie délibérée de la part des administrateurs de la SA P. qui a consisté à ne pas payer, sciemment et volontairement, la TVA et à s'octroyer ainsi un crédit artificiel pour payer d'autres créanciers moins patients.

Est révélateur dans ce cadre le fait que la liste des créanciers reprise dans le plan de réorganisation de la SA P. (pièce n° 19 de l'Etat belge) faisait état d'un passif total de 848.745,82 EUR, dont pas moins de 723.806,77 EUR concernaient des dettes à l'ONSS et à la TVA. Les autres créances relatives à la fourniture de matériel, d'électricité, etc. remontaient au plus tôt à mars 2008, mais dataient le plus souvent de 2009 et étaient toutes d'une portée limitée.

La société a, par conséquent, vécu en partie aux frais des créanciers institutionnels. Les administrateurs avaient décidé de soustraire à ces créanciers les moyens financiers dont ils disposaient pour les affecter à d'autres fins.

À défaut de preuve que les conditions de l'article 93undecies C, § 3, du Code de la TVA seraient remplies, l'Etat belge peut se fonder sur la présomption de faute instaurée par l'article 93undecies C, § 2, du Code de la TVA.

8.4. Les administrateurs de la SA P. ne parviennent pas à renverser cette présomption de faute.

Sur ce point, la Cour se rallie au raisonnement perspicace du premier juge, lequel n'est pas contesté en appel.

D'après les administrateurs, la raison pour laquelle la TVA n'a pas été payée n'a rien à voir avec un choix délibéré de leur part, mais est liée aux gros problèmes de liquidité rencontrés suite à l'implication de la SA C. (SA I.) dans deux procédures engageant des sommes importantes, ainsi qu'au retard encouru en 2008 par un important projet aux Pays-Bas, lequel, avec la crise économique, a affecté la SA I.

Les procédures invoquées par les administrateurs sont deux procédures d'arbitrage visant le recouvrement par la SA C. d'environ 230.000 EUR en capital auprès d'A.B. et d'environ 300.000 EUR en capital auprès de la SA B.V. Les sentences arbitrales datent respectivement des 13 décembre 2004, 2 décembre 2015 et 28 septembre 2006.

Ces recouvrements en suspens ont probablement débouché sur des problèmes de liquidité temporaires au sein de la SA C., mais cela n'explique en rien le fait que sa cliente, la SA P., n'a plus effectué aucun paiement à la TVA pendant cinq ans.

Il en va de même des difficultés rencontrées dans le cadre du projet au Pays-Bas.

Toutes les pièces qui ont été produites concernent exclusivement la SA I. (pièces n<sup>os</sup> 17-69 des administrateurs) et n'apportent, par conséquent, absolument pas la preuve que les anciens administrateurs ont géré avec précaution la SA P.

Aucune pièce n'a trait aux mesures qui auraient été prises au sein de la SA P. pour faire face aux difficultés rencontrées par la SA I. et à leurs retombées sur l'entreprise elle-même. Les administrateurs ne font mention d'aucune mesure de restructuration qui auraient été prises au sein de la SA P. ni d'aucune initiative pour trouver de nouveaux clients ou de nouvelles commandes. *A fortiori*, ils ne démontrent pas avoir réfléchi au redressement de la SA P.

Au contraire, il apparaît qu'ils ont rendu la SA P. complètement dépendante et subordonnée à la SA I. et qu'ils ont maintenu cette société en vie en vain en s'octroyant un crédit artificiel au détriment du fisc. Ils se sont clairement contentés de rester les bras croisés, tandis que les dettes de TVA s'accumulaient.

8.5. H.E. soutient n'avoir jamais effectivement géré la société.

La faculté, pour l'Etat belge, de poursuivre également, le cas échéant, les personnes qui détenaient le pouvoir de gestion en fait (article 93*undecies* C, § 1<sup>er</sup>, du Code de la TVA) ne fait en rien obstacle à ce qu'il poursuive les administrateurs qui détenaient ce pouvoir en droit pour des fautes qu'ils ont commises dans la gestion de la société. La présomption de faute énoncée plus haut vaut tout autant à l'égard de ces administrateurs en droit.

La personne qui a accepté un mandat d'administrateur au sein d'une société en droit ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en invoquant sa propre passivité. Dans le cas où elle n'a pas participé activement à la gestion de la société, pèse au moins sur elle une obligation de surveillance et de contrôle à l'égard des autres administrateurs.

Peu importe qu'elle soutienne ne pas s'être investie dans la gestion journalière de la société : le fait, pour H.E., d'avoir négligé d'exercer son obligation de contrôle constitue une faute et cette faute a contribué à ce que le non-paiement de la TVA perdure pendant la très longue période de cinq ans.

(...)

9. Sur le fond : la demande relative au précompte professionnel

9.1. L'Etat belge fonde cette demande sur l'article 1382 du Code civil et réclame l'octroi de dommages et intérêts.

Le fait que la faillite de la SA P. n'a pas encore été clôturée ne fait pas obstacle au jugement de cette demande.

La demande de l'Etat belge a pour objet l'indemnisation d'un dommage individuel.

L'Etat belge est le seul qui puisse invoquer que les administrateurs de la société assujettie ont, dans les circonstances concrètes, commis une faute en ne faisant pas payer les impôts par la société assujettie. Cette faute n'a pas fait naître un dommage collectif, commun à tous les

créanciers de la société faillie, mais un dommage individuel pour lequel seul l'Etat belge peut réclamer une indemnisation. Ni le curateur ni les autres créanciers individuels de la faillite de la SA P. ne peuvent invoquer ce fondement juridique.

L'Etat belge ne demande ni l'apurement du passif ni la reconstitution de l'actif de la masse faillie.

9.2. Puisque l'obligation légale de verser le précompte professionnel repose sur la société et pas sur ses administrateurs, le seul fait de ne pas verser le précompte professionnel ne constitue pas en lui-même une faute dans le chef des administrateurs.

Il incombe, par contre, aux administrateurs de veiller à ce que la société respecte ses obligations fiscales impératives de paiement et notamment l'obligation de payer le précompte professionnel à la date à laquelle il est dû.

Suivant l'Etat belge, les administrateurs ont commis un manquement au devoir général de prudence en faisant délibérément le choix de poursuivre l'activité de l'entreprise en enfreignant l'obligation légale de la société de payer.

Malgré les difficultés rencontrées par la SA P., le précompte professionnel a toujours été payé jusqu'au mois de février 2010. L'absence de paiement ne porte que sur une période limitée de cinq mois à partir de mars 2010, laquelle se situe en partie dans la période de suspension résultant de la réorganisation judiciaire de l'entreprise.

Dans ces circonstances, le seul fait de n'avoir pas payé le précompte professionnel pendant ces cinq mois pour un montant total d'un peu plus de 12.000 EUR ne prouve pas qu'on puisse reprocher aux administrateurs d'avoir fait un choix délibéré fautif en poursuivant encore pendant ces quelques mois l'activité professionnelle de la société et en continuant de verser les salaires et les rémunérations, bases de la dette pendante en matière de précompte professionnel.

À défaut de preuve d'une faute des administrateurs au sens des articles 1382 et suivants du Code civil, il y a lieu de rejeter la demande de l'Etat belge en ce qui concerne le précompte professionnel.

(...)

475. **L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la T.V.A.**N° 1292. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 27 mars 2015<sup>1</sup>

*Présentation :* Le régime spécial de responsabilité introduit par la loi-programme du 20 juillet 2006<sup>2</sup> en matière de T.V.A. prévoit une présomption réfragable de faute en cas de non-paiement répété par la société de sa dette T.V.A., présomption qui « tombe » lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire (art. 93undecies C, §§ 2 et 3 du Code de la T.V.A.).

En l'espèce, dans un délai de six mois, une SA a été admise à la procédure de réorganisation judiciaire et un sursis lui a été accordé, puis la procédure de concordat a pris fin en fait et la société a été déclarée en faillite. Le receveur a adressé l'avertissement visé à l'art. 93undecies C, § 5 après la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire et trois mois avant la déclaration de faillite, estimant que le non-paiement était imputable à la faute du dirigeant et non aux seules difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire.

L'État belge soutenait devant la Cour de cassation que dès que la procédure de réorganisation judiciaire est clôturée, la présomption de faute au sens de l'article 93undecies C, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, peut à nouveau être invoquée si les conditions pour le faire sont réunies après cette clôture, comme en l'espèce avant l'ouverture de la procédure de faillite.

*Sommaire :* S'il est mis fin à la procédure de concordat judiciaire et que la société est ainsi déclarée en faillite, l'exception, visée à l'article 93undecies C, § 3 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, à la présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de cet article, s'applique sans discontinuité jusqu'à la déclaration de faillite.

*Parties :* État belge / K.P.

(...)

### III. La décision de la Cour

**Sur le moyen :**

**Quant à la première branche :**

1. En vertu de l'article 93undecies C, § 1er, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, en cas de manquement à l'obligation de paiement de la taxe, les dirigeants chargés de la gestion journalière

1292.-1. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance ; elle porte le numéro de rôle F.14.0086.N. et est disponible sur le site de la Cour à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be).

2. Loi-programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2<sup>ème</sup> édition, p. 36921, articles 14, 15 et 16.

de la société sont solidairement responsables du non-paiement des dettes fiscales 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.

Le non-paiement répété des dettes d'impôt est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une telle faute si elle répond aux conditions du paragraphe 2 de cette disposition.

2. L'article 93undecies C, § 5, du même code dispose que 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 les destinataires à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.

3. En vertu de l'article 93undecies C, § 3, dans sa version applicable, il n'y a pas présomption de faute des dirigeants au sens du paragraphe 2, alinéa 1er, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

4. S'il est mis fin à la procédure de concordat judiciaire et que la société est ainsi déclarée en faillite, l'exception à la présomption de faute visée à l'article 93undecies C, § 3, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée s'applique sans discontinuité jusqu'à la déclaration de faillite.

5. Les juges d'appel ont constaté que :

- le 6 avril 2010, la société a été admise à la procédure de concordat judiciaire et le sursis a été accordé jusqu'au 28 juin 2010 inclus ;
- aucun accord collectif ne semblait possible et la procédure a pris fin en fait ;
- le 19 juillet 2010, le receveur a fait la notification visée à l'article 93undecies C, § 5 ;
- la société a été déclarée en faillite le 14 octobre 2010.

6. En considérant que, dans la mise en demeure du 19 juillet 2010, le receveur ne pouvait invoquer « la présomption que le non-paiement était imputable à la faute du dirigeant et non aux seules difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire et à la faillite subséquente », les juges d'appel ont légalement justifié leur décision.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

[...]

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il déclare l'appel recevable et décide que, dans la mise en demeure du 19 juillet 2010, le demandeur ne pouvait plus invoquer la présomption de faute visée à l'article 93undecies C, § 2, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Gand.

475. **L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA**

N° 1293. – Anvers 28 avril 2015<sup>1</sup>

*Présentation :* Moins de deux mois après qu'une SPRL ait été déclarée en faillite, l'État belge cherche à engager la responsabilité de sa gérante, une SA qui, avant même le prononcé du jugement déclaratif de faillite, avait déjà été sommée par le receveur d'assumer les arriérés de précompte professionnel sur pied de l'article 442quater du Code des impôts sur les revenus. Le Tribunal de commerce de Tongres condamne la SA gérante à assumer ce précompte professionnel impayé, et cette dernière fait appel. Devant la Cour d'appel d'Anvers, la SA gérante expose qu'elle ne peut se voir appliquer l'article 442quater § 1 parce qu'elle ne serait pas une « *personne chargée de la gestion journalière de la société* », outre qu'elle ne pourrait de toute façon pas être condamnée à assumer le précompte postérieur à la mise en demeure du receveur.

La Cour ne suit aucun de ces deux arguments.

D'une part, elle rappelle que le gérant d'une SPRL est également visé par le régime de l'article 442quater du Code des impôts sur les revenus de sorte qu'en cas de non-paiement répété du précompte professionnel, la présomption de faute prévue pour un dirigeant(s) de sociétés chargé(s) de sa gestion journalière vaut également pour un gérant. En l'espèce, la SA a été désignée gérante de la SPRL sans limite de compétence de sorte qu'elle était « *naturellement* » chargée de poser tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exclusion de ceux pour lesquels l'AG est compétente.

D'autre part, rien ne permet d'exclure la responsabilité de la SA gérante pour le précompte professionnel dû pour la période qui a suivi la mise en demeure du receveur. Un seul avertissement suffit pour engager la responsabilité du gérant et dès qu'il a reçu la mise en demeure, il a été parfaitement informé du problème et du fait qu'il fallait « *faire quelque chose* » à savoir contacter le receveur pour lui exposer les circonstances étrangères, et exclusives de faute de sa part, qui expliqueraient l'absence de paiement du précompte professionnel, ou veiller à ce que la SPRL gérée régularise sa situation en paiement des sommes dues.

La Cour confirme dès lors la condamnation, la faute de la SA gérante étant à la base des arriérés de paiement du précompte professionnel.

*Sommaire :* Le gérant d'une SPRL peut faire tout acte qui est nécessaire ou utile à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exclusion de ceux pour lesquels l'assemblée générale est compétente (art. 257 C. Soc.) et la SPRL est liée par tout acte effectué par son gérant (art. 258 C. Soc.) de sorte que le gérant d'une SPRL est également visé par le régime de l'article 442quater CIR/92. En cas de non-paiement répété du précompte professionnel, la présomption de faute prévue pour un dirigeant(s) de sociétés chargé(s) de sa gestion journalière vaut également pour le gérant d'une SPRL.

1293.-1. Cette décision a été évoquée dans *Cour. fisc.* 2015, liv. 16, p. 954 avec des commentaires de S. VERTOMMEN.

Une seule mise en demeure (avertissement préalable) est nécessaire pour engager la responsabilité du gérant de la SPRL en défaut de paiement du pré-compte professionnel sur pied de l'article 442<sup>quater</sup> CIR/92.

Selon les travaux préparatoires, dès qu'il y a un avertissement, le dirigeant ou gérant de la société est mis au courant qu'un problème se pose dans sa société et qu'il est souhaitable au préalable de s'accorder avec le receveur soit, pour établir que le non-paiement est imputable à des circonstances étrangères et qu'ils n'ont commis aucune faute, soit, pour veiller à ce que la société ou la personne morale remédie à l'absence de paiement.

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