

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

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

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2004, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales*, p. 647-728.

#### 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 24.1  
*DSC, 2<sup>e</sup> édition – 2002* – Livre 12

*Jurisprudence sélectionnée et commentée*

*par*

*Marie-Amélie DELVAUX*  
*Avocate au barreau de Namur*  
*Assistante aux Facultés universitaires de Namur*

265. Responsabilité des associés pour faute

N° 572. – *Comm. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2002<sup>1</sup>*

**Présentation:** Dans quelles mesures les associés sont-ils responsables du défaut d'adaptation du capital social de la société à de nouvelles exigences légales ? C'est ce qu'examine le tribunal de commerce d'Hasselt dans la présente décision.

**Sommaire partiel:** L'omission d'augmenter le capital social jusqu'au seuil du capital minimum prescrit par la loi du 20 juillet 1991 n'a pas pour conséquence que la société coopérative à responsabilité limitée devienne une société coopérative à responsabilité illimitée. La responsabilité des associés ne devient donc pas illimitée, de sorte qu'ils ne sont pas tenus sur cette base du passif de la société.

La responsabilité extracontractuelle des associés n'est mise en cause que si l'on peut démontrer que les associés, bien qu'ils en aient eu la possibilité, ont négligé de convoquer une assemblée générale en vue d'augmenter le capital social jusqu'au seuil du capital minimum légal.

**Parties:** Faillite SCRL V. c/ R.G., S.L. et M.M.

**Publication:** à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessous sous le numéro 370 intitulé «Responsabilité des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL»

(...)

1. Par acte sous seing privé, la SC V. a été constituée par R.G. (premier défendeur), S.L. (deuxième défendeur) et R.E. Le capital social s'élevait à 200.000 BEF, représentés par 200 parts d'une valeur nominale de 1.000 BEF. Le capital a été entièrement libéré. 161 parts ont été attribuées au premier défendeur, 29 au deuxième défendeur et 10 à R.E. (ce dernier ayant ultérieurement transféré ses actions à M.M.).

Par jugement du 11 août 1999 de ce tribunal, la SCRL V. a été déclarée en faillite. Le passif de la faillite s'élève, selon les curateurs, à 4.289,62 euros.

La SCRL V. est, selon les demandeurs *qualitate qua*, non contredits sur ce point par les défendeurs, une société qui a omis d'adapter son capital social au minimum de 750.000 BEF (aujourd'hui, 18.600 euros) prescrit par la loi du 20 juillet 1991.

Le premier défendeur, qui était administrateur de la société faillie, aurait oublié d'entreprendre les démarches nécessaires pour porter le capital au minimum légalement prescrit.

Les demandeurs *qualitate qua* considèrent que le premier défendeur est tenu, sur base des articles 408 et 409 du Code des sociétés, de l'apurement de l'intégralité du passif de la faillite.

(...)

572.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33.

4. Les demandeurs *qualitate qua* considèrent qu'en tant qu'associés, les deuxième et troisième défendeurs sont responsables du passif du fait que le capital minimum n'a pas été adapté.

Une certaine jurisprudence estime que, lorsqu'une société coopérative ne s'est pas conformée au prescrit de la loi du 20 juillet 1991 portant le capital minimum des sociétés coopératives à 750.000 F, la clause de ses statuts limitant la responsabilité des associés doit être réputée non écrite aussi longtemps que la régularisation de la coopérative n'a pas été opérée, et ce en application de l'art. 168 de cette loi. La responsabilité des associés (éventuellement fondateurs) devient donc illimitée et ils sont tenus de supporter le passif de la faillite éventuelle qui surviendrait (Comm. Liège, 27 mars 1996, *T.B.H.*, 1998, p. 608; Comm. Dinant, 4 mars 1997, *T.B.H.*, 1998, p. 609; Comm. Verviers, 18 novembre 1996, *Bull. Bel.*, 1998, p. 738). Cette jurisprudence ne peut toutefois être suivie (M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 589; K. GEENS *et al.*, «Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen (1992-1998)», *T.P.R.*, p. 474).

5. Dans leurs conclusions, les demandeurs *qualitate qua* ajoutent (sans approfondir) que les deuxième et troisième défendeurs peuvent être condamnés sur base d'une faute extracontractuelle. La faute extracontractuelle pourrait résider dans le fait que les associés ont omis de faire convoquer une assemblée générale dont l'ordre du jour aurait été l'adaptation du capital minimum.

Une telle négligence ne peut être considérée comme une faute des deuxième et troisième défendeurs que s'il est démontré qu'ils avaient la possibilité de faire convoquer pareille assemblée générale (M.-A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers», *T.B.H.*, 1998, p. 594). Or, les demandeurs *qualitate qua* n'apportent pas une telle preuve.

Par conséquent, les deuxième et troisième défendeurs ne peuvent être condamnés, en tant qu'associés, à l'apurement du passif de la faillite.

(...)

#### OBSERVATIONS

##### La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum

Dans une situation de défaut d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales dans le délai requis<sup>2</sup>, le curateur souhaite engager tant la responsabilité des fondateurs, que celle des associés et des dirigeants<sup>3</sup>.

Quant aux *associés*, le curateur mentionne deux fondements de responsabilité: d'une part, le fait que la société, n'ayant pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales, serait devenue une société à responsabilité illimitée; d'autre part, le fait qu'il est fautif pour les associés de ne pas avoir sollicité la réunion d'une assemblée générale ayant pour objet la mise en conformité du capital de la société.

2. L'article 2 de l'arrêté royal du 11 oct. 1991 fixant la date d'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 oct. 1991, p. 23.900) impose l'adaptation des statuts des coopératives existantes au plus tard le 1<sup>er</sup> nov. 1993.

3. En ce qui concerne la responsabilité des dirigeants, cette décision est publiée et commentée *infra*, sous le numéro 589.

Le premier fondement est rapidement balayé par le tribunal, à juste titre. Aux lendemains de l'adoption de la loi du 20 juillet 1991<sup>4</sup> introduisant la distinction entre deux formes de SC, la SCRIS et la SCRL, certains ont considéré que les coopératives non adaptées à la loi nouvelle devenaient de ce fait des SCRIS, quel que soit leur régime de responsabilité originel. Cette idée se fondait sur une interprétation particulière, et selon nous erronée, de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991, qui stipule que les dispositions statutaires contraires à la nouvelle loi sont considérées comme non écrites à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1993, date d'entrée en vigueur de la loi pour les coopératives existant déjà au 1<sup>er</sup> novembre 1991. La disposition statutaire selon laquelle les associés de la société coopérative ne sont tenus qu'à concurrence de leur souscription n'est, selon cette thèse, pas conforme à la loi nouvelle imposant un nouveau capital minimum, et donc doit être réputée non écrite. La société devient alors une SCRIS.

Cette argumentation doit être rejetée puisqu'en aucune manière une clause limitative de la responsabilité des associés n'est contraire à la loi du 20 juillet 1991; cette loi prévoit d'ailleurs expressément l'existence des SCRL à côté des SCRIS. C'est donc de manière peu pertinente que le curateur soutenait la responsabilité des associés sur base d'un engagement illimité et solidaire.

Le second fondement est malheureusement peu approfondi par le curateur à la faillite de la SCRL V., ce qui semble avoir justifié son rejet par le tribunal. Les associés pourraient éventuellement voir leur responsabilité aquilienne engagée pour deux motifs:

- soit parce qu'étant réunis en assemblée générale par les dirigeants, ils ont refusé de régulariser la situation de leur coopérative au regard des nouvelles exigences légales, que ce soit par le biais d'une augmentation de capital, d'une dissolution, ...;
- soit parce que les associés auraient pu eux-mêmes provoquer la réunion d'une assemblée générale ayant pour objet la régularisation de la coopérative au regard des nouvelles exigences légales; ceci implique que les curateurs établissent à tout le moins que les coopérateurs sont des personnes compétentes, bien informées des obligations légales s'imposant aux sociétés; ceci implique également que les coopérateurs bénéficient d'un certain pouvoir votal dans l'assemblée, et à tout le moins la participation en capital nécessaire à exiger la réunion d'une assemblée<sup>5</sup>.

On notera que contrairement aux dispositions relatives aux SA et aux SPRL<sup>6</sup>, le Code des sociétés ne prévoit pas en SCRL l'obligation pour les dirigeants de convoquer une assemblée générale lorsqu'un cinquième du capital social en fait la demande<sup>7</sup>. Il peut donc arriver qu'un coopérateur se retrouve bloqué par le refus des dirigeants de convoquer une assemblée qu'il aurait sollicitée. Dans pareille hypothèse, le coopérateur ne pourrait évidemment voir sa responsabilité engagée. Eventuellement, le coopérateur qui souhaite s'opposer clairement à la politique de la SCRL qui refuse de régulariser sa situation sur le plan du capital social pourrait choisir de *se retirer de la société*<sup>8</sup>; il obtiendrait alors le remboursement de sa part, à la condition qu'existe un capital variable qui excède le ca-

4. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16.591.

5. Même si les coopérateurs détiennent une participation insuffisante pour prendre seuls une décision, le simple fait de convoquer une assemblée générale a le mérite de «mettre sur le tapis» la question de la régularisation de la société au regard des nouvelles exigences en matière de capital. Les coopérateurs majoritaires seront alors nécessairement amenés à prendre leurs responsabilités sur ce point.

6. Voir les articles 268 (SPRL) et 532 (SA) du Code des sociétés.

7. Cette disposition peut cependant être insérée dans les statuts sociaux.

8. Articles 367 à 369 du Code des sociétés.

pital fixe (et évidemment le capital fixe minimum requis par la loi)<sup>9</sup>. Ne pas se retirer de la SCRL ne pourrait toutefois être considéré comme une faute présentant un lien causal avec le dommage subi par les tiers et engageant la responsabilité aquilienne du coopérateur. Le coopérateur mécontent pourrait également, à condition de détenir la majorité requise pour ce faire, révoquer le ou les dirigeants de la SCRL<sup>10</sup>. A nouveau toutefois, le fait pour le coopérateur de ne pas avoir tenté de révoquer le dirigeant ne pourrait être considéré comme une faute présentant un lien causal avec le dommage subi par les tiers et engageant sa responsabilité aquilienne.

En l'espèce, il semble que le curateur se soit contenté d'avancer ce fondement de responsabilité sans détailler son argumentation ni déposer de pièces adéquates. Or, seules des circonstances très particulières peuvent permettre d'établir clairement dans le chef des coopérateurs la faute nécessaire à engager leur responsabilité aquilienne.

Sur cette question des coopératives qui n'ont pas adapté leurs statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital, signalons l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 13 mars 2002<sup>11</sup> répondant à une question préjudicielle du Tribunal de première instance de Bruges formulée comme suit:

«L'article 2 de la loi sur les sociétés commerciales<sup>12</sup> [lois sur les sociétés commerciales, coordonnées par l'arrêté royal du 30 novembre 1935], tout au moins interprété en ce sens que cet article, outre les deux formes de sociétés coopératives prévues à l'article 141, § 2, de la loi précitée, en autorise encore une troisième, à savoir la société coopérative non transformée, dans laquelle les associés peuvent bénéficier d'une responsabilité limitée sans avoir procédé à une augmentation de capital dans la forme exigée par la loi et/ou sans avoir établi un plan financier, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en tant que ceci implique un traitement inégal injustifié par rapport aux associés de sociétés coopératives qui ont opté, en application des dispositions transitoires de la loi du 20 juillet 1991, pour l'une des formes prévues à l'article 141, § 2, de la loi sur les sociétés commerciales ?»

La Cour d'arbitrage considère que cette question n'appelle pas de réponse puisqu'elle ne dénonce pas une différence de traitement, mais bien le traitement égal de deux catégories d'associés, à savoir ceux qui ont et ceux qui n'ont pas respecté les obligations imposées par la loi du 20 juillet 1991, dans la mesure où ces deux catégories d'associés continuent de bénéficier du régime de la responsabilité limitée. La Cour ajoute qu'en réalité, ce n'est pas l'article 2 de la loi sur les sociétés commerciales qui semble critiqué, mais plutôt les dispositions transitoires de la loi du 20 juillet 1991, non soumises à son examen. Le Conseil des ministres avait souligné quant à lui que la question était mal formulée, puisque les demandeurs dans l'instance principale ne semblent pas tant se plaindre d'une différence de traitement de deux catégories d'associés que d'une différence de traitement de deux catégories de créanciers, selon que la coopérative qui est leur débitrice a procédé ou non à une augmentation de capital<sup>13</sup>.

9. Article 427 du Code des sociétés. A noter que le coopérateur qui se retire et ne peut obtenir immédiatement le remboursement de sa part à défaut d'actif disponible devient titulaire d'une créance contre la société relativement à ce remboursement.

10. Comme tout mandataire, le dirigeant est révocable *ad nutum* par la société, en application de l'article 2004 du Code civil. La majorité ordinaire est requise, à moins que les statuts n'exigent qu'une majorité spéciale soit réunie pour révoquer un dirigeant.

11. C.A., 13 mars 2002, n° 53/2002, *Arr. C.A.*, 2002, liv. 2, p. 613, *M.B.*, 30 mai 2002, p. 23 449.

12. Cet article est devenu l'article 2 du Code des sociétés.

13. Point A.I.2. de l'arrêt.

Remarquons que contrairement aux termes de cette question, il n'y a pas trois formes de coopératives au lendemain de la loi du 20 juillet 1991, mais juste UNE forme de société, la société coopérative, qui peut adopter deux visages bien distincts: la SCRL et la SCRIS<sup>14</sup>. Voilà donc une question très mal posée, et qui n'a donc logiquement pas connu de réponse.

## 265. Responsabilité des associés pour faute

N° 573. – *Comm. Hasselt, 26 novembre 2002*<sup>1</sup>

**Présentation:** Cette décision est particulièrement intéressante car il est extrêmement rare de rencontrer des applications jurisprudentielles de la responsabilité des associés pour défaut de convocation d'une assemblée générale dans le but d'adapter le capital social de la société à de nouvelles exigences légales.

**Sommaire partiel:** Les associés, les associés-fondateurs ou les administrateurs d'une SCRL ne peuvent pas être actionnés en paiement de la différence entre le capital souscrit et le capital minimum légal, si cette société n'a pas adapté son capital minimum à la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, les associés ne devenant pas non plus pour ce motif responsables solidairement et de manière illimitée pour les obligations de la SCRL. L'actionnaire majoritaire qui dispose des possibilités pour faire procéder à l'augmentation de capital requise fait preuve de négligence s'il ne fait pas usage de cette possibilité; il peut dès lors être condamné à apurer le passif de la société faillie.

**Parties:** Me Bert VANDENREYT *qualitate qua* faillite SC WERAS WOODCENTER c/ B.A., V.F. et V.M.

**Publication:** à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessous sous le numéro 270 intitulé «Généralités: le délai de prescription de l'action en responsabilité»

(...)

1. C'est par acte sous seing privé daté du 1<sup>er</sup> février 1989 que la SC Weras Woodcenter a été constituée entre J.G., J.E., B.A. (première défenderesse) et V.F. (deuxième défendeur). La responsabilité des associés était limitée à leur apport. Ils n'étaient ni solidairement ni indivisiblement responsables.

14. Sur cette question, on renvoie aux développements de M. COIPEL in *Le nouveau droit des asbl et des fondations*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 7 et 8. Parlant des «formes matrices» de groupements, l'auteur y rappelle qu'«il n'y a clairement qu'une forme de coopérative (art. 2, § 2 du Code). Cependant, celle-ci n'est qu'une sorte de matrice: elle n'existe pas comme telle et doit être complétée par une des deux modalités ou variantes que sont la SCRIS et la SCRL».

573.- 1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *NjW*, 2003, liv. 31, p. 567 et note H. DE WULF.

Le capital social s'élevait à 200.000 BEF, répartis en 200 actions ayant chacune une valeur nominale de 1.000 BEF.

Le capital était entièrement libéré.

25 actions ont été octroyées à J.G., 75 à J.E., 25 à la première défenderesse et 75 au deuxième défendeur.

La première défenderesse a été désignée en qualité de gérante. Consécutivement à l'assemblée générale extraordinaire tenue le 28 septembre 1989, il a été procédé à une augmentation de capital de 300.000 BEF, de sorte que le capital s'élevait désormais à 500.000 BEF. Cette augmentation de capital a débouché sur la création de 300 nouvelles actions, dont 150 ont été octroyées à J.E. et 150 au deuxième défendeur.

L'augmentation de capital a été libérée.

Consécutivement à l'assemblée générale extraordinaire du 15 mars 1991, J.E. et J.G. ont quitté la société.

Le troisième défendeur y est entré en qualité d'associé et a repris les 25 actions de J.G.

Le deuxième défendeur a repris les 225 actions de J.E.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire qui a eu lieu le 1<sup>er</sup> avril 1998, les premier et troisième défendeurs ont quitté la société et ont transféré toutes leurs actions au deuxième défendeur qui est donc devenu le seul actionnaire. Le deuxième défendeur a été nommé en qualité de gérant.

Par jugement du 4 mars 1999, la SC Weras Woodcenter a été déclarée en faillite.

Le passif non apuré de la faillite s'élevait à 220.283 BEF.

Par lettre du 18 avril 2000, le demandeur *q.q.* a mis les défendeurs en demeure de procéder au paiement du passif non apuré.

Puisqu'aucun paiement n'est intervenu, le demandeur *q.q.* a procédé à la citation.

2. Les défendeurs ont omis de porter le capital minimum de la société à 750.000 BEF, comme le prescrit la loi du 20 juillet 1991.

Le demandeur *q.q.* demande, sur cette base, le paiement par les défendeurs d'un montant de 6.197,33 euros (250.000 BEF), s'agissant de la différence entre le capital souscrit (500.000 BEF) et le capital minimum exigé par la loi (750.000 BEF).

Subsidiairement, le demandeur *q.q.* demande le paiement d'un montant de 5.460,67 euros, s'agissant du passif non apuré de la faillite.

(...)

4. Les premier et troisième défendeurs invoquent que l'action est prescrite, conformément à l'article 198 du Code des sociétés.

Le demandeur *q.q.* invoque, quant à lui, que la demande est dirigée contre les défendeurs en leur qualité d'associés, de sorte que la demande n'est pas prescrite.

L'article 198 du Code des sociétés stipule que les actions contre les associés sont prescrites par cinq ans à partir de la publication de leur retrait de la société, sinon à partir de la publication d'un acte de dissolution ou de l'expiration du terme contractuel.

Les premier et troisième défendeurs ont quitté la société le 1<sup>er</sup> avril 1998, de sorte que l'action ne sera prescrite que le 1<sup>er</sup> avril 2003.

Le deuxième défendeur n'a jamais quitté la société, de sorte que l'action n'est pas non plus prescrite en ce qui le concerne.

(...)

7. Le demandeur *q.q.* demande aux défendeurs le paiement de la différence entre le capital souscrit (500.000 BEF) et le capital minimum prescrit par la loi (750.000 BEF).

Les défendeurs ne peuvent pas, en leur qualité d'associés, d'associés fondateurs ou d'administrateurs, être condamnés au paiement de la différence entre le capital souscrit et le capital

minimum prescrit par la loi.

La loi du 20 juillet 1991 prévoit seulement qu'à défaut de mise en concordance des statuts avant l'expiration du délai prévu, les clauses statutaires contraires à ses dispositions seront réputées non écrites et que tout intéressé pourra demander au tribunal la dissolution de la société (art. 168 L. 20 juillet 1991).

Elle ne prévoit pas (comme c'est le cas pour les SA et les SPRL) que, si le capital n'est pas augmenté dans le délai jusqu'au nouveau minimum légal, les gérants ou administrateurs seront solidairement tenus au paiement de la différence entre ce montant minimum et le capital souscrit, à moins qu'ils aient convoqué une assemblée générale en fixant l'augmentation du capital à l'ordre du jour.

(...)

10. Le demandeur *q.q.* invoque que l'assemblée générale a omis d'entreprendre les démarches nécessaires pour augmenter le capital et, par conséquent, que les associés sont, sur la base de ce manquement, tenus à l'apurement du passif.

Les premier et troisième défendeurs ne détenaient chacun que 25 des 500 actions de la société. Ils n'avaient, par conséquent, pas la possibilité soit de faire convoquer une assemblée générale, soit de faire accepter une augmentation de capital. L'on ne peut dès lors leur reprocher aucune faute. Il en va autrement du deuxième défendeur qui était actionnaire majoritaire et qui, par conséquent, disposait des moyens nécessaires pour réaliser l'augmentation de capital.

Sur la base de cette négligence, il y a lieu de condamner le deuxième défendeur à l'apurement du passif.

(...)

Vu la gravité de la faute, le tribunal estime que le deuxième défendeur doit être tenu de l'entière responsabilité de l'insuffisance d'actif.

(...)

## OBSERVATIONS

### 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

Rares sont les illustrations jurisprudentielles de la responsabilité d'un coopérateur pour défaut d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum.

Ceci explique que la décision du Tribunal de commerce d'Hasselt du 26 novembre 2002 retienne notre attention.

L'élément qui semble fonder la décision du tribunal est le fait que le coopérateur V.F. était actionnaire majoritaire de la SCRL depuis le 13 mars 1991, détenant 450 des 500 parts représentant le capital social; ceci lui donnait le pouvoir nécessaire à réunir une assemblée générale et à décider d'une augmentation de capital apte à régulariser la situation de la coopérative. Les deux autres coopérateurs par contre, minoritaires puisque ne disposant chacun que de 25 des 500 actions de la société, ne voient pas leur responsabilité d'associés engagée.

Si cette application peu fréquente de la responsabilité des associés paraît intéressante, la décision du Tribunal d'Hasselt n'échappe toutefois pas totalement à la critique, notamment en ce qui concerne son manque de précision dans le temps et dans les faits.

Tout d'abord, on ignore si ce que l'on reproche au coopérateur majoritaire, c'est de ne pas avoir fait convoquer une assemblée générale ayant pour objet la régularisation de la coopérative aux nouvelles exigences légales ou si c'est le fait de ne pas avoir procédé à l'augmentation de capital le jour où l'assemblée générale a été réunie.

Quant à l'absence de convocation d'une assemblée générale, on rappelle que contrairement aux dispositions relatives aux SA et aux SPRL<sup>2</sup>, le Code des sociétés ne prévoit pas en SCRL l'obligation pour les dirigeants de convoquer une assemblée générale lorsqu'un cinquième du capital social en fait la demande. Il eut été possible dès lors, dans la présente espèce, que le coopérateur majoritaire se soit trouvé bloqué par le refus des dirigeants de convoquer une assemblée qu'il aurait sollicitée. Peut-on dans pareille hypothèse engager sa responsabilité ? Quant à l'absence de décision d'augmenter le capital le jour où l'assemblée a été réunie, le jugement commenté ne nous permet pas d'évaluer les responsabilités en cause: ce point était-il mis à l'ordre du jour par les dirigeants ? Incombait-il au coopérateur majoritaire de mettre cette question à l'ordre du jour et d'imposer pareille augmentation ? Comment partager les responsabilités respectives de l'associé majoritaire et du dirigeant ?

Ceci nous amène à notre second constat critique. Le tribunal a été largement influencé par le fait que le coopérateur majoritaire était également gérant de la SCRL au moment de la faillite pour reconnaître sa culpabilité. Selon les données de l'espèce qui transparaissent dans le jugement, B.A. a géré la SCRL depuis sa constitution jusqu'au 30 avril 1992; on ignore qui lui a succédé en qualité de gérant, mais on sait qu'à compter du 1<sup>er</sup> avril 1998 et jusqu'à la faillite le 4 mars 1999, c'est V.F. qui a été désigné à cette mission.

Il semble difficile à V.F., qui cumule les deux casquettes d'actionnaire majoritaire et de gérant de la SCRL, de soutenir qu'il a voulu, en sa qualité de coopérateur, convoquer une assemblée générale mais que cela lui a été refusé.

Il semble également difficile à V.F. de soutenir que l'augmentation de capital n'était pas à l'ordre du jour, alors même qu'en sa qualité de gérant il lui appartenait d'y inscrire ce point. Finalement, on se demande si le jugement commenté n'attribue pas au coopérateur majoritaire une responsabilité qui incombe *a priori* au dirigeant de la coopérative, ce qui résulte sans doute des données factuelles du litige puisqu'à partir du 1<sup>er</sup> avril 1998, le coopérateur majoritaire a géré celle-ci. Mais qu'en est-il de la période antérieure au 1<sup>er</sup> avril 1998 au cours de laquelle un tiers était gérant ?

Ce jugement crée une regrettable confusion entre les responsabilités de l'associé et du dirigeant, tout en manquant d'établir la distinction entre la période où V.F. était uniquement coopérateur et celle où il assumait également la gestion de la SCRL.

On note d'ailleurs que le Tribunal de commerce d'Hasselt condamne V.F. aussi bien en sa qualité de coopérateur majoritaire qu'en sa qualité de gérant ayant commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société.

Peut-être les statuts de la coopérative WERAS WOODCENTER prévoyaient-ils, comme c'est souvent le cas, que les coopérateurs représentant une certaine portion du capital social peuvent exiger la convocation d'une assemblée générale par les dirigeants. Dans ce cas, il était essentiel pour le tribunal de commerce de l'indiquer expressément, sous peine que sa décision de condamner le coopérateur majoritaire pour défaut d'augmentation de capital soit peu compréhensible.

On rappelle que le coopérateur confronté à un refus des instances dirigeantes de convoquer une assemblée générale en vue de modifier les statuts sociaux et d'ainsi régulariser la situa-

2. Voir les articles 268 (SPRL) et 532 (SA) du Code des sociétés.

tion de la SCRL gérée a la possibilité de:

- se retirer de la société<sup>3</sup> et obtenir alors le remboursement de sa part, à la condition qu'existe un capital variable qui excède le capital fixe (et évidemment le capital fixe minimum requis par la loi)<sup>4</sup>;
- révoquer le ou les dirigeants de la SCRL, à la condition de détenir la part de capital nécessaire pour ce faire<sup>5</sup>.

Soulignons enfin que, comme le rappelle le tribunal, l'article 198, § 1<sup>er</sup>, premier tiret du Code des sociétés prévoit une prescription quinquennale des actions contre les associés, le point de départ étant soit la publication de leur retrait de la société, soit la publication de la dissolution de la société, soit l'expiration du terme contractuel de celle-ci.

Il peut sembler curieux que le point de départ du délai de prescription ne s'identifie pas à la date de la commission de la faute ou de la découverte de celle-ci. Serait-il imaginable qu'un associé ait commis une faute bien longtemps avant sa sortie ou la fin de la société, et soit inquiet relativement à ce «vieux fait» dans les cinq années qui suivent cette sortie ou cette fin ? La réponse est négative. Nous pensons en effet qu'il convient de faire une *application combinée* des articles 198, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> tiret du Code des sociétés et 2262bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du Code civil: l'action en responsabilité contre l'associé, qui a un fondement extra-contractuel, est en tout cas prescrite cinq ans et un jour après que la victime a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable (droit commun de la prescription), et au plus tard cinq ans après la fin de la société ou la sortie de l'associé (prescription particulière prévue en droit des sociétés en ce qui concerne la responsabilité de l'associé). Il nous paraît inadéquat et injustifié en l'espèce de faire prévaloir la disposition particulière du droit des sociétés en application des adages «*lex specialis generali derogat*» et «*lex posterior priori derogat*», sous peine d'aboutir à des situations ridicules comme la recevabilité de la réclamation d'une indemnisation fondée sur des fautes vieilles de plusieurs dizaines d'années, sous prétexte que l'action est introduite dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'associé quitte la société ou à compter du jour où celle-ci prend fin. Le droit de la prescription vise à assurer une certaine sécurité juridique et à éviter la remise en cause perpétuelle de certaines situations. Un régime particulier de prescription, tel celui du Code des sociétés, ne pourrait aboutir à étendre de manière presque illimitée (si l'associé ne quitte jamais la société et si celle-ci ne prend jamais fin) la responsabilité juridique d'une personne, physique ou morale.

Sur cette question de la prescription, on lira également nos observations sous la même décision au numéro suivant.

3. Articles 367 à 369 du Code des sociétés.

4. Article 427 du Code des sociétés. A noter que le coopérateur qui se retire et ne peut obtenir immédiatement le remboursement de sa part à défaut d'actif disponible devient titulaire d'une créance contre la société relativement à ce remboursement.

5. Majorité ordinaire ou majorité spéciale requise expressément par les statuts pour révoquer un dirigeant.

## 270. Généralités: le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants

N° 574. – *Comm. Hasselt, 26 novembre 2002*<sup>1</sup>

**Présentation:** L'article 198, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> tiret du Code des sociétés prévoit que l'action en responsabilité contre les administrateurs et gérants se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol. Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les dirigeants, quel que soit son fondement juridique et que la faute s'identifie à un fait positif ou à une abstention.

**Sommaire partiel:** Le champ d'application de l'article 198 du Code des sociétés inclut l'omission dans le chef d'un administrateur ou d'un gérant. Aussi longtemps que le capital n'a pas été augmenté jusqu'au minimum prescrit par la loi, l'administrateur ne respecte pas les prescriptions légales applicables en la matière et est donc en défaut. La prescription d'une action qui est fondée sur la violation d'une disposition légale commence à courir soit au moment où il est satisfait à cette disposition légale, soit au jour où prend fin la mission de l'administrateur.

**Parties:** Me Bert VANDENREYT *qualitate qua* faillite SC WERAS WOODCENTER c/ B.A., V.F. et V.M.

**Publication:** à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessus sous le numéro 265 intitulé «Responsabilité des associés pour faute». On y retrouve la présentation des faits et antécédents de la cause.

(...)

5. Le demandeur *q.q.* a aussi intenté une action contre les premier et deuxième défendeurs en leur qualité d'administrateurs.

Conformément à l'article 198 du Code des sociétés, les actions contre les administrateurs, pour faits de leurs fonctions, sont prescrites par cinq ans à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

La première défenderesse a été administratrice jusqu'au 30 avril 1992; elle invoque donc que l'action est prescrite à son égard depuis le 30 avril 1997.

Le demandeur *q.q.* estime, pour sa part, que le fait de ne pas avoir augmenté le capital jusqu'à son minimum légal est un fait qui a été celé par dol et qui n'a été découvert qu'au moment où il a été désigné comme curateur, c'est-à-dire le 4 mars 1999.

Le demandeur *q.q.* en conclut que le délai de prescription n'a commencé à courir que le 4 mars 1999 et que l'action n'était donc pas prescrite au moment où il l'a intentée.

Selon le demandeur *q.q.*, les dispositions de l'article 198 du Code des sociétés ne s'appliquent de toute façon pas à son action – à laquelle doit s'appliquer le délai de prescription de trente ans – étant donné que ce n'est pas une action qui est en cause, mais une omission.

En ce qui concerne ce dernier argument, il convient de remarquer que le champ d'application de l'article 198 du Code des sociétés inclut l'omission dans le chef d'un administrateur

ou d'un gérant (comp. Cass., 29 mai 1980, *B.R.H.*, 1980, p. 563).

Par ailleurs, rien ne prouve que le fait de ne pas avoir augmenté le capital jusqu'à son minimum légal ait été tenu caché (et donc qu'il puisse être question de dol), de sorte que la prescription n'a pas commencé à courir le 4 mars 1999.

La première défenderesse a été administratrice jusqu'au 30 avril 1992. Après cette date, elle ne peut plus avoir posé aucun acte pour lequel elle peut être tenue responsable en qualité d'administratrice. Par conséquent, en ce qui la concerne, le délai de prescription a commencé à courir le 30 avril 1992 et l'action intentée par exploit daté du 4 février 2002 est irrecevable pour cause de prescription.

L'action dirigée contre le deuxième défendeur est, par contre, recevable: elle n'est pas prescrite.

Aussi longtemps que le capital n'a pas été augmenté jusqu'au minimum prescrit par la loi, l'administrateur ne respecte pas les prescriptions légales applicables en la matière et est donc en défaut. La prescription d'une action qui est fondée sur la violation d'une disposition légale ne commence à courir qu'au moment où il est satisfait à cette disposition légale.

(...)

## OBSERVATIONS

Dans la présente espèce, introduite en justice au cours de l'année 2000, le curateur souhaite engager notamment la responsabilité d'un administrateur dont les fonctions ont pris fin le 30 avril 1992, considérant que l'action n'est pas prescrite puisque:

- l'omission fautive n'est pas visée par la prescription quinquennale de l'article 198 du Code des sociétés, le droit commun devant dès lors s'appliquer;
- en tout état de cause, l'omission fautive a été celée par dol et n'a pu être découverte qu'au jour du prononcé de la faillite le 4 mars 1999, point de départ du délai de prescription.

Le tribunal rejette ces deux arguments.

D'une part, l'article 198 vise toute action en responsabilité contre les dirigeants, qu'elle soit fondée sur un fait positif ou sur une abstention. Il ne convient pas de s'arrêter au sens littéral du mot «faits» utilisé par le législateur<sup>2</sup>, alors que ce terme englobe tant l'action que l'omission. Pour illustrer cette affirmation, le tribunal mentionne un arrêt de cassation<sup>3</sup> relatif à la responsabilité d'un administrateur en raison de la non-validité d'une souscription lors d'une augmentation du capital; dans cette espèce, la cour a considéré que la prescription court à partir de la date de l'assemblée générale relative à la souscription ou, en cas de dol, à partir de la date de la découverte de l'irrégularité.

Citons une autre illustration d'omission fautive des dirigeants envisagée dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 14 mars 2002<sup>4</sup> en matière de défaut d'adaptation du capital d'une SPRL dans le délai requis: «Attendu que la loi du 15 juillet 1985 prescrivait la majoration du capital social dans un délai de cinq ans, les gérants étant constitués responsables de

2. Selon l'article 198, § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés: «Sont prescrites par cinq ans: (...) – toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits».

3. Cass., 29 mai 1980 (Ost c/ SA Le Patrimoine), *Arr. cass.*, 1979-1980, p. 1201, note: *J.C.B.*, 1980, p. 563, note A. STRANART; *Bull.*, 1980, p. 1190, note: *J.T.*, 1980, p. 653; *Pas.*, 1980, I, p. 1190, note: *R.W.*, 1980-1981, p. 2017; *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 21, note J. NELISSEN.

4. *J.L.M.B.*, 2003, p. 1260.

574.–1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *NjW*, 2003, liv. 31, p. 567 et note H. DE WULF.

cette augmentation du patrimoine; que le régime transitoire a pris fin le 24 août 1990 (voy. J.T., 1990, p. 640) et qu'à partir de cette date, l'appelant (en l'espèce l'intimé) était tenu d'y procéder ou à tout le moins de provoquer une assemblée générale pour que l'ajustement soit réalisé (voy. P. FRANÇOIS, Formation permanente C.U.P. – U.L.g., décembre 1989); Attendu que s'applique à (l'intimé) la prescription de l'article 194, alinéa 4, de la loi sur les sociétés commerciales; que toute action contre un gérant pour faits de sa fonction est prescrite après cinq ans, le délai commençant à courir ... au moment où le rajustement du capital s'imposait (Liège (7<sup>e</sup> ch.), 17 juin 1999, 1998/RG/1075, en cause M. Schröder / Me Thiry qualitate qua faillite SPRL Socar, N. Sprengheiti et P. Van Calster)».

Notons également que même si le droit commun avait été applicable, *quod non in casu*, il ne pouvait s'agir d'une prescription trentenaire comme l'affirme le curateur. En effet, la loi du 10 juin 1998 a complètement modifié le régime de la prescription<sup>5</sup>. Le nouvel article 2262bis du Code civil stipule que le délai de prescription relatif à une action contractuelle s'élève à 10 ans, tandis que le délai relatif à une action extra-contractuelle s'élève à 5 ans à compter du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable. Pour tout droit d'agir né avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, soit le 27 juillet 1998, le nouveau délai de prescription commence à s'appliquer à compter de l'entrée en vigueur de la loi<sup>6</sup>. En conséquence, suivant que le curateur agit en sa qualité de représentant de la société (action contractuelle) ou de représentant de la masse des créanciers (action extra-contractuelle), le délai pour agir se termine au plus tard le 26 juillet 2008 ou le 26 juillet 2003.

D'autre part, le curateur n'établit pas que le dirigeant a d'une quelconque façon celé l'absence d'augmentation de capital.

Le délai classique de cinq ans doit donc s'appliquer en l'espèce, à compter du jour où le dirigeant a cessé son activité. C'est dès lors à bon droit que le tribunal constate l'action prescrite à l'égard de B.A.

Rappelons enfin que la faute des dirigeants (ou des associés<sup>7</sup>) d'une SCRL n'ayant pas adapté son capital aux nouvelles exigences légales de la loi du 20 juillet 1991<sup>8</sup> est continue, et persiste aussi longtemps que le capital de la société n'a pas été augmenté. On risque donc de rencontrer encore à l'avenir de nombreuses espèces dans lesquelles la responsabilité des dirigeants ou des associés est recherchée sur cette base.

5. Loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription, M.B., 17 juill. 1998.

6. Article 10 de la loi du 10 juin 1998. Sur cette question, voir l'étude de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et R.O. DALCQ, «La loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription», J.T., 1998, pp. 705 à 709 et spéc. 707 et 708.

7. Voir les décisions et nos observations *supra*, aux numéros 572 et 573.

8. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, M.B., 1<sup>er</sup> août 1991, pp. 16.591.

## 270. Généralités: le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants

N° 575. – Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 21 novembre 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Etablir le point de départ de la prescription quinquennale de la responsabilité des dirigeants de sociétés peut poser des difficultés dans certaines espèces.

Ainsi, lorsque plusieurs faits successifs et indivisibles sont à l'origine du dommage, la prescription ne prend cours qu'au jour du dernier fait indivisible. Mais comment apprécier cette indivisibilité ? Le défaut, répété, d'avoir constitué une provision pour le risque d'une condamnation au paiement de redevances échues, ou le défaut, répété, de convoquer une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net s'identifient-ils à des fautes *indivisibles* ? C'est ce qu'examine l'arrêt publié ci-dessous.

**Sommaire** En vertu de l'article 194 des L.C.S.C. (art. 198 § 1<sup>er</sup> C. soc.), et par dérogation

**partiel:** au droit commun de la responsabilité quasi délictuelle, l'action contre les gérants ou les administrateurs pour faits de leurs fonctions se prescrit par cinq ans à dater de ces faits ou, en cas de dol, à dater de leur découverte. Cependant, dès lors que la faute résulte de plusieurs faits indivisibles, la prescription ne prend cours qu'à dater du dernier fait par lequel la faute est consommée.

Le délai de prescription, pour le défaut de constitution d'une provision pour le risque de condamnation au paiement de redevances échues, commence à courir, pour chacun des manquements successifs, du jour de la présentation à l'assemblée générale, pour approbation, des comptes annuels pour l'exercice concerné. En effet, le non-enregistrement de factures de redevances, afférentes à un exercice et, le cas échéant, aux exercices antérieurs, et le défaut de constitution d'une provision pour le risque de condamnation au paiement de ces factures, constituent autant de fautes distinctes qu'il y a d'exercices comptables durant la période incriminée.

De même, la circonstance que l'actif net de la société n'a jamais cessé d'être inférieur à la moitié du capital social depuis la survenance du litige pour lequel une provision aurait dû être actée, ne suffit pas pour considérer que les faits successifs consistant à avoir négligé de convoquer l'assemblée générale durant la période non couverte par la prescription présente, avec les mêmes faits couverts par la prescription, un caractère d'indivisibilité.

La circonstance que les faits ont concouru à la réalisation d'un même dommage, ou que des fautes successives de même nature ont été commises, ne confère pas davantage ce caractère aux faits invoqués. L'obligation de réparer le dommage résultant de la violation de l'article 103 des L.C.S.C. (art. 633 C. soc.) se prescrit à partir du jour où la perte a été constatée ou aurait dû l'être, en vertu des lois ou des statuts.

575.-1. Cette décision a été publiée dans J.L.M.B., 2003, liv. 29, p. 1271.

*Parties:* J. c/ BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY, SA de droit public

*Publication:* à noter que cette décision est également mentionnée et commentée ci-dessous sous le numéro 367 intitulé « Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil »

#### Les faits

1. L'appelante a été gérante de la SPRL Kalinka Free Shop, qui fut constituée le 25 mars 1982 et dont la faillite a été prononcée sur avenu le 2 février 1994.

Cette société – venue aux droits de son signataire originaire – était liée à la Régie des voies aériennes (RVA) – aux droits de laquelle BIAC a succédé – par un contrat conclu le 10 novembre 1981 aux termes duquel elle s'était vu concéder le droit d'exploiter un magasin dans la zone de transit de l'aérogare de Bruxelles, pour la vente d'articles pour enfants.

La concession d'exploitation avait une durée de dix ans et pouvait, à défaut de préavis, être prolongée pour des périodes successives de trois ans.

En contrepartie de ce droit d'exploiter, la société Kalinka devait payer une redevance fixe, indexée, de cent vingt-neuf mille cinq cents BEF par semestre ainsi qu'une redevance égale à vingt-cinq pour-cent de son chiffre d'affaires avec un minimum garanti semestriel de cinq cent quatre-vingt mille BEF, indexé, les deux redevances étant liées à l'indice des prix à la consommation.

2. Une contestation a surgi entre la RVA et la société Kalinka quant aux conditions dans lesquelles la RVA avait décidé d'accorder, le 8 décembre 1984, une concession concurrente à la SA Duty Free Shop dans la zone de transit.

Le 17 décembre 1984, la SPRL Kalinka a introduit devant le Conseil d'Etat un recours en annulation contre cette décision, lequel fut déclaré non fondé par un arrêt du 27 août 1992. Par citation du 21 décembre 1984, la société Kalinka a poursuivi la condamnation de la RVA au paiement de la somme de trente-cinq millions de francs en réparation du préjudice qu'elle prétendait subir du fait de la concurrence que lui faisait la SA Duty Shop.

De son côté, la RVA a introduit une action par citation du 7 août 1985 qui tendait à entendre condamner la société Kalinka au paiement d'une somme de 5.146.068 BEF, représentant des arriérés de redevances dues à ce moment, et a, par citation du 28 octobre 1985, poursuivi la faillite de la société Kalinka.

Après avoir joint ces différentes actions, le Tribunal de commerce de Bruxelles a, par jugement du 18 octobre 1988:

- autorisé Kalinka à invoquer l'exception d'inexécution et à suspendre le paiement des redevances sur le chiffre d'affaires, postérieures à l'octroi de la concession litigieuse de 1984;
- ordonné une mesure d'expertise portant sur l'évaluation du dommage subi par Kalinka et résultant de la présence « de l'adjudicataire retenu »;
- ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties d'établir le montant exact des redevances sur le chiffre d'affaires couvrant la période antérieure à l'octroi de la concession litigieuse;
- constaté que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies.

L'expert désigné par le tribunal, Monsieur Schoepp, a déposé les préliminaires de son rapport le 23 mars 1999 [N.D.L.R.: 1990] et son rapport le 20 septembre 1990.

3. Un arrêt de la cour de céans du 29 octobre 1993 a mis le jugement du 18 octobre 1988 à néant, décidé que les griefs formulés par la SPRL Kalinka à l'encontre de la RVA ne sont pas fondés, déclaré fondée en son principe la demande de la RVA tendant à entendre condam-

ner la SPRL Kalinka au paiement des arriérés de redevances et condamné celle-ci au paiement de la somme de cinq millions de francs à titre provisionnel.

La cour a, par ailleurs, constaté que la RVA ne postulait pas la résiliation du contrat de concession et n'avait pas maintenu, dans ses conclusions déposées le 12 juin 1992, sa demande en déclaration de faillite de la SPRL Kalinka.

Dans son arrêt du 10 septembre 1999 rendu après la clôture de la faillite de la SPRL Kalinka, la cour de céans a condamné ladite société à payer à BIAC, actuelle intimée, la somme de 15.846.471 BEF à titre d'arriérés de redevances, majorée des intérêts judiciaires sur un montant de 5.146.666 BEF depuis le 7 août 1985 jusqu'au 11 juin 1992, sur un montant de 18.365.793 BEF depuis le 12 juin 1992 jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 1999 et sur 25.846.471 BEF depuis le 1<sup>er</sup> juin 1999 jusqu'au complet paiement, le tout diminué de la somme de cinq millions de francs accordée à titre provisionnel.

Il n'est pas contesté que l'actif de la faillite ne permettait pas de couvrir tout ou partie de la créance de la RVA.

#### Objet des demandes originaires et de l'appel

4. Par citation du 4 août 1997, la RVA a introduit une demande qui tend à entendre condamner Madame J. au paiement de la somme de 25.846.471 BEF à augmenter des intérêts judiciaires depuis le 7 août 1988, en réparation du préjudice que la RVA dit avoir subi en raison des fautes commises par Madame J. dans l'exercice de la sa fonction de gérante de la SPRL Kalinka.

Madame J. a introduit une demande reconventionnelle qui tend à entendre condamner la RVA au paiement de la somme des deux cent cinquante mille BEF pour procédure téméraire et vexatoire.

Le jugement attaqué dit les demandes recevables et la demande principale seule fondée.

5. Madame J. poursuit la mise à néant de cette décision et porte sa demande pour procédure téméraire et vexatoire à un montant de 6.197,34 euros.

BIAC postule la confirmation du jugement attaqué et demande à la cour d'ordonner la capitalisation des intérêts échus.

#### Discussion

##### A. Sur la prescription de l'action principale originaire

6. Attendu qu'en vertu de l'article 194 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, la prescription de cinq ans à laquelle sont soumises les actions contre les gérants et administrateurs pour faits de leurs fonctions prend cours à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits;

Que cette disposition déroge à la règle de droit de commun selon laquelle une obligation quasi délictuelle se prescrit à partir du jour où le quasi-délit produit des conséquences dommageables ou une aggravation de ce dommage;

Attendu que, lorsque la faute reprochée résulte de plusieurs faits indivisibles, la prescription quinquennale de l'action en responsabilité ne prend cours que lorsque la faute est consommée par le dernier des faits indivisibles (Cass., 14 février 1935, *Pas.*, 1935, 159);

7. Attendu que les faits invoqués à l'appui de l'action en dommages et intérêts intentée le 4 août 1997 par l'intimée sont les suivants:

- le fait d'avoir dissimulé la situation réelle de la société en ne portant pas au passif du bilan des redevances semestrielles dues en vertu de la concession domaniale et en ne constituant pas une provision pour le risque de condamnation au paiement de ces redevances et ce, pour les exercices 1985 à 1993;

– le fait d'avoir poursuivi durant toute cette période une activité déficitaire nonobstant la perte de capital, sans avoir réuni l'assemblée générale en vue de délibérer de la dissolution éventuelle de la société ou de toute autre mesure en vue de redresser la situation financière de l'entreprise;

Attendu que Madame J. soutient qu'en application de l'article 194 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, l'action est prescrite pour l'ensemble des faits dénoncés;

Qu'elle fait valoir sans s'expliquer plus avant que le délai de prescription a pris cours au plus tard le jour où l'intimée a pris connaissance du défaut de constitution d'une provision pour couvrir le risque de condamnation à payer les redevances;

Qu'il est permis de supposer que l'appelant considère ainsi que n'ayant jamais procédé à la constitution d'une provision pour risques, le délai de prescription a pris cours lors de l'approbation des premiers comptes annuels de la société postérieurs à la naissance du litige qui l'opposait à la RVA à propos du paiement des redevances;

Attendu que BIAC soutient quant à elle que le point de départ du délai de prescription se situe, pour l'ensemble des faits dénoncés, au jour de la faillite de la société ou au plus tôt le 27 mai 1993, jour de l'adoption par l'assemblée générale de la SPRL Kalinka des derniers comptes annuels arrêtés le 31 décembre 1992, au motif que la faute reprochée ayant conduit à la poursuite d'une activité déficitaire et à l'insolvabilité de la SPRL Kalinka résulterait d'un ensemble de faits successifs et indivisibles;

8. Attendu qu'aucune des deux positions ne peut être suivie;

Attendu que la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises impose en son article 7 une contrainte de périodicité qui rend annuelle l'obligation d'établir avec bonne foi et prudence un état descriptif de la situation de l'entreprise, en conformité avec les dispositions de l'arrêté royal du 8 octobre 1976;

Attendu que les faits invoqués, consistant à n'avoir ni enregistré à leur valeur nominale les factures de redevances afférentes à l'exercice concerné et, le cas échéant, aux exercices antérieurs, ni constitué une provision pour le risque de condamnation au paiement de ces factures, constituent autant de fautes distinctes qu'il y a d'exercices comptables durant la période incriminée allant de la survenance du litige opposant la société à la RVA jusqu'au jour de sa faillite;

Qu'il n'y a pas lieu de considérer que les faits dénoncés procèdent d'une seule et même décision de ne pas couvrir, par la constitution d'une provision, la charge qui pourrait résulter d'une condamnation de la SPRL Kalinka à payer les redevances échues joint au risque de s'entendre débouter de son action en dommages intérêts;

Que c'est en effet chaque année, lors de la clôture de l'exercice, que naît une nouvelle obligation d'établir des comptes annuels qui donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'entreprise et ce, indépendamment de la façon dont la situation de l'entreprise a été présentée pour les exercices précédents, la société n'étant nullement liée par des décisions ayant porté sur la manière de présenter la situation de l'entreprise pour des exercices antérieurs.

Que c'est donc à tort que BIAC prétend que la faute reprochée serait le résultat d'un ensemble de faits successifs et indivisibles et que celle-ci n'aurait, partant, été consommée, qu'au cours de la période non couverte par la prescription;

Que c'est donc également à tort que l'appelante soutient apparemment qu'il n'y aurait qu'une seule faute, consommée dans la première décision de ne pas faire figurer dans les comptes la dette envers la RVA dans les comptes annuels ou constituer pour celle-ci une provision;

Que l'examen des pièces du dossier révèle d'ailleurs que la question de savoir s'il fallait mentionner la dette envers la RVA dans les comptes annuels ou constituer pour celle-ci une provision a été soulevée plusieurs fois au cours de la vie de la société;

Attendu que le délai de prescription pour le défaut d'avoir constitué une provision pour le

risque de condamnation au paiement des redevances échues, commence à courir pour chacun des manquements successifs, du jour de la présentation à l'assemblée générale, pour approbation des comptes annuels pour l'exercice concerné;

Qu'est donc couvert par la prescription le fait d'avoir établi pour les exercices successifs jusqu'à l'exercice 1991 inclus, des comptes annuels ne mentionnant ni la dette envers la RVA ni une provision à cet égard, les comptes pour l'exercice 1991 ayant été présentés à l'assemblée générale pour approbation le 29 mai 1992 et la citation datant du 4 août 1997; Attendu qu'il ne pourrait en être autrement que s'il était établi que les faits sur lesquels repose la demande ont été celés par dol, ce qui n'est pas invoqué;

Que la RVA, créancière des redevances, était en effet parfaitement informée que les factures qu'elles établissaient n'étaient pas régulièrement reprises dans les comptes annuels au titre de charges et qu'aucune provision n'était constituée pour le risque de condamnation au paiement de ces redevances;

Que ce fait a, par ailleurs, été signalé et commenté par l'expert désigné par le Tribunal de commerce de Bruxelles dans ses préliminaires déposés le 23 mars 1990;

9. Attendu que l'obligation de réparer le dommage résultant de la méconnaissance du devoir, eu égard à la perte de capital, de convoquer l'assemblée générale en vue de délibérer de la dissolution de la société, se prescrit à partir du jour où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des lois ou des statuts;

Que la citation datant du 4 août 1997, tout fait antérieur au 3 août 1992 est donc en principe prescrite;

Attendu que le caractère permanent de la violation de cette obligation, à supposer l'infraction invoquée établie, ne permet pas de conclure que le défaut d'avoir convoqué l'assemblée générale en application de l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales échapperait, pour la période antérieure au 3 août 1992, à la prescription de cinq ans au seul motif que le même manquement s'est reproduit à cette date;

Que la faute consistant à ne pas respecter le prescrit de cette disposition est, en effet, consommée dès l'instant où les administrateurs et les gérants omettent de convoquer l'assemblée générale alors qu'ils ont ou auraient dû constater que l'actif net de la société est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social;

Que la constatation éventuelle que l'actif net de la SPRL Kalinka n'a en réalité jamais cessé d'être inférieur à la moitié du capital social depuis la survenance du litige qui l'a opposée à la RVA ne suffit pas pour considérer que les faits successifs consistant à avoir négligé de convoquer l'assemblée générale durant la période non couverte par la prescription présentent avec les mêmes faits couverts par la prescription, un caractère d'indivisibilité.

Attendu qu'il échet, en outre, de constater que BIAC prétend erronément pouvoir déduire le caractère indivisible des faits successifs dénoncés de la circonstance qu'ils ont concouru à la réalisation du dommage invoqué, à savoir l'impossibilité résultant de l'insolvabilité de la SPRL Kalinka au jour de la faillite, d'obtenir le paiement des redevances échues entre 1982 et 1992;

Que, comme indiqué plus haut, la prescription quinquennale en ce qui concerne les faits commis par les administrateurs et gérants de sociétés dans l'exercice de leur fonction prend cours à la date des faits, et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables;

Que la circonstance que des fautes successives de même nature ont été commises ne rend pas les faits constitutifs de ces fautes indivisibles;

Que s'il fallait toutefois tenir compte du jour de la survenance du dommage pour le calcul du délai de prescription, force serait de constater que le dommage est pour partie bien antérieur au jour de la faillite, puisque la situation financière de la SPRL Kalinka était à ce point obérée que la RVA postulait déjà sa faillite par citation du 28 octobre 1985;

Que, d'autre part, les faits successifs dénoncés n'ont pas concouru à la survenance d'un

même dommage, chaque fait pris séparément n'ayant provoqué que l'augmentation de la créance irrécouvrable, constituée par les factures s'échelonnant entre 1982 et 1992; Attendu qu'il résulte de ce qui précède que les faits antérieurs au 3 août 1992 sont couverts par la prescription.  
(...)

### OBSERVATIONS

#### Le point de départ du délai de prescription quinquennal des actions en responsabilité des dirigeants: analyse de deux applications pratiques

1. Cet arrêt met en œuvre la prescription quinquennale, érigée à l'article 198, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> tiret du Code des sociétés, en ce qui concerne les faits commis par les administrateurs et gérants de sociétés dans l'exercice de leur fonction.

Le délai de 5 ans prend normalement cours à la date des faits, et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables<sup>2</sup>. La prise de cours du délai peut cependant être retardée dans deux hypothèses:

- lorsqu'il est établi que les faits sur lesquels repose la demande ont été celés par dol; dans ce cas la prise de cours du délai quinquennal est postposée à la date de la découverte de ces faits;
- lorsqu'on constate que la faute résulte d'un ensemble de faits successifs et indivisibles; dans ce cas, le délai ne prend cours qu'au jour de l'accomplissement du dernier fait.

2. Le point de départ de la prescription quinquennale est envisagé en l'espèce dans deux hypothèses: d'une part celle de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion s'identifiant au fait d'avoir omis, durant plusieurs années, d'inscrire dans les comptes annuels une provision pour le risque de condamnation au paiement de redevances échues; d'autre part, celle de la responsabilité des dirigeants qui ont omis, durant plusieurs années, de «tirer la sonnette d'alarme» selon le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés.

3. Dans la première hypothèse, c'est à bon droit que la cour précise que l'obligation d'établir des comptes fiables est annuelle, et que l'omission corrélatrice constitue une faute spécifique, susceptible de se répéter chaque année, comme en l'espèce. Puisqu'il ne s'agit pas d'un ensemble de fautes successives et indivisibles, le délai de prescription prend cours séparément pour chaque faute à la date à laquelle elle a été commise, à savoir le jour de la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale.

4. La seconde hypothèse semble plus complexe. En vertu de l'article 332 du Code des sociétés<sup>3</sup>, les dirigeants de SPRL doivent réunir une assemblée générale dans les deux mois du constat selon lequel l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social. Une nouvelle convocation doit être faite si l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social.

Certains développements de l'arrêt commenté nous paraissent imprécis ou erronés, même si la solution finale adoptée est adéquate sur le principe, une erreur de calcul étant toutefois commise.

2. La prise de cours du délai diffère donc du régime de droit commun instauré par l'article 2262bis du Code civil.

3. Article 431 du Code des sociétés pour les SCRL et article 633 pour les SA.

#### a) Le défaut de convocation de l'assemblée, faute instantanée ou continue ?

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 compter 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. Il semble bien que dans le dossier tranché par la Cour d'appel de Bruxelles, la SPRL Kalinka gérée par Madame J. se soit trouvée durant de nombreuses années avec un actif net inférieur à la moitié du capital social.

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<sup>4</sup>.

Dans l'arrêt commenté, la cour met à bon droit en lumière l'instantanéité de la faute, tout en soulignant le «caractère permanent de la violation de cette obligation» (de réunir une assemblée générale). Cette affirmation manque de nuance puisque, comme souligné précédemment, la faute se concrétise uniquement le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites, et non de façon permanente. De même, on ne peut suivre la cour lorsqu'elle évoque «les faits successifs consistant à avoir négligé de convoquer l'assemblée générale» alors que la faute s'est réalisée une seule fois. Il semble que tout en reconnaissant le caractère instantané de la faute, la cour considère qu'elle se répète régulièrement et à l'identique, puisque la situation dramatique de la société ne s'améliore pas.

#### b) Le défaut de convocation de l'assemblée, faute simple de gestion ?

Peut-être la cour d'appel a-t-elle considéré que chaque année, lors de l'assemblée générale ordinaire et de la présentation des comptes annuels, le dirigeant constate «officiellement» la perte grave du capital social (à concurrence de la moitié ou des trois quarts) et se voit donc dans l'obligation de réunir une nouvelle assemblée générale dans les deux mois de ce constat «officiel» ? S'il est vrai qu'on ne peut qu'encourager les dirigeants de sociétés, dans le cadre d'une saine gestion, à faire le point annuellement sur la situation comptable de la société et les mesures aptes à «redresser la barre», on ne peut par contre leur reprocher une violation de l'article 332 du Code s'ils n'en font rien. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il y a une faute de gestion au sens de l'article 262 du Code des sociétés, en prouvant que le dirigeant normalement prudent et diligent dans l'exercice de sa mission de gestion aurait nécessairement proposé des mesures de redressement à l'assemblée générale. Seuls l'assemblée générale dans le cadre de l'action sociale, les actionnaires minoritaires dans le cadre de

4. X. FOSSOUL, «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», in X, *Liber amicorum*, Commission Droit et Vie des Affaires, 40<sup>e</sup> Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, page 571 et les références citées.

A noter que l'ensemble de la contribution de Xavier FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pages 565 à 581).

l'action minoritaire ou le curateur en sa qualité de représentant de la société peuvent invoquer cette faute simple de gestion, de nature contractuelle. Le demandeur à l'action devra en outre établir positivement le lien causal entre cette faute et le dommage dont il réclame la réparation, sans bénéficier de la présomption réfragable de causalité instaurée par l'article 332 du Code des sociétés.

c) *L'instant précis où la faute consistant en un défaut de convoquer une assemblée générale est commise ?*

La cour adopte une position favorable aux dirigeants lorsqu'elle considère que le point de départ du délai est «le jour où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des lois ou des statuts». Or, le Code précise que le dirigeant dispose d'un délai de deux mois à compter du constat pour réunir une assemblée générale. La faute se concrétise donc 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; c'est ce jour, par définition postérieur à la date du constat de la perte de capital, qui est le point de départ du délai quinquennal selon nous. Ajoutons que l'article 268, alinéa 3 du Code des sociétés impose que la convocation soit envoyée par lettre recommandée quinze jours avant l'assemblée. Nous ne disposons pas de suffisamment d'éléments factuels, et notamment comptables, pour nous prononcer avec toute la certitude requise, mais il semblerait que la prescription soit acquise si le constat de perte de la moitié du capital social est antérieur au 19 mai 1992, à savoir cinq ans et six semaines<sup>5</sup> avant l'introduction de l'action en justice, et à condition qu'une perte des trois quarts du capital social n'ait pas été constatée, puisqu'elle crée une seconde obligation de réunir une assemblée générale.

Sur toutes ces questions, on renvoie aux deux décisions publiées ci-après sous le numéro 440 intitulé «Défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net» et aux observations qui les suivent<sup>6</sup>.

#### 340. Responsabilité des dirigeants envers la société pour faute de gestion

N° 576. – *Comm. Courtrai (5<sup>e</sup> ch.), 19 février 2003*<sup>1</sup>

**Présentation:** Cette décision illustre une série de fautes de gestion commises par les dirigeants d'une SA, avec la particularité que cette société est bicéphale puisque deux frères sont actionnaires à 50 %, seuls administrateurs et ... ennemis !

**Sommaire partiel:** Des contrats à terme purement spéculatifs en devises étrangères ne relèvent pas de l'objet social d'une entreprise d'engraissement animal, même si la

5. Ce calcul est établi en tenant compte du fait que la citation date du 4 août 1997, du fait qu'une assemblée doit être réunie par les dirigeants au plus tard deux mois après qu'ils ont constaté la perte de capital et du fait que la convocation par lettre recommandée doit précéder de 15 jours l'assemblée.

6. Voir ci-après aux numéros 590 et 591.

576.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2003, liv. 4, p. 417, note J. VANANROYE.

définition de l'objet social comprend des opérations financières qui sont utiles ou favorables à l'atteinte de cet objet.

Des opérations spéculatives excédant l'objet social accomplies par un administrateur ne constituent pas une faute de gestion lorsqu'elles ont eu lieu avec l'accord du conseil d'administration et des actionnaires. De nouvelles opérations analogues après une instruction du conseil d'administration de mettre fin à la spéculation constituent bien une faute de gestion, de sorte que l'administrateur concerné est responsable à concurrence de la perte nette de ces opérations.

L'administrateur qui fait une déclaration de faillite sans disposer du pouvoir de le faire, qui en informe les clients et les fournisseurs par télécopie et qui n'accomplit plus de prestations liées à la gestion, commet une faute de gestion. L'administrateur concerné n'est toutefois responsable que si cette faute se trouve dans un lien de causalité quelconque avec la discontinuité économique de la société, et non lorsque celle-ci est imputable à d'autres facteurs tels que la mauvaise situation du marché.

L'administrateur-actionnaire qui, pour des raisons personnelles, à savoir la préparation d'une action en cession forcée, fait examiner les livres de la société par un expert-comptable alors qu'il n'apparaît nulle part qu'il ne pouvait examiner ces livres avec le propre comptable de la société ou que des opérations avaient été dissimulées, ne peut employer aucun fonds de la société à cet effet.

L'achat d'une voiture d'occasion avec des fonds de la société par un administrateur ne constitue pas une faute de gestion si la voiture est propriété de la société et si la valeur de cet investissement n'est pas exagérée en comparaison du chiffre d'affaires de la société.

Parties:

L. KLAAS c/ A. KLAAS et SA KLAAS (Les noms des parties ont été modifiés)

(...)

#### II. Discussion

##### A. Exposé des faits

Luc Klaas et Albert Klaas sont tous les deux administrateurs délégués, tous les deux administrateurs et tous les deux actionnaires pour 50 % des actions de la SA Klaas. Luc Klaas et Albert Klaas sont aujourd'hui les seuls administrateurs de la SA Klaas. Aux termes des statuts coordonnés (art. 2), la SA Klaas a pour objet: «L'achat, la vente, la fabrication, la transformation et la négociation de céréales, de graines, de fourrages simples et composés, pour les meuneries et les entreprises de production d'aliments pour bétail, ainsi que l'engraissement de bétail. Tout ceci devant être pris au sens le plus large, soit pour son propre compte, soit pour le compte de tiers. La société peut poser tous les actes commerciaux, industriels, financiers et civils, de nature mobilière ou immobilière, qui sont nécessaires, utiles ou tout simplement favorables à cet objet. La société peut réaliser son objet tant en Belgique qu'à l'étranger».

Luc Klaas explique qu'un sérieux différend existe depuis déjà plusieurs années entre Albert Klaas et lui-même. La raison de ce différend doit être trouvée dans le fait qu'Albert Klaas se prend pour le seigneur et maître de la SA Klaas et ce, dans tous les organes et à tous les

niveaux de la société. Albert Klaas prend de son propre chef les décisions et ignore Luc Klaas et les qualités qui sont les siennes dans la société.

Albert Klaas rétorque qu'il est, en effet, un fait acquis qu'il détient la direction de fait de l'entreprise, étant donné que Luc Klaas ne s'en soucie pas et que tous les problèmes lui incombent.

Ces dernières années, Luc Klaas n'aurait été qu'un chauffeur de poids lourds quittant l'entreprise aussitôt son travail terminé.

Albert Klaas est véritablement surpris que Luc Klaas se plaigne de ne pas être traité comme son égal, alors qu'il lui abandonne tous les problèmes et toutes les décisions.

C'est dans ce contexte qu'on a constaté, dans les comptes annuels relatifs à l'exercice 1999, que la SA Klaas présentait des pertes, dues à un résultat financier négatif, lui-même la conséquence d'opérations en devises étrangères de type spéculatif. Ces opérations de spéculation avaient entraîné une perte nette de 8.243.732 BEF.

Dans le rapport annuel du conseil d'administration relatif à l'exercice 1999 de la SA Klaas, daté du 1<sup>er</sup> avril 2000, il est écrit: «L'on constate une perte de 4.345.685 BEF qui sera reportée au prochain exercice. Cette perte est la conséquence de pertes résultant d'opérations en monnaies étrangères. Nous allons étudier comment nous pouvons, le plus efficacement possible, mettre un terme à ces opérations en devises étrangères; ceci afin de ne pas mettre en péril l'existence même de la société. Jusqu'à présent, la société a respecté tous ses engagements financiers. Aucune activité n'a été effectuée dans le domaine de la recherche et du développement. Le capital est resté inchangé. La société ne possède pas d'actions propres. Ces dernières années, aucun accord n'a cependant été trouvé en ce qui concerne la politique de la société. Pour l'exercice 1999, il n'y a pas d'accord quant au montant et au partage des tantièmes à verser aux administrateurs. Il est proposé de libérer Mesdames F.C. et J.V. de leur mandat d'administratrice et de ne pas procéder à de nouvelles nominations».

Dans le rapport de l'assemblée générale ordinaire du 1<sup>er</sup> avril 2000, il est inscrit qu'aucun accord n'a été trouvé, ces dernières années, en ce qui concerne la politique de la société et qu'il n'y a pas non plus d'accord quant au montant et au partage des tantièmes à verser aux administrateurs pour l'exercice 1999. Les comptes annuels n'ont pas été approuvés par tous les associés et la décharge n'a pas été accordée aux administrateurs, qui ont tous été licenciés.

Luc Klaas et Albert Klaas ont été à nouveau nommés, jusqu'à l'assemblée générale de 2006. Il ressort du projet des comptes annuels de la SA Klaas pour l'exercice 2000 qu'il existe une perte de 29.916.563 BEF, résultant d'une perte financière de 19.905.501 BEF, due elle-même à une perte nette de 17.502.250 BEF, liée à des opérations en devises étrangères.

Albert Klaas indique que:

1. les opérations en devises étrangères cadraient réellement avec les activités commerciales de la SA Klaas,
2. ces opérations financières ont lieu, dans la SA Klaas, depuis 1993, et ce, avec l'accord de Luc Klaas qui a approuvé chaque année les comptes annuels sans faire la moindre observation,
3. ces opérations financières ont entraîné, pour la SA Klaas, une perte d'un montant de 9.827.000 BEF en 1996, de 13.300.587 BEF en 1997 et de 4.442.799 BEF en 1998,
4. il y avait, en 1999, une perte nette de 8.243.732 BEF et, en 2000, une perte nette de 17.502.250 BEF,
5. en 2001, des bénéfices ont à nouveau été réalisés pour un montant de 4.811.025 BEF et les pertes totales des années précédentes, résultant des opérations en devises étrangères, ne s'élevaient plus qu'à 1.075.988 BEF,
6. en 2000, les lourdes pertes liées aux opérations financières étaient la conséquence de graves fautes d'évaluation commises par son employé Frank et notamment d'un contrat très déficitaire sur des pois.

(...)

Le 7 novembre 2001, Luc Klaas, accompagné du cabinet d'expertise comptable, la SPRL Henri Accountancy, a pris connaissance des documents comptables de la SA Klaas. Ceci ne s'est pas fait sans heurts, mais la vérification a finalement pu se poursuivre. Le rapport qui en a résulté a été joint au rapport financier rédigé, le 11 décembre 2001, par le cabinet d'expertise comptable précité.

La facture pour l'intervention de ce bureau d'expertise comptable s'élevait à 4.199,32 euros. Elle a été acquittée par Luc Klaas avec le compte de la SA Klaas, fait qui n'est pas contesté par Luc Klaas.

Aux termes du procès-verbal de l'assemblée générale de la SA Klaas du 15 avril 2002, Albert Klaas a demandé l'autorisation de faire l'aveu de la faillite de la SA Klaas au greffe du tribunal de commerce, renvoyant aux insinuations et aux procédures incessantes qui rendaient impossible toute gestion normale de l'entreprise. Ce mandat lui a été refusé, ce sur quoi Albert Klaas a déclaré que les livres seraient encore déposés cette semaine.

A l'assemblée générale, (évidemment) la majorité nécessaire pour exercer une action sociale contre Albert Klaas, conformément à l'article 561 du Code des sociétés, n'a pas pu non plus être dérogée.

Le 16 avril 2002 au matin, Albert Klaas a envoyé des télécopies aux clients et aux fournisseurs de la SA Klaas, dont le contenu était le suivant: «Suite à un désaccord au sein du conseil d'administration, la SA Klaas a décidé de mettre un terme à ses activités. Dès à présent, nous ne pouvons plus livrer ou recevoir aucune marchandise. Vous remerciant pour votre compréhension».

Le 16 avril 2002, sur requête unilatérale de Luc Klaas, Monsieur Johan De Leenheer a été désigné pour un mois, par le président du Tribunal de commerce de Courtrai, en qualité d'administrateur provisoire, afin d'administrer la société avec tous les pouvoirs et toutes les compétences qui, en vertu de la loi ou des statuts, appartiennent au conseil d'administration, y compris la gestion journalière.

Cette ordonnance a été déclarée immédiatement exécutoire par provision et a été immédiatement notifiée à Albert Klaas qui, malgré son contenu, a quand même procédé à l'aveu de la cessation des paiements de la SA Klaas.

Par décision du 17 avril 2002, l'aveu de la faillite de la SA Klaas par Albert Klaas a été déclaré non recevable, Albert Klaas n'ayant plus, suite à la désignation d'un administrateur provisoire, la compétence d'agir au nom de la SA Klaas.

Par ordonnances des 13 mai 2002, 27 juin 2002 et 31 juillet 2002, la mission de Johan De Leenheer en qualité d'administrateur provisoire a été prolongée jusqu'à l'assemblée générale des actionnaires qui arrêterait, par acte notarié, la dissolution de la SA Klaas.

Le 21 mai 2002, l'administrateur provisoire a rédigé un rapport spécial, conformément aux dispositions de l'article 633 du Code des sociétés. Ce rapport a été présenté à l'assemblée générale du 17 juin 2002 qu'Albert Klaas a orientée vers la dissolution de la SA Klaas.

Par acte notarié passé le 21 août 2002 devant le notaire P. Defauw à Courtrai, l'assemblée générale extraordinaire a décidé de dissoudre anticipativement la SA Klaas et de la liquider. Monsieur Johan De Leenheer a été désigné en qualité de liquidateur.

Entre-temps, le 12 avril 2002, Luc Klaas avait acheté, au nom de la SA Klaas, une voiture d'occasion pour la somme de 15.766,04 euros.

Ce montant a été payé au moyen d'un chèque qui a été débité du compte de la SA Klaas le 15 avril 2002.

*B. Discussion**B.1. La demande principale*

Comme ça a déjà été dit précédemment, Luc Klaas intente ici, conformément à l'article 562 du Code des sociétés, une action minoritaire, à défaut, pour l'assemblée générale de la SA Klaas (voir le procès-verbal de l'assemblée générale du 15 avril 2002), d'avoir décidé d'engager une action sociale contre son administrateur, Albert Klaas (art. 561 C. soc.). Il n'est pas contesté que Luc Klaas se trouve dans les conditions prévues par l'article 562 du Code des sociétés.

Luc Klaas accuse Albert Klaas d'être responsable, vis-à-vis de la SA Klaas, de manquements dans l'accomplissement de la tâche qui lui a été confiée et dans son administration. Luc Klaas estime qu'Albert Klaas est tenu d'indemniser la SA Klaas pour:

1. le montant des pertes subies suite aux spéculations en devises étrangères opérées au cours des exercices 1999 et 2000, s'agissant d'une somme totale de 719.712,67 euros,
2. une somme réparant le dommage subi à cause, si pas de l'anéantissement, au moins de la détérioration fatale du patrimoine de la SA Klaas, résultant du fait d'avoir ouvertement prétendu que la SA Klaas avait mis un terme à ses activités, d'avoir déposé les livres sans mandat et d'avoir refusé de continuer à agir pour la SA Klaas. Le montant des dommages et intérêts est estimé provisionnellement par Luc Klaas à 500.000 euros.

Ces deux points sont discutés ci-dessous.

(...)

*B.1.b. Le fondement de la demande principale**Les pertes subies suite aux spéculations en devises étrangères*

Les opérations à terme en valeurs étrangères qui ont été réalisées depuis 1994 et qui ne sont liées à aucun contrat de marchandises, constituent des opérations à terme en devises étrangères à caractère purement spéculatif, qui ne relèvent en aucun cas de l'objet social de la SA Klaas.

Le fait que la SA Klaas peut, aux termes de l'objet social défini dans ses statuts, effectuer toute opération financière utile ou favorable à la réalisation de son objet, ne lui permet pas, en tant qu'entreprise d'engraissement de bétail, de se consacrer à des opérations en devises étrangères de type spéculatif.

Cependant, il est établi qu'avant avril 2000, Luc Klaas, en tant qu'administrateur et actionnaire, n'a jamais fait la moindre objection à l'égard de ces opérations à terme; au contraire, il n'a rien entrepris, il a accepté les premières pertes liées à ces opérations, ainsi que les bénéfices qui ont suivi, il a même accordé chaque année la décharge et ce, jusques et y compris l'exercice 1998, lorsque les placements étaient encore rentables.

Dans le rapport annuel du conseil d'administration du 1<sup>er</sup> avril 2000 sur l'exercice 1999 de la SA Klaas, l'on disait seulement, à propos des pertes subies au cours de l'exercice 1999 et résultant de ces spéculations: «nous allons étudier comment nous pouvons mettre un terme, le plus efficacement possible, à ces opérations en devises étrangères».

Cette phrase ne peut en aucun cas être considérée comme un reproche à l'égard de la politique menée au sujet des opérations à terme et qui a été suivie, pendant des années, avec la collaboration, l'accord et l'approbation de tous les actionnaires et du conseil d'administration.

Des opérations qui ont été réalisées pendant des années avec l'approbation du conseil d'administration et de l'assemblée générale ne peuvent pas être retenues par le tribunal, en vertu de son contrôle marginal (Comm. Bruxelles, 29 mars 1995, V. & F., 1998, p. 282), comme

une faute dans le chef de celui qui les a réalisées.

Albert Klaas ne peut dès lors être rendu responsable des pertes constatées avant qu'il ne soit décidé par le conseil d'administration, le 1<sup>er</sup> avril 2000, d'étudier comment il pouvait être mis un terme aux opérations en devises étrangères. Il en va de même des pertes découlant d'opérations réalisées avant le 1<sup>er</sup> avril 2000, mais ne venant à échéance qu'après cette date. Il est également établi qu'Albert Klaas, après le 1<sup>er</sup> avril 2000, ne disposait plus d'aucun mandat l'autorisant à se consacrer à des opérations de type purement spéculatif.

Lorsqu'il a été décidé, le 1<sup>er</sup> avril 2000, d'étudier comment mettre fin, le plus efficacement possible, aux opérations en devises étrangères, cela excluait que la moindre opération à terme à caractère spéculatif puisse encore être réalisée par Albert Klaas après cette date.

Néanmoins, le tribunal ajoute que, si la prolongation de contrats à terme en cours ne cadre pas avec l'instruction de mettre un terme aux opérations en devises, le fait de préciser qu'il y sera mis un terme «le plus efficacement possible» nous contraint d'admettre que certains contrats à terme en cours aient été prolongés, afin de ne pas subir immédiatement de lourdes pertes, mais éventuellement de les différer.

C'est pourquoi le tribunal conclut que seules les nouvelles opérations à terme en devises étrangères de type purement spéculatif réalisées par Albert Klaas après le 1<sup>er</sup> avril 2000, doivent être retenues comme fautives dans son chef.

La mise en cause de l'employé H. qui serait responsable des pertes liées à certaines opérations en devises étrangères, n'est pas retenue par le tribunal comme force majeure exonérant Albert Klaas de sa faute. Albert Klaas devait contrôler ce que faisait son employé et, étant donné qu'il était chargé du volet administratif de la politique de la société, devait éventuellement veiller à ce que Monsieur H. ne dispose plus d'aucun pouvoir de décision en cette matière.

Dans l'état actuel de l'affaire, le tribunal n'a aucune idée des pertes qui sont la conséquence des opérations de type purement spéculatif réalisées dans la période allant du 1<sup>er</sup> avril 2000 jusqu'au 13 août 2001, date à laquelle il a été mis fin aux contrats à terme en devises étrangères.

Par conséquent, avant de juger sur le fond de cette branche de la demande principale, le tribunal désigne un expert dont la mission est de rechercher quels sont les nouveaux contrats à terme en devises étrangères de type purement spéculatif (sans que ces contrats soient liés à des contrats de marchandises) que la SA Klaas a conclus par l'intermédiaire d'Albert Klaas, entre le 1<sup>er</sup> avril 2000 et le 13 août 2001.

L'expert doit aussi chiffrer le résultat net de ces contrats à terme en devises étrangères de type spéculatif au cours de la même période.

*L'indemnisation de la détérioration du patrimoine de la SA Klaas*

La Cour considère que l'aveu, au greffe du tribunal de commerce, de la cessation de paiement de la SA Klaas par Albert Klaas, sans qu'il y soit mandaté, constitue indubitablement une faute dans le chef de ce dernier. Il n'est cependant absolument pas certain que cette déclaration ait à elle seule provoqué des dommages.

L'envoi, le 16 avril 2002, de télécopies informant les clients et les fournisseurs du fait que, suite à un désaccord au sein du conseil d'administration, la SA Klaas avait décidé de mettre un terme à ses activités, constitue tout autant une faute dans le chef d'Albert Klaas. Il n'est pas impossible que des dommages en aient résulté.

La menace d'Albert Klaas de procéder à l'aveu de la cessation de paiement de la SA Klaas a eu pour conséquence que Luc Klaas s'est vu contraint de demander la désignation d'un administrateur provisoire, afin d'empêcher qu'Albert Klaas, sans aucun mandat, ne procède effectivement à cet aveu.

L'avertissement des partenaires commerciaux de la SA Klaas de la désignation de cet ad-

ministre provisoire est un fait qui, ajouté aux télécopies précédemment envoyées, peut lui aussi avoir infligé un dommage à la SA Klaas, ce dommage provenant du comportement fautif d'Albert Klaas.

Le tribunal rappelle que le fait qu'une société commerciale qui se trouve dans les conditions de l'aveu de la faillite soit tenue d'en faire la déclaration, n'implique pas que des personnes non habilitées à faire cette déclaration puissent ou doivent la faire.

Dans le rapport spécial qu'a rédigé l'administrateur provisoire le 21 mai 2002, conformément aux dispositions de l'article 633 du Code des sociétés, celui-ci reprend un certain nombre d'éléments de faits pertinents qui soutiennent la discontinuité économique de la SA Klaas et qui peuvent en partie l'expliquer:

1. le désaccord entre Luc Klaas et Albert Klaas qui a mené au blocage du fonctionnement des organes de la société et à l'impossibilité de mener une politique d'entreprise normale;
2. les télécopies envoyées par Albert Klaas aux clients et aux fournisseurs le 16 avril 2002;
3. l'absence de prestations d'Albert Klaas entre le 17 avril 2002 et le 4 mai 2002;
4. les mauvaises perspectives économiques qui sont restées mauvaises dans le secteur concerné, de sorte que les activités de la SA Klaas n'ont pas pu être relancées.

Ce rapport indique qu'Albert Klaas, après y avoir été sommé par l'administrateur provisoire, a bien voulu fournir à nouveau des prestations pour la SA Klaas. Aucune faute ne peut être retenue à charge d'Albert Klaas sur ce point.

Il ressort de la lecture du rapport précité que la faute d'Albert Klaas (l'envoi de télécopies, la menace de déposer les livres et les démarches nécessaires pour l'empêcher) n'a pas donné lieu à elle seule à la discontinuité économique de la SA Klaas, mais que d'autres facteurs y ont également contribué, ces facteurs étant susceptibles d'être les seuls responsables de la discontinuité économique de la SA Klaas.

L'on ne peut exiger, contre la volonté d'un administrateur, de poursuivre l'activité d'une société déficitaire, vu l'évolution des prix du marché à ce moment, et la laisser continuer à accumuler les pertes, pour, ensuite, vouloir retenir un agissement fautif d'un administrateur comme étant la cause de ces pertes qui existaient déjà ou étaient à prévoir et qui peuvent être attribuées à d'autres facteurs ou phénomènes économiques.

Par conséquent, il y a lieu de rechercher si la faute retenue à charge d'Albert Klaas présente un lien de causalité quelconque avec, si pas l'anéantissement, au moins la détérioration fatale du patrimoine de la SA Klaas, comme le prétend Luc Klaas.

Il y a lieu, dès lors, également pour cette branche de la demande, de désigner un expert dont la mission sera celle définie ci-après.

Eu égard aux considérations ci-dessus, la demande de paiement d'un montant provisionnel de 500.000 euros apparaît pour l'instant au tribunal comme non fondée.

## B.2. La demande reconventionnelle

(...)

### B.2.b. Le fondement de la demande reconventionnelle

#### Paiement de la facture du cabinet d'expertise comptable Henri Accountancy SPRL

C'est avec raison qu'Albert Klaas invoque que les frais exposés par Luc Klaas avaient pour but de lui procurer des preuves dans le cadre de son action en cession forcée des actions de la SA Klaas.

Il n'est pas démontré que Luc Klaas ne pouvait pas prendre connaissance de la comptabilité de la SA Klaas avec l'aide du comptable même de la SA Klaas. Il n'est pas non plus prouvé que Luc Klaas a un jour mis la SA Klaas ou Albert Klaas en demeure de lui communiquer la comptabilité et/ou que la communication de la comptabilité lui a été refusée.

Il ressort seulement du procès-verbal de l'huissier de justice Vlegels du 7 novembre 2001 que, ce jour-là, Luc Klaas a dû s'y reprendre à plusieurs reprises pour obtenir de pouvoir consulter la comptabilité de la SA Klaas avec un cabinet d'expertise comptable extérieur à la société.

Finalement, l'accès à la comptabilité ne lui a pas été refusé.

Afin de se faire une idée sur la comptabilité correctement établie de la SA Klaas, Luc Klaas a donc exposé les frais contestés.

Ces frais n'ont absolument pas été exposés au bénéfice de la société qui n'a jamais caché à Luc Klaas les chiffres relatifs aux pertes liées aux opérations à terme en devises étrangères de type spéculatif.

C'est donc à tort que de l'argent de la société a été utilisé pour payer une prestation commandée par Luc Klaas et fournie uniquement dans son propre intérêt.

Luc Klaas ne conteste pas qu'il s'agit, en l'espèce, d'un montant de 4.199,32 euros qu'il a pris sur le compte le 21 mars 2002.

La condamnation au remboursement de ce montant s'impose dès lors.

#### Remboursement du prix d'achat d'une voiture

Il ressort des informations dont nous disposons que la SA Klaas a acheté une voiture d'occasion pour Luc Klaas. C'est la SA Klaas qui est propriétaire de ce véhicule.

Rien ne démontre que cet achat constitue une faute d'administration dans le chef de Luc Klaas. La valeur de l'investissement (15.766,04 euros) n'est pas du tout exagérée en comparaison du chiffre d'affaires de la SA Klaas.

Entre-temps, le liquidateur de la SA Klaas a fait le nécessaire pour récupérer la voiture et pouvoir ainsi la liquider. La valeur de ce bien social fera partie de la liquidation.

Le second volet de l'action minoritaire d'Albert Klaas est par conséquent non fondé.

(...)

## 366. Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 577. – Civ. Gand (3<sup>e</sup> ch.), 25 février 2003<sup>1</sup>

**Présentation:** Voici une illustration de la responsabilité du dirigeant qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour adapter le capital social de la gérée aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum.

**Sommaire:** Le fait que la société n'a pas augmenté dans les délais son capital social pour le porter au minimum légal ne remet pas en cause sa responsabilité limitée. En conséquence, les actionnaires de la société coopérative ne peu-

577.-1. Cette décision a été évoquée, sans être publiée, dans *Cour. fisc.*, 2003 (reflet), liv. 8, p. 370, note X. La traduction est propre à l'éditeur.

vent pas être inquiétés pour les dettes fiscales impayées de la société. L'administrateur de la société est par contre condamné au paiement de dommages et intérêts d'un montant égal au montant de la cotisation à l'impôt des sociétés. L'administrateur aurait dû convoquer une assemblée générale et proposer une augmentation de capital ou la dissolution de la société. En omettant de prendre cette initiative, l'administrateur a violé le droit des sociétés. Il est donc responsable du dommage subi par les tiers suite à son inaction. Le montant de l'indemnisation ne peut pas être limité au montant dont le capital de la société aurait dû le cas échéant être augmenté. L'administrateur est responsable de l'entière responsabilité du dommage subi par les tiers.

Parties: Etat belge c/ K. DE RAEYMAECKER, H. VANFLETEREN et E. DE RAEYMAECKER.

(...)

5. (...)

L'obligation d'adapter les statuts de la société aux nouvelles dispositions légales – en l'espèce, l'augmentation du capital social – repose sur la société elle-même qui agit par ses organes.

La loi du 20 juillet 1991 prévoit deux sanctions: les clauses statutaires contraires à ses dispositions doivent être réputées non écrites et tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société.

La première sanction n'a au fond aucune influence dans le cas présent: il n'en découle pas en effet que la responsabilité limitée peut être remise en cause, étant donné que la loi elle-même permet de constituer une société coopérative à responsabilité limitée.

Si une société coopérative à responsabilité limitée avait été constituée avec un capital de moins de 750.000 BEF après que soit entrée en vigueur la loi du 20 juillet 1991, la sanction n'aurait pas consisté à revenir sur la responsabilité limitée, mais bien à en faire porter la responsabilité, telle qu'elle a été alourdie à partir du 20 juillet 1991, aux fondateurs.

Étant donné que la société a été légalement constituée avant le 20 juillet 1991, la sanction prévue par l'article 405 du Code des sociétés ne peut pas être appliquée aux fondateurs.

Les fondateurs ne peuvent pas non plus être considérés comme des associés solidairement responsables, étant donné que la société continue d'être à responsabilité limitée.

La modification des statuts – et l'adaptation du capital – relève de la compétence de l'assemblée générale (extraordinaire). Comme les statuts ne contiennent aucune disposition sur l'assemblée générale (sauf la date de l'assemblée générale ordinaire annuelle), l'administrateur doit convoquer l'assemblée générale afin de décider soit de l'augmentation du capital social, soit de la dissolution de la société.

Par conséquent, les associés – mis à part l'administrateur – ne sont pas responsables du fait que la société a continué d'exister avec un capital statutaire insuffisant. Ils ne restent tenus que de leur apport initial.

L'administrateur lui-même – en l'espèce M. Karl DE RAEYMAECKER – est cependant responsable de n'avoir pas convoqué l'assemblée générale en vue d'augmenter le capital social.

Résulte du non-respect de cette obligation le fait que la société a continué d'exister avec un capital insuffisant. Cette obligation constitue une violation du droit des sociétés (art. 408 C. soc.).

Le dommage qu'ont subi les tiers suite à l'inaction de l'administrateur est né du fait que la société a continué d'exister malgré un capital insuffisant.

Cette inaction a permis à la demanderesse d'établir une imposition pour l'exercice d'imposition 1995, alors même que la société continuait d'exister en violation des dispositions relatives au capital minimum.

Le lien de causalité entre la faute et le dommage ne doit pas être apprécié en conformité avec l'augmentation possible du capital. La société a continué d'exister avec un capital social qui ne satisfaisait pas à la loi, et, en outre, il n'est pas démontré que la société disposait de fonds propres qui étaient suffisants pour satisfaire aux exigences légales.

Par conséquent, l'administrateur est responsable de l'entière responsabilité du dommage subi par les tiers. C'est à tort que les défendeurs contestent la validité de l'imposition; cette imposition a été établie conformément au droit fiscal en vigueur et signifiée à la société qui, au moment de l'établissement de l'imposition, n'était pas encore dissoute.

La demande de la demanderesse est dès lors fondée à l'égard de Karl DE RAEYMAECKER.

(...)

### OBSERVATIONS

Cette décision permet de rappeler que la responsabilité des dirigeants pour défaut d'adaptation du capital de la société gérée aux nouvelles exigences légales ne se limite pas à la différence entre le capital réel et le capital minimal imposé par la loi, mais s'étend à l'intégralité du dommage subi par les tiers à la suite de la faute des dirigeants.

On rappelle également que la faute des dirigeants qui n'adaptent pas le capital de la société gérée est une faute *continue*: elle persiste aussi longtemps que le capital de la société n'a pas été augmenté.

On renvoie enfin à l'article 198, § 1<sup>er</sup>, quatrième tiret du Code des sociétés qui prévoit que l'action en responsabilité contre les dirigeants est prescrite cinq ans après les faits, ou la découverte de ceux-ci s'ils ont été celés par dol. S'agissant d'une faute *continue*, les dirigeants demeurent responsables aussi longtemps qu'ils gèrent la société «irrégulière», et au plus tard cinq ans après la fin de leur mission de gestion<sup>2</sup> ou la fin de la société<sup>3</sup>.

### 366. Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 578. – *Comm. Bruxelles (5<sup>e</sup> ch.), 22 octobre 2002<sup>1</sup>*

*Présentation:* Voici une illustration de la responsabilité du dirigeant qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour adapter le capital social de la SA gérée aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum.

2. Celle-ci n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publication aux *Annexes du Moniteur belge*.

3. Par l'arrivée du terme contractuel ou par un acte de dissolution.

578.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 293, note. Consultez également dans le présent ouvrage, le point «Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL» où la décision est commentée par P. KILESTE et C. STAUDT du point de vue du statut de l'administrateur, sous le § 450. – Fin du mandat d'administrateur, n° 565, obs. «Des conséquences de la fin du mandat d'administrateur sur l'obligation d'exercer ses fonctions».

**Sommaire partiel:** En vertu de la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, les sociétés anonymes existantes disposent d'un délai de cinq ans depuis son entrée en vigueur pour augmenter leur capital social afin d'atteindre le nouveau montant minimal. Si l'adaptation n'a pas eu lieu, les administrateurs sont tenus solidairement au paiement de la différence entre le capital social et le capital minimal. Une action basée sur cette loi ne peut être assimilée à celle en vertu de l'article 199, alinéa 3 du Code des sociétés en libération du capital qui doit être intentée contre les actionnaires. L'administrateur dont le mandat a pris fin doit continuer l'exercice de celui-ci jusqu'à son remplacement.

**Parties:** Me J. BILLIET *qualitate qua* faillite SA KNITTING FACTORY c/ N.S. et crts

(...)

Attendu que la SA KNITTING FACTORY a été déclarée en faillite le 5 février 2002 par jugement prononcé par le Tribunal de commerce de Bruxelles, publié dans le *Moniteur belge* du 28 février 2002 et signifié à la société faillite le 13 mars 2002;

Que le demandeur *qualitate qua* a été désigné en qualité de curateur;

Attendu que, conformément aux statuts, datés du 2 septembre 1994, le capital social ne s'élève qu'à seulement 1.250.000 BEF, aujourd'hui 30.986,69 euros;

Que le demandeur *qualitate qua* invoque que, en vertu de la loi du 13 avril 1995, les sociétés anonymes existantes disposaient de cinq ans pour augmenter leur capital social afin d'atteindre le nouveau montant minimal, en l'occurrence 2.500.000 BEF, soit aujourd'hui 61.973,38 euros;

Qu'il invoque que, si cette adaptation n'a pas été faite, les administrateurs doivent être tenus solidairement au paiement de la différence entre le capital social existant et ces 61.973,38 euros;

Que, le 14 février 2002, le curateur a mis en demeure les défendeurs de payer le montant de 30.986,69 euros;

Que ce montant n'a pas été payé, de sorte que le demandeur *qualitate qua* a lancé la citation.

#### Sur la recevabilité

Attendu que le troisième défendeur avance que la demande serait irrecevable à son égard, étant donné que l'article 199, alinéa 3, du Code des sociétés prévoit que les créanciers peuvent exercer, contre les associés, les droits de la société quant aux versements à faire et qui sont exigibles en vertu des statuts, de décisions sociales ou de jugements et qu'il n'est pas associé, de sorte que la demande ne pourrait être dirigée que contre le premier et le deuxième défendeurs;

Attendu que, conformément à la citation, le curateur fonde aussi sa demande sur la loi du 13 avril 1995, de sorte qu'une responsabilité solidaire des administrateurs peut être envisagée; Que, conformément à l'article 12 des statuts (administration), la société doit être administrée par un conseil composé d'au moins trois membres et que, conformément au IV, dispositions transitoires des statuts, le nombre d'administrateurs est fixé à trois, dont le troisième défendeur, de sorte que la demande à son encontre est bel et bien recevable.

#### Sur le fond

Attendu que les premier et deuxième défendeurs, à titre principal, disent renvoyer aux arguments opposés par le troisième défendeur, qui consistent à considérer, à titre principal, que la responsabilité solidaire ne se rapporterait pas aux défendeurs, mais pourrait se rapporter autant aux associés qu'aux créanciers sociaux;

Attendu que le curateur est, depuis qu'il a accepté sa charge, le représentant légal, non seulement de la masse des créanciers, mais aussi de la société faillie elle-même, de sorte que les défendeurs peuvent bel et bien être reconnus solidairement responsables;

(...)

Attendu qu'une disposition transitoire a été prévue par la loi du 13 avril 1995 (*M.B.*, 17 juin 1995): depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, le 1<sup>er</sup> juillet 1996, les sociétés anonymes existantes disposent de cinq ans (jusqu'au 30 juin 2001) pour augmenter leur capital social afin d'atteindre le nouveau montant minimal;

Que, si cette adaptation n'a pas été faite dans le délai, il y a lieu de tenir les administrateurs solidairement responsables du paiement de la différence entre le capital social et le capital minimal, à moins qu'ils puissent prouver avoir présenté, à l'époque, les propositions nécessaires à l'assemblée générale des actionnaires;

Attendu que soumettre les actionnaires à leur obligation d'augmenter le capital social jusqu'à son nouveau montant minimal faisait partie des actes d'administration urgents et nécessaires;

Que les défendeurs ne prouvent pas avoir satisfait à leur obligation légale;

Que la demande du demandeur *qualitate qua* est par conséquent fondée;

Attendu que le premier et le deuxième défendeurs invoquent, à titre subsidiaire, le fait que tous les actes d'administration étaient posés par Gaston S., le père des premier et deuxième défendeurs;

Que cet argument est sans intérêt dans l'affaire;

(...)

#### Sur l'action en garantie

Attendu que le troisième défendeur a introduit une action en garantie contre les premier et deuxième défendeurs, selon laquelle il n'aurait été qu'un «administrateur sur papier» et dans laquelle il prétend que tous les actes d'administration auraient été posés par Gaston S., le père des premier et deuxième défendeurs;

Attendu que, comme l'invoquent à raison les premier et deuxième défendeurs, il ne ressort d'aucun acte de la société que le demandeur en garantie auraient démissionné en tant qu'administrateur ou que l'assemblée générale l'aurait un jour révoqué;

Que le troisième défendeur est par conséquent solidairement responsable avec le premier et le deuxième défendeur, pour le fait que le capital de la société faillie n'étaient pas en conformité avec le capital minimum légal;

Que l'action en garantie est par conséquent non fondée, d'autant plus que le troisième défendeur renvoie, dans ses conclusions, à la responsabilité du père S. qui n'a rien à voir dans l'affaire;

(...)

#### OBSERVATIONS

On souligne une fois de plus le caractère implacable de la responsabilité, expressément prévue par la loi du 13 avril 1995, du dirigeant de SA qui a omis de veiller à l'adaptation du

capital de la société gérée. Peu importe qu'il soit actif ou non actif, compétent ou incompétent, administrateur «sur papier» ou effectif: la sanction touche chacun de manière solidaire, indistinctement.

### 366. Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 579. – *Gand (23<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 2001*<sup>1</sup>

**Présentation:** Voici une illustration de trois violations du Code des sociétés ou des statuts reprochées aux dirigeants d'une SPRL: d'une part, s'octroyer une rémunération non prévue par les statuts (faute partiellement vérifiée en l'espèce), d'autre part, n'avoir pas déposé les comptes annuels de la société (faute non vérifiée en l'espèce), enfin, avoir procédé à la liquidation de la société sans décision préalable de l'assemblée générale (faute vérifiée en l'espèce).

**Sommaire partiel:** On doit conclure au bien-fondé de l'action en responsabilité basée sur les articles 262 et 263 du Code des sociétés si la rémunération des administrateurs et le paiement de cotisations sociales sur ces rémunérations par la société n'ont pas reçu l'approbation de l'assemblée générale, en méconnaissance de la disposition statutaire prévoyant la gratuité du mandat. Dans les cas où les gérants sont les seuls actionnaires de la société et où les comptes annuels mentionnent expressément le montant des rémunérations, l'approbation des comptes annuels est assimilée à une décision relative à la rémunération des gérants. Les gérants commettent une faute en décidant de procéder à la liquidation de la société sans décision préalable de l'assemblée générale. Néanmoins, cela ne suffit pas en soi pour décider que la société ou les tiers ont subi un dommage suite à cette faute.

**Parties:** V. et L. c/ faillite SPRL T.

**Publication:** à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessous sous le numéro 440 intitulé «Défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net»

(...)

8. Les appelants étaient les seuls actionnaires (chacun pour la moitié) et les gérants de la SPRL T. qui a été déclarée en faillite par jugement du 28 mai 1997. Les intimés *qualitate qua* ont introduit une action en responsabilité contre les appelants, fondée sur les articles 1382 du Code civil, ainsi que sur les articles 62 et 132, 103 et 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Ils reprochent aux appelants:

- d'avoir liquidé la société sans décision préalable de l'assemblée générale et d'avoir méconnu l'égalité des créanciers lors de cette liquidation,
- de n'avoir pas déposé les comptes annuels de la société pour l'exercice 1996,
- d'avoir omis, bien que les conditions prescrites par les articles 103 et 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales aient été remplies, de convoquer l'assemblée générale obligatoire,
- de s'être attribué une rémunération en tant que gérant et d'avoir fait payer par la société les cotisations sociales sur celle-ci, sans disposer pour ce faire d'aucun fondement légal ou statutaire.

9. Les intimés *qualitate qua* invoquent que les appelants se sont appropriés indûment au titre de rémunération, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1991 et la date de la faillite, 5.032.582 BEF.

Dans l'inventaire de la faillite, il était acté:

«Selon les statuts, le mandat de gérant était gratuit, sauf approbation par l'assemblée générale. Aucune approbation de cette nature ne ressort des rapports».

Les statuts de la société ne sont pas disponibles. Néanmoins, les appelants ne contestent pas que les statuts prévoyaient la gratuité du mandat.

Lorsque les gérants sont les seuls actionnaires et que les comptes annuels mentionnent expressément le montant de leurs rémunérations, l'approbation de ces comptes est assimilée à une décision relative à la rémunération des gérants. Contrairement à ce qu'elles prévoient pour la décharge (voir article 79, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et articles 284 et 555 du Code des sociétés), les lois sur les sociétés ne prévoient pas que l'attribution d'une rémunération doit faire l'objet d'un vote spécial (K. GEENS, et H. LAGA, «Overzicht van Rechtspraak Venootschappen (1986-1991)», *T.P.R.*, 1993, n° 257, p. 1143).

Jusqu'à l'exercice 1995 compris, les comptes annuels ont été approuvés. Cette approbation s'étend aux rémunérations et aux cotisations sociales qui y sont expressément mentionnées, de sorte que la demande des intimés *qualitate qua* en ce qui concerne cette période manque de tout fondement. Selon l'inventaire de la faillite, le principe de l'approbation des rémunérations par l'assemblée générale était prévu par les statuts, de sorte que les appelants ne peuvent être condamnés ni sur la base de l'article 132 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (articles 262 et 263 du Code des sociétés), ni sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Il en va autrement des comptes annuels au 31 décembre 1996 qui n'ont pas été approuvés par l'assemblée générale.

Les gérants se sont attribués, en 1996, une rémunération de 232.582 BEF (poste 620000) et la société a payé des cotisations sociales sur ces rémunérations pour un montant de 453.929 BEF (poste 620100), ce qui fait en tout 686.511 BEF.

Etant donné que ces rémunérations n'ont fait l'objet d'aucune approbation par l'assemblée générale, elles ont été versées en violation des statuts qui prévoient la gratuité de principe du mandat et la société en a été lésée. L'action en responsabilité des intimés *qualitate qua* est dès lors d'ores et déjà fondée pour un montant de 686.511 BEF et ce, sur base des articles 62 et 132 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (articles 527-528 et 262-263 du Code des sociétés).

L'on ne peut donner raison aux appelants lorsqu'ils disent que les versements étaient légaux, étant donné qu'ils n'avaient rien à voir avec les opérations exécutées dans le cadre de leurs compétences de représentation en tant qu'administrateurs, mais rémunéraient des tâches matérielles qu'ils avaient accomplies.

Les versements portent, dans les bilans (tant ceux qui ont été approuvés que celui de 1996) la dénomination «salaires». Il ressort de l'usage même de ce terme qu'il s'agit de dépenses

579-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703. Consultez également dans le présent ouvrage, le point «Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL» où la décision est commentée par P. KILESTE et C. STAUDT du point de vue du statut de l'administrateur, sous le § 420. – Mandat salarié ou gratuit, n° 564, obs. «Limites au caractère rémunéré d'un mandat de gérant».

liées au mandat d'administration. L'on ne trouve, dans les bilans ou dans les rapports de l'assemblée générale, aucune règle qui fasse une distinction entre les salaires distribués dans le cadre du mandat d'administration et les rémunérations versées pour l'accomplissement d'autres tâches ou qui prévoient de rémunérer distinctement ces dernières prestations.

10. Les gérants ont l'obligation, (1) dans les six mois de la clôture de l'exercice, de soumettre les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale et, (2) dans les trente jours de cette approbation, et donc, au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice, de déposer ces comptes à la Banque nationale de Belgique (articles 77, 80, 201, 3<sup>o</sup> quater et 201, 4<sup>o</sup>, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, articles 95 et suivants, 98, 126 et 128 du Code des sociétés).

Etant donné que la faillite a été déclarée dans les cinq mois qui ont suivi la clôture de l'exercice 1996, l'on ne peut reprocher aux gérants de n'avoir pas encore soumis les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale.  
(...)

12. Les intimés *qualitate qua* invoquent encore le fait que:

1. les appelants ont liquidé la société sans qu'aucune décision n'ait été prise préalablement à ce sujet,
2. lors de cette liquidation, le principe de l'égalité des créanciers n'a pas été respecté.

12.1. Le 13 février 1996, le commerce a été vendu, par l'intermédiaire d'un agent, pour la somme de 5.000.000 BEF. Le solde du prix d'achat d'un montant de 4.500.000 BEF a été entièrement réglé le 1<sup>er</sup> avril 1996. Selon les appelants, cette somme a été dépensée comme suit:

- 302.000 BEF pour l'agent,
- 150.000 BEF pour le bailleur,
- 3.000.000 BEF pour les banques,
- 500.000 BEF pour le père de la deuxième appelante,
- le reste pour divers créanciers privilégiés (O.N.S.S. et Caisse Sociale).

En juillet 1996, la société a vendu l'automobile Ford Mondeo (appartenant à E.B.-LEASE) pour un montant de 350.000 BEF (T.V.A. comprise).

En avril 1997, la société a vendu un ordinateur et une imprimante (appartenant à E.B.-LEASE) pour un montant de 28.000 BEF (T.V.A. comprise).

Au moment de la faillite, la société disposait de 9.689 BEF en liquidités, d'un télécopieur, d'un G.S.M. et d'une créance en ce qui concerne les 28.000 BEF (ordinateur et imprimante).

12.2. Les appelants nient avoir procédé *de facto* à la liquidation de la société. Ils disent qu'ils avaient l'intention, au moment de la vente du commerce, de se reconvertir en un service traiteur, ce qui finalement n'a pas pu se concrétiser.

Comme le premier juge, la cour s'est néanmoins fait une autre opinion. Le fait que les appelants ont procédé à la liquidation de fait de la société ressort des éléments suivants:

- pour ainsi dire tous les actifs ont été réalisés;
- les dettes ont en grande partie été apurées (même si elles l'ont été au gré des appelants);
- après le transfert, le premier appelant a travaillé comme salarié, pour pouvoir ensuite ouvrir un café à l'adresse du siège social de la société.

12.3. La dissolution et la liquidation des sociétés sont réglées par les articles 177sexies et 178 et suivants des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (désormais, les articles 182 et 183 du Code des sociétés). Le liquidateur doit, sans préjudice aux droits des créan-

ciers privilégiés, payer toutes les dettes de la société, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci. Il peut, sous sa garantie personnelle, payer d'abord les créances exigibles, si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante (article 184 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, article 188 du Code des sociétés). Les appelants ont commis une faute en procédant, au mépris des dispositions légales précitées, à la liquidation réelle de la société et ce, sans décision préalable de l'assemblée générale. Néanmoins, cela ne suffit pas en soi pour conclure que la société ou les tiers en ont subi un dommage.

12.4. Il n'est pas prouvé que la société a subi un dommage du fait de ces agissements des appelants.

La société a vendu le commerce, par l'intermédiaire d'un agent, pour un montant de 5.000.000 BEF. Les intimés *qualitate qua* ne démontrent pas que le prix de vente réalisé aurait été plus élevé s'ils avaient eux-mêmes vendu le commerce. En général, un restaurant ne prend pas de valeur du fait d'une faillite et il est plus intéressant de vendre une affaire en activité. La clientèle et la dénomination commerciale constituent, en général, pour un restaurant, des composantes importantes qui perdent sensiblement de leur valeur après une déclaration de faillite.

Les biens appartenant à E.B.-LEASE ont eux aussi été vendus au meilleur prix par les appelants. E.B.-LEASE a présenté une créance d'un montant de 229.552 BEF, alors que les appelants ont récupéré 289.256 BEF et 25.141 BEF (hors T.V.A.). Il y a lieu encore de remarquer qu'au cours de la procédure de faillite, les appelants ont entièrement liquidé leur dette à l'égard de E.B.-LEASE (en leur qualité de cautions).

12.5. Les contestations auxquelles ont donné lieu les créances des créanciers sont jugées. Le passif de la faillite est définitivement fixé à un montant de 728.378 BEF, s'agissant du passif privilégié et - en tenant compte du fait que la créance de E.B.-LEASE a été payée - à un montant de 239.988 BEF, s'agissant du passif chirographaire. Ceci fait un total de 968.366 BEF.

Les intimés *qualitate qua* mettent en doute le fait que les appelants ont uniquement remboursé des dettes privilégiées avec ce que leur a rapporté la vente de leur commerce, mais ils n'apportent pas la preuve du contraire. C'est pourtant sur eux que repose la charge de cette preuve, puisque ce sont eux qui ont introduit l'action en responsabilité. Maintenant qu'ils ont toute la comptabilité de la société sous les yeux, ils devraient être facilement en état de le faire.

La preuve n'est pas apportée que les tiers ont été lésés par les paiements effectués par les appelants.

L'actif de la faillite s'élève à peu près à 40.000 BEF (trouvés dans l'inventaire - voir ci-dessus sous 12.1) + 686.511 BEF (salaires et cotisations sociales à rembourser) = 726.511 BEF. Ce montant couvre pour ainsi dire le total du passif privilégié. Prenant en considération la vente à un bon prix du commerce, il est admis que, même en tenant compte des frais et honoraires propres à la faillite, les créanciers privilégiés ne sont pas lésés. En ce qui concerne les créanciers chirographaires, cela ne change rien: ils n'auraient de toute façon pas reçu de dividende.

13. Conclusion: la demande des intimés *qualitate qua* est admise pour un montant de 686.511 BEF, plus les intérêts.

(dispositif conforme aux motifs)

366. Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 580. – Comm. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 25 juin 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** L'absence de mauvaise foi manifeste fait-elle obstacle à la mise en cause de la responsabilité des dirigeants ? La faute précontractuelle de type pénal des dirigeants peut-elle engager leur responsabilité ?

Ces deux questions sont envisagées par le tribunal dans le cadre de la présentation par les dirigeants de comptes annuels volontairement inexacts, ayant notamment conduit une banque à accorder un crédit à la société gérée.

**Sommaire:** L'octroi d'un sursis provisoire de paiement dans le cadre d'un concordat judiciaire accordé à une société, dans lequel il n'a pas été érigé en condition que des administrateurs soient écartés de l'administration, n'empêche pas que les administrateurs de cette société puissent encore être rendus responsables d'une présentation inexacte de la situation financière de la société. L'absence de mauvaise foi manifeste est certes une condition du sursis provisoire (art. 15 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire), mais n'exclut pas la présence de la mauvaise foi lors de l'octroi d'un sursis provisoire de paiement.

Lorsqu'un organe d'une société commet une faute dans l'exécution de son mandat lors de discussions qui ont conduit à un contrat, cette faute n'oblige en principe à indemnisation que la société et non l'administrateur. Cette immunité s'applique également si les administrateurs dispensent une information fautive quant à la situation financière de la société. L'immunité ne s'applique cependant pas pour les fautes précontractuelles qui sont sanctionnées pénalement, ce qui est le cas en l'espèce parce que la règle selon laquelle les comptes annuels doivent donner une image fidèle a été sciemment enfreinte.

L'obligation de rédiger des comptes annuels est une obligation qui incombe aux administrateurs. Ils ne peuvent pas se décharger de leur responsabilité relative à des comptes annuels inexacts en disant qu'ils ont été rédigés par l'expert comptable de l'entreprise et vérifiés par le réviseur. Ils sont notamment responsables si l'on peut déduire de la différence flagrante entre les données et la réalité qu'ils n'ont pas agi de bonne foi.

Si, du fait entre autres d'un contrôle défectueux du commissaire, les comptes annuels montrent des erreurs consécutives à des surévaluations dans lesquelles les administrateurs sont de mauvaise foi, le commissaire et les administrateurs sont responsables *in solidum*, ce dont le commissaire ne doit pas garantir les administrateurs.

Parties: SA BANK c/ administrateurs A. et B. et commissaire-réviseur C. et SPRL C.<sup>2</sup>

(...)

4. Les défendeurs [auxquels la SA Bank reproche d'avoir commis des fautes en tant qu'administrateurs des sociétés du groupe XYZ, à l'occasion de l'obtention de crédits] invoquent qu'aucune action en responsabilité ne peut plus être intentée contre eux, étant donné qu'un sursis provisoire de paiement a été octroyé [aux sociétés de leur groupe].

Les défendeurs relèvent qu'un concordat judiciaire ne peut être accordé qu'en l'absence de mauvaise foi manifeste (à moins qu'il soit suffisamment garanti que le responsable de mauvaise foi sera écarté de la direction, ce qui n'est pas le cas en l'espèce – art. 15 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire).

Ils en concluent que l'octroi d'un sursis provisoire implique qu'aucune mauvaise foi n'existe dans le chef des administrateurs du groupe XYZ.

Suivant les défendeurs, la notion de mauvaise foi recouvre: les négligences, les fautes (graves) d'administration, les détournements de fonds, les enrichissements personnels et les fraudes.

Par conséquent, les défendeurs considèrent qu'il est établi et qu'il ne peut plus être contesté que les administrateurs du groupe XYZ n'ont pas commis de faute d'administration.

L'absence de mauvaise foi manifeste est, il est vrai, une condition du sursis provisoire.

La mauvaise foi est manifeste lorsqu'elle peut être établie sans examen approfondi (I. VE-ROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, p. 48).

Il en résulte que la mauvaise foi qui ne peut pas être découverte sans examen approfondi ne peut pas empêcher que soit accordé un sursis provisoire.

La mauvaise foi que la partie demanderesse reproche aux administrateurs du groupe XYZ réside dans le fait de n'avoir pas présenté avec exactitude la situation financière des sociétés du groupe.

Savoir si les administrateurs n'ont pas correctement présenté la situation financière du groupe XYZ nécessitait un examen approfondi.

Par conséquent, il n'y avait pas, dans le chef des administrateurs du groupe XYZ, de mauvaise foi manifeste.

L'absence de mauvaise foi manifeste dans le cadre de l'octroi d'un sursis provisoire, n'exclut cependant pas qu'existe une mauvaise foi qui ne pouvait être établie qu'après un examen approfondi.

Il en résulte que l'octroi d'un sursis provisoire n'empêche pas que la responsabilité des administrateurs soit ensuite mise en cause.

5. Les défendeurs invoquent que les administrateurs du groupe XYZ ne peuvent, en vertu de la théorie de la quasi-immunité des agents d'exécution, être jugés responsables d'éventuelles fautes d'administration.

Dans son arrêt du 7 novembre 1997 (*T.R.V.*, 1998, p. 284), la Cour de cassation a déclaré la théorie de la quasi-immunité des agents d'exécution applicable aux administrateurs de société.

Ceci revient à dire que, lorsque l'administrateur d'une société commet une faute dans l'exécution d'une obligation contractuelle de la société, 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

580.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 81, note J. VANANROYE. Consultez également dans le présent ouvrage, le point «Contrôle externe des SA, SPRL et SCRL» où la décision est commentée par M. CALUWAERTS, sous le § 540 – Responsabilité civile du commissaire: Droit commun, n° 592, obs. «Responsabilité des com-missaires».

2. Les noms des parties et des sociétés ont été modifiés.

résultant de la mauvaise exécution du contrat.

La SA Bank invoque qu'elle n'a pas agi contre les administrateurs parce qu'ils ont commis une faute dans l'exécution d'un contrat, mais bien parce qu'ils ont commis des fautes préalablement à la conclusion d'un contrat (l'octroi d'une augmentation de crédit). En d'autres termes, la SA Bank invoque la responsabilité pré-contractuelle des administrateurs.

Dans son arrêt du 16 février 2001 (RG C.99.0477.N), la Cour de cassation a décidé que, lorsqu'un organe d'une société, agissant dans le cadre de son mandat, commet une faute ne constituant pas un délit, au cours des négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute n'engage pas la responsabilité de l'administrateur, mais celle de la société.

Il en résulte que l'on ne peut reprocher aux administrateurs d'avoir communiqué, à propos de la situation financière du groupe XYZ, des informations inexactes qui ont donné lieu à la conclusion d'un contrat d'augmentation de crédit, que si pareil agissement constitue un délit.

En l'espèce, la communication d'informations fautives est sanctionnée pénalement (*cf. infra*).

6. Conformément à l'(ancien) article 77 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, les administrateurs doivent rédiger chaque année des comptes annuels, qui doivent être établis conformément à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises et à ses arrêtés d'exécution.

L'article 3 de l'arrêté royal relatif aux comptes annuels des entreprises prévoit que les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière, ainsi que du résultat de l'entreprise.

L'article 17 de la loi du 17 juillet 1975 précitée sanctionne pénalement la violation de cette disposition lorsqu'elle a lieu sciemment.

Il ressort des rapports du commissaire au sursis, désigné dans le cadre de l'octroi du sursis provisoire, que d'importantes corrections ont dû être effectuées, afin de disposer d'une image fidèle du patrimoine du groupe XYZ, constitué des quatre sociétés (...) codébitrices de l'augmentation de crédit qui leur avait été octroyée.

Les corrections qui ont dû être effectuées ont dû l'être vers le bas, divers postes ayant été surévalués; le résultat étant que le groupe XYZ présentait des fonds propres négatifs de 193.180.000 BEF, en lieu et place des fonds propres positifs présentés à l'époque.

Bien que les défendeurs contestent ces constatations du commissaire au sursis, force est de constater que rien ne laisse penser qu'elles puissent être inexactes ou manquer d'objectivité, de sorte qu'il n'y a aucune raison de les ignorer.

Les administrateurs estiment qu'ils ne peuvent pas être tenus responsables de l'image infidèle rendue par les chiffres dans les comptes annuels.

Ils invoquent que les comptes annuels ont été établis par le comptable de la société et ont été contrôlés et approuvés par le réviseur.

L'obligation d'établir des comptes annuels est une obligation qui incombe aux administrateurs. Ils ne peuvent pas se dégager de leur responsabilité pour l'établissement de comptes annuels inexacts, en invoquant qu'ils n'ont pas collaboré activement à l'élaboration de ces comptes et que ceux-ci ont été vérifiés et approuvés par le réviseur.

Les défendeurs disent encore que rien ne prouve que les administrateurs aient agi fautivement, étant donné qu'ils disposent, dans l'application qu'ils font des règles d'évaluation, d'une grande marge d'appréciation.

Lorsqu'ils appliquent les règles d'évaluation, les administrateurs disposent, il est vrai, d'une certaine marge d'appréciation, mais il n'empêche qu'ils doivent appliquer ces règles avec la prudence, la sincérité et la bonne foi nécessaires.

La différence entre la réalité et les chiffres tels qu'ils sont repris dans les comptes annuels, est tellement grande qu'il n'a certainement pas été fait preuve de la circonspection néces-

saire lors de l'application des règles d'évaluation.

Bien plus, eu égard simplement à la différence flagrante entre la réalité et les chiffres repris dans les comptes annuels, le tribunal est convaincu que les administrateurs n'ont pas agi de bonne foi ou au moins qu'ils devaient savoir que les comptes annuels ne reflétaient pas une image fidèle du patrimoine du groupe XYZ.

Les administrateurs ont dès lors enfreint les dispositions de l'(ancien) article 77 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, de sorte qu'un délit a été commis dans leur chef et qu'ils sont, par conséquent, responsables sur le plan extra-contractuel pour la faute pré-contractuelle qu'ils ont commise.

Les administrateurs sont dès lors tenus d'indemniser le dommage qui a été causé par cette faute pré-contractuelle.

7. La SA Bank invoque encore d'autres fautes qui auraient été commises par les administrateurs. Outre qu'il n'est plus relevant de vérifier si les administrateurs ont commis d'autres fautes, étant donné que l'existence d'une faute a été établie sur base d'une violation de l'article 77 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, la question se pose de savoir si d'autres fautes, non constitutives d'un délit, peuvent encore, à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 février 2001, être invoquées afin de rendre les administrateurs responsables sur le plan pré-contractuel.

En effet, il peut être déduit de l'arrêt précité que les organes en général ne sont plus responsables sur le plan extra-contractuel des actes posés en exécution de leur mandat (L. CORNELIS et I. CLAEYS, «De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsjurist en van zijn onderneming», *Le droit des affaires en évolution. Les responsabilités de l'entreprise*, Bruylant, Bruxelles - Kluwer, Anvers, 2001, p. 48, n° 44).

8. La SA Bank estime que son dommage est égal au montant qu'elle n'a pas pu récupérer suite au concordat judiciaire.

Ce montant est provisoirement estimé à 456.035, 61 euros (18.396.431 BEF).

Les administrateurs ne peuvent être rendus responsables que des dommages qui ont été causés par leur faute.

A ce niveau, se pose la question de la détermination du moment où la faute a été commise. Il ressort du rapport [du réviseur d'entreprise M.], où seul le poste «créances commerciales» des comptes annuels a été examiné, qu'une surévaluation de 35.874.214 BEF existait déjà le 31 décembre 1997, seulement pour la SA X.

Les défendeurs considèrent que ce rapport est unilatéral et ne leur est pas opposable, de sorte qu'il ne peut pas être retenu comme preuve.

Même s'il s'agit en effet d'un rapport unilatéral, il y a lieu de constater qu'aucune des parties n'a, de quelque façon que ce soit, émis de critiques quant au contenu de ce rapport, alors qu'elles en ont eu la possibilité. Les défendeurs n'apportent aucun élément permettant de conclure que le rapport en question serait inexact et ne correspondrait pas à la réalité.

Dans ces circonstances et, plus précisément, parce que les défendeurs n'ont pas fait usage de la possibilité qui leur était offerte de critiquer le rapport quant à son contenu (et ne peuvent donc pas invoquer le fait que les droits de la défense auraient été violés), le tribunal estime qu'il peut être tenu compte des conclusions du réviseur d'entreprise M.

Partant de la constatation que les comptes annuels reflétaient déjà une image inexacte du patrimoine du groupe XYZ au 31 décembre 1997, il est admis qu'à ce moment, les administrateurs avaient déjà agi fautivement.

L'on ne sait, par contre, pas avec certitude si les agissements fautifs en question existaient déjà au moment où un crédit de 60.361.956 BEF a été accordé (le 28 avril 1997), de sorte que les administrateurs ne doivent pas répondre de la non-récupération de ce montant.

Lorsque toutes les garanties bancaires auront été réclamées, la créance de la SA Bank de-

vrait encore s'élever à 96.489.716 BEF. 20,7 % de ce montant ou 20.000.000 BEF maximum devraient entrer en ligne de compte comme remise de dette.

Tenant compte des garanties bancaires déjà liquidées, la créance de la SA Bank s'élève à 88.758.546 BEF.

Les administrateurs ne peuvent dès lors être tenus qu'au paiement, à titre provisionnel, de 88.758.546 BEF - 60.361.956 BEF = 28.396.590 BEF x 20,7 % = 5.878.094 BEF ou 145.714,14 euros (la question de savoir si ce montant est définitif ou non dépend du fait de savoir si d'autres garanties bancaires seront ou non encore réclamées).

9. Les administrateurs ne peuvent être condamnés au paiement du montant précité que si un lien de causalité existe entre leurs fautes et le dommage.

Dès l'instant où elle a été au courant des surévaluations du poste du bilan «travaux en exécution», la SA Bank a immédiatement dénoncé les crédits.

Il faut en déduire que si la SA Bank avait été au courant, les 2 mars et 14 avril 1998, de cette surévaluation (ainsi que des surévaluations des autres postes), elle n'aurait jamais accordé d'augmentation de crédit.

Il existe, par conséquent, un lien de causalité entre la faute des administrateurs et le dommage subi par la SA Bank.

10. Selon les défendeurs, la SA Bank est responsable des dommages qu'elle a subis.

Selon eux, la dénonciation brusque et soudaine des crédits est à l'origine des difficultés financières du groupe XYZ.

Au vu des données qui ont été portées à sa connaissance en juillet 1999, la SA Bank était en droit de dénoncer le crédit accordé, sous peine de pouvoir être tenue responsable du maintien injustifié de l'octroi de crédit.

L'argument des défendeurs consistant à dire que, si la dénonciation s'était faite moins brusquement, le groupe XYZ aurait trouvé une autre solution au problème (p. ex. un autre financier), de sorte que la SA Bank aurait été entièrement remboursée, n'est fondé sur rien et n'était pas réalisable en pratique si l'on tient compte de la situation financière peu brillante de la société.

11. Les défendeurs prétendent également que la SA Bank a laissé tomber de son plein gré une partie de sa créance et a donc causé elle-même le dommage qu'elle a subi.

La SA Bank avait le choix entre, soit provoquer la faillite, soit collaborer à l'obtention d'un concordat judiciaire.

Il n'est pas démontré que la SA Bank aurait recouvré l'intégralité de sa créance en cas de faillite, comme le prétendent les défendeurs.

D'ailleurs, les défendeurs ne peuvent reprocher à la SA Bank d'avoir collaboré à l'obtention d'un concordat. Ils ont eux-mêmes fait tout ce qui était en leur pouvoir pour obtenir ce concordat qui nécessitait, si l'on voulait parvenir à ce qu'il soit accordé et à ce qu'un plan de redressement soit élaboré, que la SA Bank renonce à une partie de sa créance.

Dans ce contexte, on ne peut reprocher à la SA Bank d'avoir renoncé, à concurrence de 20,7 %, à la créance dont elle disposait à l'égard du groupe XYZ.

12. La faute commise par les administrateurs constitue une infraction aux dispositions de la législation sur les sociétés.

L'article 528 du Code des sociétés dispose que, dans ce cas, les administrateurs sont solidairement responsables envers les tiers de tous les dommages et intérêts, à moins qu'ils n'aient pas pris part aux infractions, qu'aucune faute ne leur soit imputable et qu'ils aient dénoncé les infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en aient eu connaissance.

Les surévaluations qui ont eu le plus gros impact sur le groupe XYZ sont celles qui ont été réalisées dans la SA X.

Tant A. que B. étaient administrateurs dans cette société. Aucun des deux ne prouve qu'il n'a pas pris part aux infractions.

Ils sont, par conséquent, solidairement tenus au paiement du montant provisionnel de 145.714,14 euros.

Les intérêts sur ce montant peuvent être calculés au taux d'intérêt légal et ce, à partir du jour où le sursis provisoire a été accordé, soit le 14 mars 2000.

(...)

15. Tant la demanderesse (la SA Bank) que les défendeurs (les administrateurs) estiment que le commissaire réviseur a commis des fautes dans sa mission de contrôle et de compte-rendu.

Il a déjà été constaté précédemment que:

- la différence entre les chiffres repris au bilan et la réalité est si grande qu'il est évident que les règles d'évaluation n'ont pas été appliquées avec la circonspection nécessaire;
- les comptes annuels, clôturés le 31 décembre 1997, rendaient déjà une image inexacte du patrimoine de la SA X.

Après avoir contrôlé les comptes annuels clôturés le 31 décembre 1997, le commissaire réviseur a écrit dans son rapport qu'il avait, sur base de sondages, vérifié l'exactitude des montants repris dans les comptes annuels et avait examiné les règles d'évaluation et les estimations comptables significatives mises en œuvre par la société, ainsi que la présentation des comptes annuels dans son ensemble. Le commissaire réviseur en conclut que les comptes annuels clôturés le 31 décembre 1997 reflètent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'A.S.B.L. (??).

Le contenu du rapport du commissaire réviseur ne correspond pas du tout avec la réalité. Etant donné la différence flagrante entre la réalité et les chiffres repris dans les comptes annuels, consécutivement aux surévaluations, il est évident que le commissaire réviseur n'a pas accompli sa mission de contrôle comme il se doit.

En d'autres termes, si le commissaire réviseur avait accompli sa mission soigneusement, il aurait dû constater les surévaluations et y donner les suites qui conviennent.

Le fait que KPMG a pu, quant à elle, détecter les surévaluations en période non suspecte, laisse apparaître que le commissaire réviseur n'a pas soigneusement exécuté sa mission de contrôle.

Conformément à l'article 140 du Code des sociétés, les commissaires sont solidairement responsables envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions de la législation sur les sociétés.

Etant donné que les comptes annuels ne satisfont pas aux prescriptions de l'(ancien) article 77 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et, ce faisant, enfreignent les dispositions de la législation sur les sociétés, ce qui a notamment été rendu possible du fait du contrôle défectueux du commissaire réviseur, ce dernier est responsable, sur base de l'article 140 du Code des sociétés, du dommage subi par la SA Bank.

16. Comme cela a déjà été dit plus haut, les surévaluations qui ont eu le plus gros impact sur le groupe XYZ sont celles qui ont été réalisées dans la SA X.

C'est C. qui a contrôlé les comptes annuels de cette société, de sorte qu'il est responsable du dommage qu'a subi la SA Bank du fait de la présentation inexacte de la situation financière du groupe XYZ.

C. est, en même temps que la société civile qu'il représente, solidairement responsable du dommage (art. 132 C. soc.).

C. représentait, dans l'exercice de sa mission, la SPRL C. [...], de sorte que cette dernière

est tenue solidairement, en même temps que C., de réparer le dommage subi par la SA Bank. La demande reventionnelle de la SA Bank à l'égard des parties précitées est, par conséquent, fondée [...].

17. Les fautes du commissaire réviseur et celles des administrateurs ont contribué de la même façon au dommage subi par la SA Bank, de sorte que ces parties sont tenues de payer *in solidum* les dommages et intérêts qui reviennent à la partie demanderesse.

18. La demande en garantie des défendeurs à l'égard du commissaire réviseur ne peut pas être acceptée.

Les administrateurs ne peuvent faire endosser au commissaire réviseur les fautes qu'ils ont eux-mêmes commises, d'autant plus que leurs fautes et celles du commissaire réviseur ont causé de la même façon le dommage subi par la demanderesse.  
(...)

### OBSERVATIONS

«C'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui!» – Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou *in solidum*, l'intervention d'un garant: autant de voies utiles au faitif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale ?

1. Cette décision est frappée d'appel, mais mérite néanmoins dès à présent notre attention.

2. Sur l'immunité de l'organe d'une société en cas de faute précontractuelle, on renvoie à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001<sup>3</sup> qui précise que lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant (art. 1992 C. civ.). Cette jurisprudence peut-elle être étendue à d'autres hypothèses que la faute précontractuelle ? Dans la décision commentée, le tribunal opère une distinction nette entre le délit commis par les dirigeants qui ont enfreint les dispositions de l'ancien article 77 des L.C.S.C. et qui est susceptible d'engager leur responsabilité, et les autres fautes non délictuelles qui ne peuvent engager leur responsabilité au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation. La 4<sup>e</sup> chambre du Tribunal de commerce d'Hasseelt semble déduire de l'arrêt de cassation précité que d'une façon générale, les organes ne sont plus responsables sur le plan extra-contractuel des actes posés en exécution de leur mandat, citant à l'appui de cette thèse CORNELIS et CLAEYS. Nous préférons être prudent et ne pas donner une interprétation extensive à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001, prononcé dans le cas précis d'une faute précontractuelle, et qui apparaît comme une limite, à entendre strictement, au principe de la responsabilité du mandataire ou de l'organe pour sa faute aquilienne.

3. Il est également intéressant de souligner dans cette décision la conjonction des fautes des dirigeants d'une part, du commissaire réviseur d'autre part, ainsi que les conséquences ju-

3. Cass. (1<sup>re</sup> ch.) RG C.99.0477.N, 16 févr. 2001 (SPRL ONYX c/ D.), <http://www.cass.be> (18 oct. 2001); *Arr. cass.*, 2001, liv. 2, p. 303; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107; *JDSC*, 2002 (abrégé), p. 116, note P. KILESTE, et C. BERTSCH; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301; *R.W.*, 2002-2003, liv. 9, p. 340; *Res. Jur. Imm.*, 2001, 123; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698, note C. GEYS.

ridiques de cette conjonction factuelle. Interviennent nécessairement des questions de responsabilité solidaire ou *in solidum*, ainsi qu'une distinction entre l'obligation et la contribution à la dette qu'il convient d'éclaircir dans les lignes qui suivent.

#### 4. Les fautes concurrentes

Le tribunal constate que les administrateurs ont commis une faute consistant en une infraction aux dispositions de la législation sur les sociétés, ce qui engage leur responsabilité à l'égard des tiers. S'ajoute à cette faute celle commise par le commissaire réviseur<sup>4</sup> qui n'a pas soigneusement exécuté sa mission de contrôle et de compte-rendu, ce qui engage également sa responsabilité.

Ces fautes du commissaire réviseur et des administrateurs sont concurrentes, à savoir qu'il s'agit de «fautes différentes commises par plusieurs parties dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, mais qui toutes contribuent à créer le dommage, en sorte que, sans l'une de ces fautes, le dommage ne se serait pas produit»<sup>5</sup>, ou à tout le moins pas tel qu'il s'est produit effectivement. Lorsque la concurrence des fautes est reconnue<sup>6</sup>, chacun des protagonistes est tenu d'une responsabilité *in solidum*: il peut se voir réclamer la totalité du dommage<sup>7</sup>. On note toutefois que contrairement au régime de la responsabilité solidaire<sup>8</sup>, la mise en demeure à l'égard de l'un des responsables ne vaut pas à l'égard de tous, et que les poursuites entamées contre l'un des responsables n'interrompent pas la prescription à l'égard des autres.

En l'espèce, le tribunal condamne *in solidum* les administrateurs d'une part, le commissaire réviseur et la SPRL C. d'autre part, à verser à la SA Bank les dommages et intérêts qui lui reviennent.

#### 5. Condamnation solidaire et condamnation *in solidum*

La particularité de la présente espèce réside dans le fait que les condamnations prononcées sont tantôt solitaires, tantôt *in solidum*. En effet, selon l'article 140 du Code des sociétés, les commissaires d'une société sont responsables solidairement envers la société et les tiers des dommages résultant de violations du Code ou des statuts. Selon l'article 528 du même Code, les administrateurs sont pareillement responsables solidairement envers la société et les tiers. Il faut donc noter en l'espèce que les administrateurs sont solitaires «entre eux», et que le commissaire C. et la SPRL C. sont solitaires «entre eux», mais que seule une responsabilité *in solidum* est reconnue entre les administrateurs d'une part, le commissaire et la SPRL C. d'autre part.

4. Et donc également la faute commise par la SPRL C., puisque le commissaire C. représente, dans l'exercice de sa mission, cette SPRL.

5. P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Ed. Jeune Barreau, 1978, p. 26. Voir également J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence 1972 à 1978», *R.C.J.B.*, 1981, n° 66, p. 392; de façon générale, voir sur les notions de faute commune et de faute concurrente, la jurisprudence de la Cour de cassation, n° 66, pp. 391 et 392; voir aussi J.-L. FAGNART et M. DENEVE, «La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1976 à 1984», *J.T.*, 1985, pp. 466-467, n° 27 (qui usent des termes 'faute collective' en lieu et place de 'faute commune') et la référence aux arrêts de la Cour de cassation rendus sur ce point.

6. Avant de pouvoir conclure à l'existence de fautes concurrentes, la faute commise par chaque personne, le comportement individuel de chaque intervenant doivent être précisément examinés, et le lien de causalité avec le dommage doit être vérifié.

7. Voir par exemple Cass., 5 mai 1993. *Bull.*, 1993, p. 431; *Arr. cass.*, 1993, p. 434; *Pas.*, 1993 (abrégé), I, p. 431.

8. La responsabilité est solidaire lorsqu'est identifiée une faute commune de plusieurs personnes, à savoir lorsque plusieurs personnes commettent une faute ensemble, en contribuant sciemment à produire un fait dommageable. Elle suppose «une certaine unité de la faute et une 'communauté d'intention' entre les différentes personnes à qui elle est imputée» (voir notamment sur ce point Cass., 3 mai 1996, *R.W.*, 1996-1997 (abrégé), p. 684, *Bull.*, 1996, p. 410, *Arr. cass.*, 1996, p. 388, *Pas.*, 1996, I, p. 410 et O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 85.

- Sur un plan pratique, cela signifie pour le créancier victime des violations du Code que:
- la mise en demeure adressée à un administrateur vaut à l'égard de tous les administrateurs mais pas à l'égard du commissaire et de la SPRL C.; inversement, la mise en demeure adressée au commissaire ou à la SPRL C. vaut à l'égard de l'autre mais non à l'égard des administrateurs;
  - les poursuites entamées contre l'un des administrateurs interrompent la prescription à l'égard des autres administrateurs mais pas à l'égard du commissaire et de la SPRL C.; inversement, les poursuites entamées contre le commissaire ou la SPRL C. interrompent la prescription à l'égard de l'autre mais pas des administrateurs.

#### 6. Obligation à la dette et contribution à la dette

On rappelle que la condamnation *solidaire* ou *in solidum* de plusieurs débiteurs ne concerne que l'*obligation* à la dette, c'est-à-dire les rapports du créancier vis-à-vis des débiteurs, et non la *contribution* à la dette, c'est-à-dire les rapports des débiteurs entre eux et le partage de la dette à opérer. Le débiteur auquel le créancier s'adresse pour obtenir le paiement et qui s'exécute pour le tout dispose ensuite d'une action récursoire contre ses codébiteurs *solidaires* ou *in solidum*, soit par part virile, soit selon la proportion précisée par le tribunal. Les codébiteurs peuvent en effet solliciter du tribunal qu'il détermine expressément la contribution de chacun à la dette, à proportion de sa responsabilité exacte dans la réalisation du dommage.

Dans la présente décision, le tribunal ne détermine pas la part de chacun dans la contribution à la dette, sans doute parce que cela ne lui a pas été demandé. Cette question devra nécessairement «*revenir sur le tapis*», à moins que les codébiteurs acceptent le partage de la dette par part virile, à savoir la moitié de la dette à charge des administrateurs (et donc un quart par administrateur) et l'autre moitié à charge du commissaire et de la SPRL C. (et donc un quart chacun).

#### 7. Condamnation *in solidum* et condamnation à garantir

On notera que les administrateurs avaient tenté de se soustraire totalement à leur responsabilité en invoquant qu'ils n'avaient pas collaboré activement à l'établissement des comptes annuels, et que ceux-ci avaient été vérifiés et approuvés par le réviseur; ils réclamaient dès lors une *garantie totale* de leur responsabilité par le commissaire réviseur et par la SPRL C.<sup>9</sup>. Le tribunal refuse cette garantie et prononce une condamnation *solidaire «simple»*, ce qui est totalement différent d'une condamnation *solidaire avec condamnation d'un codébiteur à garantir*.

Si l'action en garantie introduite par les dirigeants avait abouti, le commissaire réviseur et la SPRL C. auraient dû supporter seuls l'intégralité de la condamnation. Pour être plus précis, la SA Bank aurait évidemment toujours eu la liberté de s'adresser aux administrateurs pour obtenir l'indemnisation de son dommage (au niveau de l'*obligation* à la dette à l'égard du créancier), mais seul le garant y aurait fait face en totalité *in fine* (au niveau de la *contri-*

9. Pour une illustration de la défense similaire d'un liquidateur qui voit sa responsabilité pour faute engagée et qui tente de rejeter toute la faute sur le comptable de la société, on renvoie à Civ. Gand (1<sup>er</sup> ch.), 23 mai 2002, *JDSC*, 2003, p. 311, n° 527 et note M.-A. DELVAUX. Un liquidateur d'une société ne peut se retrancher derrière le comptable de la société pour échapper à sa responsabilité dans le cadre de l'exercice de son mandat et au paiement de l'éventuelle indemnisation qui en résulte. Le comptable n'est en effet qu'un mandataire du liquidateur. Le tribunal gantois considère que le liquidateur est responsable d'une faute de gestion, puisqu'il avait nécessairement connaissance de l'existence des dettes fiscales mais n'a pas consigné les fonds nécessaires à y faire face. Le liquidateur ne peut donc se dégager de toute responsabilité sur un tiers, fut-il spécialisé en la matière. Mais dans la mesure où la comptable est également fautive, l'action en garantie du liquidateur contre cette dernière est à tout le moins partiellement fondée, dans une mesure que l'expertise sollicitée permettra de déterminer. En d'autres termes, la responsabilité du liquidateur reste engagée pour sa faute de gestion, mais une part de sa responsabilité sera assumée par le tiers également fautif.

but ion à la dette entre codébiteurs).

Par contre, dans le cadre de la condamnation *in solidum* comme en l'espèce, la SA Bank s'adresse au débiteur de son choix pour réclamer l'intégralité de sa créance, et la dette se partagera ensuite entre les divers intervenants (voir *supra*).

#### 8. Condamnation *solidaire, in solidum* et/ou condamnation à garantir

La difficulté des codébiteurs *solidaires* et/ou garantis par un tiers réside dans le fait que si l'un d'entre eux ou le garant tombe en faillite, il n'y aura plus de recours contributoire possible. Le codébiteur ayant payé l'intégralité de la dette ne pourra pas récupérer la part chez le codébiteur failli, ou la totalité chez le garant failli. La victime est quant à elle toujours protégée puisqu'elle voit ses chances de récupérer l'indemnisation de son dommage multipliées par le nombre de débiteurs potentiels.

### 366. Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts

N° 581. – Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 23 janvier 2003<sup>1</sup>

**Présentation:** Comme dans la décision précédente, est à nouveau alléguée ici la faute des dirigeants qui ont présenté des comptes annuels incomplets ou inexacts. Cet arrêt a le mérite de rappeler que même si la faute des dirigeants est reconnue, encore faut-il que le dommage allégué présente un lien causal avec celle-ci pour que les dirigeants soient condamnés à le réparer.

**Sommaire partiel:** A supposer que le caractère incomplet des comptes annuels approuvés par l'assemblée générale – en l'espèce, le silence des comptes sur l'affectation des réserves disponibles à la distribution de dividendes – soit constitutif de faute dans le chef des administrateurs, dès lors que le dommage des tiers découle en réalité du fait que les sommes prélevées sur les réserves disponibles ne se trouvent plus dans le patrimoine de la société, assiette de leur droit de gage, et que ce prélèvement a été décidé légalement par l'assemblée générale, ladite faute – à la supposer vérifiée – n'est pas en lien causal avec le dommage subi par les tiers. Il s'ensuit que la responsabilité des administrateurs ne peut être retenue (articles 528, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 du Code des sociétés – ancien article 62, alinéas 2 et 3 des L.C.S.C.).

**Parties:** Me X. LECLERCQ *qualitate qua* faillite SA BISCUITERIE EXCELSIA *c/* SA IMMOBILIERE DEPAUW et crts

581.–1. Cette décision a été publiée dans *DAOR*, 2002, liv. 64, p. 366, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1252; *Journ. jur.*, 2003 (reflet E. LOUIS), liv. 21, p. 14; *T.R.V.*, 2003, liv. 6, 541, note R. TAS; *J.T.*, 2004, liv. 6128, p. 155, note A. BERTRAND; *NJW*, 2004, liv. 56, p. 52, note H. DE WULF; *R.C.J.B.*, 2003, liv. 4, p. 557, note D. WILLERMAIN; *R.D.C.*, 2003, liv. 10, p. 836, note D. HEENEN.

Consultez également dans le présent ouvrage, le point «Les assemblées générales dans les SA, SPRL et SCRL», où la décision est commentée par J.-F. GOFFIN, sous le § 220. – Adoption des comptes annuels, n° 561, obs.

*Cette décision n'est pas publiée ici. Vous en trouverez un extrait sous le point «Les assemblées générales dans les SA, SPRL et SCRL», 220. – Adoption des comptes annuels, n° 561.*

## OBSERVATIONS

Lors de sa réunion annuelle, l'assemblée générale d'une société décide de verser aux actionnaires un dividende important qui sera prélevé sur les réserves disponibles; cette opération s'inscrit dans le cadre de négociations relatives à la cession de toutes les actions de cette société à un autre groupe.

La société est déclarée en faillite deux ans plus tard et le curateur introduit une action tant contre les associés, pour obtenir le remboursement du dividende distribué, que contre les administrateurs, pour que leur responsabilité pour faute soit engagée.

L'arrêt querellé, confirmant le premier jugement, déboute le curateur de sa demande notamment, en ce qui concerne les administrateurs, pour les motifs suivants:

«(...) la responsabilité des administrateurs ne peut enfin être mise en cause par cette opération dans la mesure où la distribution du dividende litigieux a été décidée par l'assemblée générale de la société et non par le conseil d'administration; (elle) ne peut davantage l'être pour ne pas avoir fait apparaître cette distribution dans les comptes arrêtés au 31 décembre 1988 puisqu'il n'est pas établi qu'elle aurait été décidée avant cette approbation et que, de toute manière, l'indication dans les comptes annuels de 1988 de réserves disponibles signifiait que celles-ci pouvaient être distribuées à tout moment par l'assemblée générale; à supposer dès lors – quod non – qu'une faute ait été commise en ne mentionnant pas la distribution du dividende litigieux dans les comptes approuvés le 8 juin 1989, encore aucun dommage en lien causal avec cette faute ne serait-il établi».

Le curateur s'oppose à cette argumentation, notamment en ces termes: «Lorsque l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme – c'est-à-dire l'assemblée au cours de laquelle sont approuvés les comptes annuels – décide d'attribuer un dividende par voie de prélèvement sur les réserves disponibles, ce prélèvement doit, en vertu du chapitre 1<sup>er</sup> de l'annexe à l'arrêté royal du 8 octobre 1976, être mentionné tant dans le compte de résultats, sous la rubrique 'Affectations et prélèvements', sous-rubrique 'Prélèvements sur les capitaux propres' que dans le bilan, où ce prélèvement doit nécessairement modifier le solde de la sous-rubrique 'Réserves disponibles' (subdivision IV – D de la rubrique Capitaux propres).

Des comptes annuels (compte de résultats et bilan) qui ne font pas apparaître un prélèvement sur les réserves disponibles décidé par l'assemblée générale au cours de laquelle ces comptes ont été approuvés sont nécessairement faux ou, à tout le moins, inexacts.

La circonstance que le prélèvement sur les réserves disponibles aurait été décidé par une résolution de l'assemblée générale qui a approuvé les comptes annuels après l'approbation de ceux-ci n'est pas susceptible d'exercer une influence sur la règle précitée.

En effet, il résulte des dispositions légales et réglementaires dont la première branche du moyen invoque la violation que l'approbation des comptes annuels, par l'assemblée générale ordinaire, implique l'approbation de toutes les affectations au titre de distribution de dividendes, qu'il s'agisse de l'affectation du bénéfice de l'exercice, du bénéfice reporté ou d'un prélèvement sur les réserves disponibles.

Les comptes annuels qui doivent être publiés, conformément à l'article 80 du titre IX du livre 1<sup>er</sup> du Code de commerce, doivent impérativement faire apparaître toutes les résolutions relatives aux affectations précitées qui ont été adoptées par l'assemblée générale ordinaire.

Il n'est pas au pouvoir des organes de la société de modifier, en fonction de la présentation ou de l'ordre des résolutions adoptées par une même assemblée générale, l'image que les

comptes annuels approuvés et publiés donnent des prélèvements qui ont été effectués sur les bénéfices ou sur les réserves disponibles.»

Le curateur considère donc que les dirigeants sont responsables pour avoir méconnu les dispositions légales et réglementaires relatives aux comptes annuels, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les distributions ont été décidées par une résolution de l'assemblée générale formellement distincte de la décision d'approbation des comptes.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme, notamment, que même si la faute des dirigeants était établie, point sur lequel elle ne se prononce pas, le dommage allégué par le curateur ne présenterait de toute façon aucun lien de causalité avec cette faute.

Cet arrêt peut être mis en liaison avec la décision publiée au numéro précédent<sup>2</sup>, puisque dans les deux cas on s'interroge sur la responsabilité des dirigeants ayant présenté des comptes annuels inexacts ou incomplets. Dans la décision du Tribunal de commerce d'Hasselt, tant la faute que le dommage en lien causal avec celle-ci étaient clairement établis, puisque la banque avait octroyé un crédit complémentaire à la société sur la base de comptes annuels dans lesquels divers postes avaient été frauduleusement surévalués. La responsabilité des dirigeants avait donc été engagée.

Dans l'arrêt annoté, la cour d'appel avait considéré qu'aucune faute n'avait été commise par les dirigeants qui n'avaient pas mentionné la distribution du dividende litigieux dans les comptes approuvés par l'assemblée générale. Et même si cette distribution avait été mentionnée, la cour d'appel affirme que ce manquement n'a occasionné aucun dommage dont le curateur réclamerait la réparation. En effet, le curateur réclamait la couverture par les administrateurs du passif de la société faillie, alors même que l'omission d'indiquer la distribution de dividendes dans les comptes annuels n'a eu aucune implication ni dans la faillite de la société, ni dans son ampleur. C'est donc à juste titre que le pourvoi du curateur contre le refus d'engager la responsabilité pour faute des dirigeants a été rejeté.

## 367. Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil

N° 582. – Anvers, 3 octobre 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Cet arrêt illustre la faute aquilienne d'un dirigeant (l'absence de versement du précompte professionnel) et le droit individuel d'agir du créancier isolé (l'Etat belge) ayant subi un préjudice spécifique, qui subsiste malgré la faillite de la société.

**Sommaire:** Le gérant unique d'une SPRLU commet une faute lorsque, sciemment et volontairement, il enfreint une disposition de la législation fiscale et, comme en l'espèce, omet de verser le précompte professionnel. Le fait que la société soit en faillite n'exclut pas la recevabilité de l'action introduite par un créancier isolé contre le gérant lorsque la demande concerne la réparation d'un dommage individuel distinct du dommage commun de tous les créanciers résultant de la diminution de leur gage.

2. Comm. Hasselt, 4<sup>e</sup> ch., 25 juin 2002, publiée sous le numéro 580.  
582.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *NjW*, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT.

Le fait pour une société ou son gérant de commettre un acte illicite n'empêche pas en principe que la société soit déclarée excusable, l'accomplissement d'un acte illicite ne faisant pas partie des causes d'exclusion reprises dans l'article 81 de la loi sur les faillites.

Parties: L'Etat belge c/ H.S.

(...)

2. Arrêt

L'intimé a fondé, le 29 décembre 1990, la société unipersonnelle à responsabilité limitée Swartenbroeckx Belgian Chocolatés, dont le capital s'élevait à 2.000.000 BEF. Par apport de créances de l'intimé (loyers impayés), ce capital a été augmenté et est passé à 8.700.000 BEF.

Au cours de la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 1993 à la fin de l'année 1994, le précompte professionnel enrôlé au nom de la SPRLU Swartenbroeckx (principalement pour les salaires des travailleurs et, dans une moindre mesure, pour les rémunérations versées à l'intimé en sa qualité de gérant), pour un montant de 471.041 BEF (en principal), a bien été retenu, mais n'a pas été versé à l'appelant.

Le résultat de l'exercice clôturé le 30 juin 1994 consistait en une perte de 1.864.741 BEF et les pertes reportées des exercices précédents s'élevaient à 10.087.094 BEF.

La société a été volontairement dissoute anticipativement le 9 décembre 1994 et la SPRL Eagle Invest a été chargée de la liquidation (le siège a été déplacé à Lier et le nom de la société est devenu S-Choco).

La société dissoute a été déclarée en faillite, sur citation d'un créancier, par jugement du Tribunal de commerce de Malines, daté du 27 février 1995.

L'appelant considère que l'intimé a commis, en sa qualité de gérant de la société, plusieurs actes illicites qui l'ont privé du paiement effectif (par la société) du précompte professionnel dont il est question ci-dessus. Il demande que l'intimé indemnise le dommage qu'il a subi du fait de ces agissements, qu'il estime au montant du précompte professionnel qui ne lui a pas été versé (augmenté des intérêts et des frais de procédure).

En tant que créancier individuel, l'appelant pouvait non seulement faire la déclaration de ses créances dans le cadre de la faillite, mais aussi intenter, pendant la faillite, une action contre l'intimé, en sa qualité de gérant de la société faillie, en vue d'être indemnisé du dommage individuel subi, s'agissant d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui était indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la société. Le curateur de la faillite de la société n'était exclusivement compétent pour agir en justice que pour les actions en dommages et intérêts liées à des dommages causés au gage commun des créanciers et dont la conséquence était l'augmentation du passif ou la diminution de l'actif de la société.

Seuls les dommages au gage commun des créanciers pouvaient faire l'objet d'une action de la part du curateur désigné en l'espèce.

L'appelant souhaite être indemnisé d'un dommage particulier qu'il a lui-même subi et non d'un dommage qui aurait eu un effet sur tous les créanciers parce que, s'agissant d'un dommage que le gérant aurait fait subir au patrimoine de la société, il aurait diminué leur gage commun. Ce n'est que pour ce type de dommage, qui n'est pas celui pour lequel l'appelant demande à être indemnisé en l'espèce, que le curateur détient un droit d'action exclusif en sa qualité de «représentant forcé» de la masse des créanciers.

La demande introduite par l'appelant est, par conséquent, recevable.

Entre-temps, la faillite a été clôturée pour insuffisance d'actif, par jugement du tribunal de commerce daté du 10 mars 1997 (le curateur avait versé 1.108.479 BEF au créancier gagiste GERA) et la société faillie a été déclarée excusable (sans autre motivation que la constatation par le tribunal de commerce du fait que le curateur estimait que la société faillie était excusable).

C'est à tort que l'intimé avance que la dette issue de l'obligation pour la société de verser le précompte professionnel se serait éteinte par compensation légale en 1994 et de toute façon avant la citation. D'abord, il n'est pas prouvé que les restitutions qu'il invoque (créances) existaient déjà à ce moment. Ensuite, ces restitutions, qui ont été payées avec des fonds européens (subsidés dans le cadre de l'exportation de sucre blanc et de lait entier vers les Etats-Unis), ne l'ont pas été par l'appelant, mais par un établissement public distinct, le Bureau d'Intervention et de Restitution belge. Ce motif suffit naturellement à lui seul à rendre impossible toute compensation avec le précompte immobilier à verser à l'appelant.

(...)

Selon l'article 412 du Code des impôts sur les revenus 1992 – disposition dont la violation, lorsqu'elle est frauduleuse, est sanctionnée par l'article 449 du même code –, la SPRLU Swartenbroeckx était tenue de verser le précompte professionnel qu'elle avait retenu sur les salaires et les rémunérations à l'Etat belge, dans les quinze jours suivant l'expiration du mois pendant lequel les revenus avaient été payés.

Il n'est pas contesté que la SPRLU Swartenbroeckx n'a pas versé le précompte professionnel litigieux. Il est établi que cela s'est fait sciemment et volontairement, étant donné qu'il est écrit, dans les conclusions de l'intimé, qu'il a préféré rembourser d'autres créanciers (travailleurs et fournisseurs) et laisser le précompte professionnel provisoirement impayé. L'intimé explique même dans ses conclusions que «l'appelant, ainsi que l'O.N.S.S. en tant qu'établissement public, pouvaient bien être laissés de côté, vu la longue période pendant laquelle l'Etat belge était lui-même resté en défaut».

Il n'est pas démontré qu'il était impossible de verser le précompte professionnel, élément dont la charge de la preuve repose sur l'intimé.

L'intimé a démontré, il est vrai, que la société Swartenbroeckx avait dû attendre longtemps (plus d'un an) avant que le Bureau d'Intervention et de Rétribution belge ne lui verse les restitutions, alors que la société comptait sur un paiement rapide de ces restitutions pour une part importante de son chiffre d'affaires chocolat.

L'appelant invoque toutefois que cela était dû à un oubli de l'intimé qui n'aurait pas déposé un des documents nécessaires, ce qui est contesté par l'intimé. Les pièces déposées par les parties ne permettent pas de répondre à cette question.

Il est établi cependant que les restitutions réclamées par l'intimé s'élevaient à environ 1,3 million de francs belges, alors qu'à ce moment, la société devait déjà, rien qu'à l'O.N.S.S., des montants et arriérés s'élevant à près de deux millions de francs. Elle était en outre, à cette période, déjà lourdement déficitaire (voir plus haut). Le retard dans le paiement des restitutions ne constitue pas dès lors, dans le chef de l'intimé, une cause de justification (force majeure) qui excuserait le fait de ne pas avoir versé le précompte professionnel litigieux.

Le fait de ne pas avoir versé le précompte professionnel constitue une violation d'une obligation légale qui a été commise sciemment et volontairement et qu'aucune cause ne vient justifier. Le fait que l'obligation de payer le précompte professionnel reposait sur la SPRLU Swartenbroeckx n'empêche pas que l'intimé – qui, en tant que gérant et seul associé, s'occupait d'administrer la société et auquel il revenait, parmi d'autres tâches, de procéder lui-même au versement du précompte professionnel qui avait été retenu ou au moins de veiller

à ce qu'un préposé s'en charge – a commis, du fait de son inaction, un acte illicite et qu'il peut être rendu responsable du dommage que l'Etat belge a subi par sa faute. Il n'y a pas de contradiction entre le fait de constater l'existence de cet acte illicite et le fait d'avoir déclaré la société faillie excusable (dans une décision que le tribunal a très peu motivée). Le fait pour une société ou son gérant de commettre un acte illicite n'empêche pas en principe que la société soit déclarée excusable, l'accomplissement d'un acte illicite ne faisant pas partie des causes d'exclusion reprises dans l'article 81 de la loi sur les faillites.

Etant donné qu'il n'est pas établi avec suffisance que la SPRLU Swartenbroeckx n'était pas à même, lorsqu'elle a payé les salaires nets, de verser le précompte professionnel, le dommage subi par l'Etat belge s'élève au montant du précompte professionnel dont il a été privé. Comme l'Etat belge pouvait tenter son action aussitôt que le précompte professionnel était payable, il est désormais acquis que l'Etat belge n'a pas reçu de dividende de la faillite clôturée.

C'est pourquoi la demande de l'Etat belge est fondée au principal. Des intérêts ne sont dus qu'à partir de la citation datée du 15 février 1996.  
(...)

367. **Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil**

N° 583. – Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 21 novembre 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Le défaut pour les dirigeants de comptabiliser comme charge une facture que la société gérée conteste, ou à tout le moins de constituer une provision pour risques et charges couvrant tout ou partie de telle facture, implique qu'ils présentent et font approuver des comptes annuels qui ne sont pas le reflet fidèle de la situation réelle de l'entreprise. Cette faute est susceptible d'engager leur responsabilité à l'égard des tiers.

**Sommaire partiel:** En vertu de la règle de prudence qui préside à l'établissement des comptes, une charge doit être enregistrée dès que sa réalisation est probable ou même éventuelle, alors qu'un produit ne peut être pris en compte que si sa réalisation est effective.

Dès lors que le risque d'être condamné au paiement d'une somme d'argent ne peut être raisonnablement exclu, une provision pour risques et charges doit être constituée. Le non-respect de cette obligation constitue une faute, pour laquelle il ne peut être tenu compte d'une quelconque marge raisonnable d'appréciation. En effet, les dispositions de la loi comptable et les principes qui la régissent, en particulier le principe de prudence, ne laissent aux dirigeants aucune liberté de ne pas enregistrer les charges et les obligent à constituer, en cas de litige sur l'existence d'une dette de la société, une provision pour anticiper des pertes. Seul le montant de la provision peut faire l'objet d'une évaluation, laquelle doit également être prudente.

La circonstance que des experts-comptables et réviseurs ont éventuellement commis une faute et considéré que les comptes étaient correctement présentés ne constitue pas une cause étrangère libératoire, dans la mesure où ces avis sont dépourvus de force obligatoire. Il en est d'autant plus ainsi lorsque, comme en l'espèce, le rapport d'un expert judiciaire avait souligné, de manière claire et motivée, l'obligation légale de constituer une provision. Il ne peut y avoir compensation entre l'obligation de paiement de redevances échues et la prétention de la société débitrice à obtenir une indemnité de la part du créancier des redevances. L'obligation d'enregistrer les redevances ou de constituer une provision pour le risque de condamnation à leur paiement subsistait donc.

A défaut, d'ailleurs, l'obligation de comptabiliser les charges au fur et à mesure de leur engagement serait méconnue, et les tiers seraient privés d'une information complète et objective relative à la situation de l'entreprise.

De même, celui qui invoque l'exception d'inexécution ne se prétend pas libéré de l'obligation mise à sa charge.

Celle-ci doit donc être comptabilisée, à chaque exercice, quelle que soit l'issue du litige. Le jugement par lequel un tribunal autorise une société à suspendre le paiement de redevances ne légitime pas la décision du gérant de présenter et de faire approuver des comptes annuels irréguliers, dans la mesure où il ne se prononce pas sur la question de savoir si la société était également libérée de l'obligation d'enregistrer les redevances sous le poste charges ou de constituer une provision pour le risque de condamnation au paiement de ces redevances.

Le non-exercice d'un droit ne peut être constitutif d'une faute. Le non-exercice par un tiers du droit de provoquer la dissolution d'une société, reconnu par l'article 104 des L.C.S.C. (art. 634 C. soc.), ou le non-maintien d'une demande en déclaration de faillite ne peut lui être reproché et rompre le lien de causalité entre le dommage qu'il a subi et les fautes du gérant.

**Parties:** J. c/ BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY, SA de droit public

*Cette décision n'est pas publiée ici mais est partiellement publiée ci-dessus sous le numéro 270 intitulé «Généralités: le délai de prescription»*

#### OBSERVATIONS

Deux éléments piquent notre curiosité dans cet arrêt.

1. Sur quelle base le demandeur a-t-il fondé son action en responsabilité ? Sur la violation du Code des sociétés, et plus particulièrement de l'article 92 relatif à l'établissement des comptes annuels, ou sur la faute aquilienne ? L'arrêt ne précise rien à cet égard, ce qui est regrettable. En effet, on aurait souhaité connaître les développements du demandeur (et la

583.-1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1271.

réponse de la Cour) relatifs à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1997<sup>2</sup> et à ses implications.

On rappelle que la Cour de cassation a consacré l'idée selon laquelle *«lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat»*. La Cour assimile donc les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle, et leur fait bénéficier du même type d'immunité.

A la suite de cet arrêt, il est nécessaire pour les tiers qui souhaitent engager la responsabilité des dirigeants sur la base de l'article 1382 du Code civil en matière contractuelle, d'établir que:

- la faute commise par le dirigeant (violation de l'obligation générale de prudence) se distingue du manquement à l'obligation contractuelle (absence de paiement, malfaçon, ...): c'est bien le cas en l'espèce;
- le dommage subi par le tiers se distingue de celui qui résulte de l'inexécution du contrat: ce n'est pas le cas en l'espèce puisque le dommage du créancier s'identifie précisément à l'absence de perception des redevances contractuellement prévues.

Il semble dès lors qu'en l'espèce, et suivant les enseignements de la Cour de cassation, le créancier ne pouvait fonder la responsabilité du dirigeant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

2. Il est peu fréquent qu'un créancier isolé introduise une action en responsabilité contre le dirigeant d'une société en faillite (en l'espèce, la SPRL Kalinka Free Shop). La faillite était-elle clôturée sans que le curateur n'ait jugé utile d'introduire ce type d'action? Le créancier s'est-il prévalu d'un dommage distinct de celui subi par la masse des créanciers? Ou bien tout simplement le créancier, confronté à la léthargie du curateur, a-t-il voulu prendre des initiatives? La lecture de la décision apprend que la faillite de la SPRL Kalinka Free Shop a été prononcée le 2 février 1994, que la citation introductive d'instance date du 4 août 1997 et que la faillite a été clôturée avant le 10 septembre 1999. Nous n'en savons pas plus, ce qui ne nous permet pas de nous prononcer sur cette initiative et qui nous laisse sur notre faim.

2. Cass., 7 nov. 1997, *JDSC*, 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPEL; *Bull.*, 1997, p. 1146; *Arr. cass.*, 1997, p. 1093; *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS; *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART. Pour quelques commentaires sur cet arrêt, voir notamment: P. WERY, «Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1998, p. 81; R.O. DALCO et P. GLANSDORFF, «Examen de jurisprudence (1980-1986) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1987, pp. 602 à 607; I. MOREAU-MARGREVE et A. GOSSELIN, «Grands arrêts récents en matière de responsabilité civile», *Act. Dr.*, 1998, pp. 425-529 et spéc. 453 à 455; M.-A. DELVAUX, «L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997: un pavé dans la mare? Certainement une intervention sibylline!», note sous *Civ. Anvers* (9<sup>e</sup> ch. B), 13 janv. 1998, *JDSC*, 2001, n° 318, pp. 204 à 206.

### 367. Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil

N° 584. - Liège (7<sup>e</sup> ch.), 28 mai 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Cette espèce concerne une ASBL, mais son enseignement peut être utilement appliqué à la gestion des sociétés commerciales. Dans certaines circonstances, la responsabilité aquilienne des dirigeants peut être mise en cause par les tiers si l'ASBL ou la société a poursuivi des activités déficitaires avant d'être finalement déclarée en faillite. En voici une illustration.

**Sommaire:** La poursuite d'une activité déficitaire alors que l'entreprise n'a plus de chances raisonnables de survie et de faire face à ses engagements, constituée de la part des administrateurs ou gérants une faute aquilienne susceptible d'entraîner non seulement leur responsabilité contractuelle vis-à-vis de la société mais en outre la responsabilité des administrateurs ou gérants envers les tiers.

En engageant encore un joueur au moment où des gestionnaires normalement prudents et avisés auraient dû prendre la décision de dissoudre l'ASBL, les dirigeants du club sportif ont trompé la légitime confiance de ce joueur et ont agi avec désinvolture et légèreté à son égard.

**Parties:** G. et M. c/ B.

(...)

Attendu que l'intimé recherche la responsabilité aquilienne des appelants; Attendu que *«Ceux qui exploitent une entreprise économique, assument de la sorte une fonction sociale de plus en plus importante dans la société contemporaine et (que) cette fonction est parfois susceptible de mettre en péril les intérêts des tiers»*; que *«les administrateurs ou gérants d'une société commerciale, ou d'une association, exercent la même fonction sociale, dès lors qu'ils ont en charge la conduite d'une entreprise économique dans son ensemble... s'ils commettent dans la gestion de l'entreprise, une faute d'impéritie ou une déloyauté qui peut causer préjudice à autrui, les administrateurs ou gérants se rendent coupables d'un comportement qui serait dans les mêmes conditions répréhensible dans le chef de l'exploitant d'une entreprise individuelle et qui, comme tel, justifie donc l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil s'il en est effectivement résulté un dommage»*.

*Tel est à notre avis le critère le plus exact et implique, nous paraît-il à la réflexion, que la poursuite d'une activité déficitaire alors que l'entreprise n'a plus de chances raisonnables de survie, constitue une faute aquilienne susceptible d'entraîner la responsabilité des administrateurs ou gérants envers les tiers et non point seulement leur responsabilité contractuelle vis-à-vis de la société»* (VAN RYN et DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, n° IV, p. 402); Attendu que les appelants soutiennent en vain que leur responsabilité quasi délictuelle ne

584.-1. Cette décision a été publiée dans *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.739.

pourrait être retenue que si les fautes qui leur sont imputées «ont causé un dommage autre que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat» (concl. addit. et de synthèse prises devant la cour du travail, p. 12, pt 3, § 1<sup>er</sup>);

Que «le tiers, et tout particulièrement les créanciers d'une personne morale, doivent pouvoir mettre en cause la responsabilité personnelle de ses administrateurs ou gérants toutes les fois que l'impéritie ou le déloyauté de ceux-ci leur a causé un dommage, conformément au droit commun de la responsabilité aquilienne» (VAN RYN et DIEUX, *op. cit.*, n° VI, p. 403) ce qui n'exclut pas le dommage résultant de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du contrat conclu avec la personne morale;

Attendu que le cadre dans lequel intervient le litige doit être précisé; que l'on ne se trouve pas en présence d'un cercle sportif évoluant «en provinciale» mais bien sur le plan national puisque l'équipe de l'A.C.H.E. participait au championnat de Belgique en division III nationale au sein de l'U.R.B.S.F.A. lors de sa dissolution;

qu'ainsi, même dans le cadre d'un budget revu [à la baisse] pour la saison 1997-1998 (concl. addit. et de synthèse des appelants devant la cour du travail, p. 13), les postes «rémunérations et charges y afférentes» et «recettes courantes» étaient estimés respectivement à 8.218.000 BEF et 13.350.000 BEF (dossier G.M., pièces 6 et 7);

Attendu qu'il est expliqué qu'il avait été fait appel antérieurement par un autre dirigeant de l'a.s.b.l. «à plusieurs joueurs brésiliens dont les rémunérations et frais d'hébergement ont coûté très cher au club» et que «les apports d'argent (du premier appelant) se sont élevés pour les 7 ans de vie du club à près de 25.000.000 BEF» (conclusions déjà citées, pp. 13 et 24);

Attendu que l'intimé reproche aux appelants de l'avoir engagé avec d'autres joueurs en juin 1997 pour la saison 1997-1998 alors qu'ils auraient dû savoir qu'en raison de la situation financière inextricable du club, l'A.C.H.E. se trouvait dans l'impossibilité de remplir ses obligations à son égard jusqu'à la fin de la saison;

qu'il produit la copie d'un rapport financier établi le 15 décembre 1997 par L. Poskin, ancien administrateur du club à l'intention des président et membres du conseil d'administration et ce à la demande de l'un d'entre eux (dossier E.B., sous-farde 1, pièce 4 intitulée «Extraits de l'enquête effectuée à la requête de l'auditorat général du travail»);

que ce rapport fait état de recettes perçues et à percevoir pour la saison en cours pour un montant de 2.876.480 BEF et de «dépenses et contentieux» pour un montant de 12.547.485 BEF;

que L. Poskin précise certes que «Ce rapport n'est qu'une simple indication (et qu') il peut contenir des erreurs d'estimation» mais qu'il attire l'attention des administrateurs de l'A.C.H.E. sur le fait que «suite aux décisions prises par le conseil d'administration de l'A.C.H.E., faute de disponibilités financières, aucun joueur n'a été déclaré à l'O.N.S.S. depuis le 1<sup>er</sup> août 1997 et que les primes d'assurance-loi dues à la Royale Belge ne sont plus payées depuis la saison 1996-1997.

En conséquence, les joueurs engagés pour la saison 1997-1998 ne disposent d'aucune couverture sociale en cas d'accident ou de maladie» (souligné et encadré dans le texte, p. 5); que ce rapport sera soumis au conseil d'administration de l'A.C.H.E. du 17 février 1998 qui en «prend connaissance sans objection» (pt 1 du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration: dossier E.B., sous-farde 1, pièce 4);

Attendu qu'il est actuellement objecté que «(ce) rapport présentait une situation incomplète de la situation financière du club, ne précisant pas les éléments de fait suivants:

«- les dettes bancaires étaient toutes avalisées; celles-ci furent toutes apurées après la dissolution de l'a.s.b.l. A.C.H.E.;

«- le rapport ne tenait pas compte de la valorisation des installations du stade (15.000.000 BEF, financées par le premier des [appelants]);

«- le rapport ne tenait pas compte de la valeur de (quatre) joueurs sur le marché des trans-

ferts (estimée à 13.354.000 BEF)» (concl. addit. et de synthèse G... M, p. 18);

Attendu que l'intimé de son côté critique «le caractère résolument optimiste, voire naïf, du budget établi pour la saison 1997-1998» (concl. addit. E.B. devant la cour du tribunal du travail, pt 2, p. 2, § 5) afin d'obtenir «un prêt de 5.000.000 BEF auprès de la brasserie Maes pour apurer les dettes courantes et permettre le fonctionnement correct du club jusqu'au rachat des installations par la commune d'Eghezée» (concl. addit. et de synthèse des appelants, p. 14);

Attendu que la solution du litige ne dépend pas de l'analyse de ces deux pièces;

Attendu que les appelants reconnaissent en effet qu'«il n'est pas sérieusement contestable qu'en juin 1997, au moment où les administrateurs de l'a.s.b.l. A.C.H.E. ont formé leur nouvelle équipe pour entamer le championnat 1997-1998, la situation financière du club, à l'instar de la grande majorité des clubs de football des divisions II, III et IV du sud du pays était difficile» (concl., p. 13), raison pour laquelle le budget a été revu à la baisse et un prêt destiné à assurer une plus grande stabilité de la trésorerie à court terme a été sollicité de la brasserie Maes;

(...)

Attendu que si le rachat des installations pouvait permettre au premier appelant de récupérer une partie de son investissement, il ne présentait donc pour l'a.s.b.l. A.C.H.E. aucun avantage direct;

que spéculer, pour assurer la poursuite immédiate des activités du club, sur le rachat par la commune des installations au premier appelant ce qui devait permettre à celui-ci de réinjecter des fonds dans l'a.s.b.l. constitue «un comportement que n'aurait pas adopté une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter, pour autrui, de sa conduite» (VAN RYN et DIEUX, *op. cit.*, n° 1, p. 401); que dès le mois de juin 1997, des gestionnaires normalement prudents et avisés devaient savoir que l'activité sociale exercée par l'A.C.H.E. n'était plus raisonnablement viable et qu'il n'existait plus de chances sérieuses pour que celle-ci pût faire face à ses engagements; que la dissolution aurait dû intervenir à ce moment; que l'explication donnée par les appelants qui prétendent avoir eu en vue de maintenir «l'activité footballistique qui permettait à des dizaines de jeunes qui utilisent les infrastructures à Hemptinne et à Eghezée, payées par le premier (appelant) et qui exerçaient en outre en lieu et place des pouvoirs publics défaillants un rôle social extrêmement important pour la région d'Eghezée» (concl. p. 15) n'est pas convaincante lorsque l'on sait que l'origine des difficultés rencontrées par le club provient de l'engagement de joueurs étrangers rétribués;

Attendu qu'il peut dès lors être reproché à l'A.C.H.E. et à ses dirigeants d'avoir trompé la légitime confiance de E. B...; que leur responsabilité doit être appréciée d'autant plus sévèrement qu'ils n'ignoraient pas la situation précaire de celui-ci et de sa famille puisqu'ils se vantent, même si cela est contesté, «(d')avoir trouvé un poste de concierge à Mme B... à l'Institut Saint-Bertuin de Malonne ce qui permettait à la partie intimée de disposer gratuitement d'un logement toutes charges comprises» (concl., p. 23);

qu'ils savaient, même si aucune rémunération fixe n'était prévue par le contrat, l'importance vitale que représentaient pour E. B... et sa famille les primes prévues en cas de victoire, de matchs nuls et chaque fois que son nom figurait sur la feuille d'arbitre à l'occasion d'un match officiel;

qu'ils invoquent encore en vain qu'il n'existe aucun lien de causalité entre la faute qui leur est reprochée et le dommage subi par l'intimé au motif que si celui-ci n'avait pas été repris sur la feuille d'arbitre de l'équipe première, il n'aurait perçu aucune rémunération; qu'il reste que l'intimé a été régulièrement aligné sinon mentionné sur les feuilles d'arbitre des matches officiels et que les primes qu'il réclame lui sont dues; qu'il est permis de penser que s'il n'avait pas contracté avec l'A.C.H.E., il aurait pu trouver un autre employeur en mesure de faire face à ses obligations;

(...)

Attendu que les appelants en leur qualité d'administrateurs ont agi avec désinvolture et légèreté à l'égard de l'intimé; que celui-ci n'a eu d'autres ressources que de se tourner à son tour vers les pouvoirs publics représentés cette fois par le c.p.a.s. de la ville de Namur lorsqu'il est apparu que son employeur était dans l'incapacité de le rémunérer; que la responsabilité des appelants est engagée à son égard sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil et qu'ils doivent être condamnés à l'indemniser des pertes de rémunération qu'il a subies ainsi que des frais de saisie conservatoire et des frais de justice exposés vainement à l'égard de l'a.s.b.l. A.C.H.E.;

(...)

### OBSERVATIONS

#### La poursuite d'une activité déficitaire: une faute aquilienne des dirigeants ?

Les administrateurs peuvent engager leur responsabilité aquilienne à l'égard des tiers pour leurs fautes de gestion, si celles-ci traduisent, dans le cadre sociétaire, «un mépris et une indifférence à l'égard des intérêts des tiers»<sup>2</sup>. La faute consiste à utiliser le mécanisme de représentation et de responsabilité limitée au détriment des intérêts des tiers, biaisant ainsi le «coût social» de ce mécanisme, les tiers n'ayant pas à supporter ce coût lorsque le mécanisme est ainsi «détourné»<sup>3</sup>.

La responsabilité aquilienne des dirigeants est souvent mise en cause par les tiers ou le curateur, lorsque la société a poursuivi des activités déficitaires avant d'être finalement déclarée en faillite. Il ne suffit pas de constater que les dirigeants ont poursuivi une activité déficitaire alors que la société était en état de cessation de paiement, ce qui rendrait la sanction dangereusement automatique. Dans la pratique en effet, rares sont les dirigeants qui font aveu de faillite dans le mois de la cessation de paiement, souvent fixée dans le jugement déclaratif de faillite à une date de six mois antérieure à la date de ce jugement. COPPENS et T'KINT soulignent ainsi que «au moment du jugement déclaratif, le tribunal ne connaît pas les données concrètes du déclin de l'entreprise et qu'il refoule le début de la période suspecte, par habitude et par prudence, au maximum légal de six mois. L'automatisme de cette pratique est bien connue»<sup>4</sup>.

2. Voir par exemple Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 175 qui rejette le pourvoi formé contre Bruxelles, 9 oct. 1987, *J.T.*, 1988, p. 401 et la note de J. VAN RYN et X. DIEUX partiellement citée dans le présent arrêt: une faute aquilienne peut être légalement déduite des circonstances de la cause lorsqu'il apparaît que les administrateurs ont également violé une obligation qui s'impose à tous et que «l'imprévoyance des administrateurs et, après le festival, leur inertie coupable, leur indifférence envers les devoirs de leurs fonctions, leur mépris envers les intérêts des créanciers dont ils avaient sollicité la collaboration pour le festival, forment un ensemble de comportements que n'aurait pas adopté une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter, pour autrui, de sa conduite».
3. Les tiers n'ont pas accepté de nouer une relation uniquement avec une personne morale et donc ne peuvent en aucun cas être préjudiciés par un détournement des mécanismes de représentation. Voir TILQUIN, «La société privée et la société faisant appel à l'épargne publique, évolutions récentes», *R.D.C.*, 1993, pp. 138 et s.; voir également Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 178; Comm. Liège, 8 févr. 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 439 et Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 15 mars 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 575.
4. P. COPPENS et F. T'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges. Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 490.

La Cour de cassation a clairement précisé dans divers arrêts<sup>5</sup> que l'administrateur d'une société faillie ne peut être tenu personnellement responsable des conséquences d'un aveu tardif que s'il est démontré qu'il pouvait ou devait avoir conscience, au moment où il a contracté avec les tiers, que la société se trouvait en état de faillite. L'argument tient à la nécessité d'apprécier le caractère culpeux, au sens de l'article 1382 du Code civil, de la conduite des administrateurs en se plaçant dans les circonstances de temps et de lieu où se sont produits les faits critiqués, sans céder à la tentation de les juger *a posteriori* à la lumière d'éléments d'information et d'appréciation dont ne pouvaient disposer ceux qui avaient à prendre leur difficile décision<sup>6</sup>. La réalité de l'état de cessation de paiement ou à tout le moins la conscience qu'en avaient les administrateurs, au moment des engagements litigieux, doit être appréciée *in concreto*.

En conséquence, s'il n'est pas établi qu'un administrateur de société avait ou devait avoir conscience au moment où il contractait avec un tiers pour une prestation quelconque, que cette société avait cessé ses paiements et que son crédit était ébranlé, cet administrateur ne peut être tenu personnellement responsable du préjudice causé au tiers par le défaut de respecter le contrat conclu<sup>7</sup>.

Dans l'arrêt commenté, relatif à la responsabilité des dirigeants d'une ASBL, on s'étonne que la cour balaise rapidement l'argument des dirigeants selon lequel leur responsabilité quasi délictuelle ne pourrait être retenue que si les fautes qui leur sont imputées ont causé un dommage autre que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat. C'est très fréquemment<sup>8</sup> qu'on constate que les cours et tribunaux ne font aucune référence ni application des principes que la Cour de cassation a dégagés dans l'important mais nébuleux arrêt du 7 novembre 1997<sup>9</sup>. Précisons, pour l'espèce commentée, que cette jurisprudence consacrant une large immunité des dirigeants s'applique tant aux dirigeants de sociétés commerciales qu'à ceux d'ASBL; ces deux types de personnes morales sont en effet susceptibles d'être «une partie contractante qui agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation».

Si les décisions de justice, pour engager la responsabilité des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, soulignent souvent que la faute commise par le gérant (violation de l'obligation générale de prudence) se distingue de l'inexécution du contrat liant la société, par contre elles n'exigent pas la preuve d'un dommage distinct de la non-exécution du contrat. Le dommage subi par le demandeur en responsabilité en raison de l'inexécution du contrat s'identifie pratiquement toujours à celui qui résulte de la faute de gestion

5. Cass., 22 sept. 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 180; *R.W.*, 1988-1989, p. 847; *J.T.*, 1989, p. 200; *Pas.*, 1989, I, p. 80; *R.C.J.B.*, 1990, p. 203; Cass., 7 sept. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17; *T.R.V.*, 1991, p. 86 et note M. WIJCKAERT; *Arr. cass.*, 1990-1991, p. 18; *Bull.*, 1991, p. 17; *JDSC*, 1999, n° 92, p. 232; Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1069. Voir la critique virulente de cette jurisprudence par R.O. DALCQ in «Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée» (note sous Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 22 sept. 1988, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 207 à 214) en ces termes: «La faute résulte de la violation en soi de (l')obligation légale impérative - d'autant plus qu'elle est ici pénalement sanctionnée. L'existence de cette violation étant établie, l'auteur de la transgression ne peut échapper à sa responsabilité que moyennant la preuve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité (...)».
6. J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1981, n° 62.
7. Pour une illustration du refus de retenir la responsabilité d'un dirigeant au motif qu'il n'est pas établi qu'au moment de contracter avec le tiers, il était conscient ou devait être conscient du fait que la société ne pourrait plus respecter ses obligations, voir Gand (7<sup>e</sup> ch.), 7 juin 2001, *JDSC*, 2003, p. 217 et note M.-A. DELVAUX.
8. Voir par exemple Civ. Anvers (9<sup>e</sup> ch.), 13 janv. 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 988 et note E. DE BEUKELAER, *JDSC*, 2001, p. 203 et note M.-A. DELVAUX, «L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997: un pavé dans la mare ? Certainement une intervention sibylline» et Civ. Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 27 janv. 1998, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1089.
9. Cass., 7 nov. 1997, *JDSC*, 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPEL; *Bull.*, 1997, p. 1146; *Arr. cass.*, 1997, p. 1093; *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS; *R.C.J.B.*, 1999, p. 730 et note V. SIMONART; voir également le commentaire publié ci-avant sous Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 21 nov. 2002, n° 575.

du gérant qui est à l'origine de cette inexécution; ceci n'empêche pas les cours et tribunaux de condamner les dirigeants à l'indemniser au motif de la faute aquilienne commise. Il est vrai que si l'on appliquait strictement la jurisprudence de la Cour de cassation, rares seraient les hypothèses dans lesquelles le dirigeant pourrait être personnellement condamné à indemniser un créancier *contractuel* de la société ou de l'ASBL qu'il gère. L'arrêt du 7 novembre 1997 se présente finalement comme un ovni que l'on admire comme tel, ou que l'on critique, mais que l'on n'applique pas !

367. **Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil**

N° 585. – Bruxelles, 6 novembre 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Voici une nouvelle illustration de fautes aquilienne susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants d'une société commerciale.

**Sommaire:** La circonstance qu'au moment de la fondation d'une société coopérative, un capital social minimal n'était pas exigé et que, lors de sa déclaration de faillite, l'action en comblement de passif ne lui était pas encore applicable, n'interdit pas de rechercher la responsabilité des fondateurs et administrateurs sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le fait d'avoir créé une société «mort-née» en raison de l'insuffisance manifeste du capital social, d'avoir toléré une gestion déplorable par une personne dont le nom n'apparaissait pas dans les statuts et d'avoir tardé à faire l'aveu de la faillite, oblige les fondateurs et administrateurs à supporter le passif social.

**Parties:** FERBUS c/ Faillite SC EURODIF CONCEPT et cts

(...)

Attendu, cependant, que le fait que la curatelle ne puisse se prévaloir de ces dispositions ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité des fondateurs et administrateurs de la SC Eurodif Concept puisse être recherchée sur une faute aquilienne (C. civ., art. 1382 et 1383) à charge d'établir, outre l'existence de cette faute consistant en la violation d'un interdit légal ou d'un manquement à une norme générale de prudence ou de diligence s'imposant à tous, un lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi par la masse des créanciers de la SC Eurodif Concept – ce qui implique que la démonstration soit faite que, sans cette faute, le dommage subi par la masse des créanciers ne se serait pas réalisé (Olivier RALET, *Responsabilité des dirigeants des sociétés*, Larcier, 1996, n° 38 et 66 et réf. citées); Attendu que, lorsque Catherine F. et Carine B. – toutes deux intimes de Jacques B. – ont dû se rendre à l'évidence que sa gestion était désastreuse, elles n'ont rien entrepris pour y remédier; qu'elles se sont, au contraire, totalement désintéressées du sort de la SC Eurodif Concept et de ses créanciers en ne cherchant même pas à exercer enfin, activement, leurs fonctions officielles d'administrateur de cette société commerciale ou à pourvoir à une autre

585.-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 2003 (extrait), liv. 106, p. 51.

gestion lorsque Jacques B. disparut; que c'est ainsi qu'elles laissèrent sans suite plus de cinq convocations du service d'enquête commerciale du Tribunal de commerce de Bruxelles; Que cette désinvolture est constitutive, à tout le moins, d'un manquement à l'obligation générale de prudence à laquelle est tenu tout administrateur; qu'en cette qualité, il incombait, en effet, à Catherine F. et Carine B., en constatant l'état de faillite dans lequel se trouvait la SC Eurodif Concept, d'entreprendre les démarches utiles pour faire l'aveu de la faillite dans le délai prescrit par l'article 440 de l'ancienne loi sur les faillites applicable à l'espèce sanctionnée pénalement ou, à tout le moins, d'alerter le tribunal de commerce plutôt que de laisser sans suite les convocations du service des enquêtes commerciales de ce tribunal; Que les fautes de gestion commises par Jacques B. ne peuvent dégager la responsabilité des administrateurs officiels de la SC Eurodif Concept; qu'il n'y a pas lieu, à cet égard, de faire une distinction entre le mandat d'administrateur délégué dévolu officiellement à Catherine F. et celui de simple administrateur dévolu officiellement à Carine B. (curieusement, la curatelle n'a pas actionné en responsabilité le troisième administrateur Padrinelli) alors que, notamment, l'aveu de la faillite de la SC Eurodif Concept ne rentre pas dans le cadre de la gestion journalière mais nécessite une délibération préalable de l'organe collégial que constitue le conseil d'administration;

Attendu que l'ensemble des fautes commises par Catherine F. et Carine B. en constituant, de manière factice, une société commerciale moribonde dès le départ pour, ensuite, la confier en les mains d'un tiers incompétent en abandonnant tout contrôle envers celui-ci et, enfin, en laissant cette société à l'abandon après la désertion de Jacques B. justifie pleinement de mettre en cause leur responsabilité aquilienne; que, sans leurs fautes communes, commises dès la constitution de la SC Eurodif Concept, le dommage subi par la masse des créanciers ne se serait pas réalisé;

Qu'il s'ensuit que l'appel de Catherine F. n'est pas fondé et qu'il y a lieu de confirmer la condamnation prononcée par le premier juge en ce qui la concerne;

Que, par contre, l'appel de la curatelle envers Carine B. est fondé et qu'il y a lieu, par réformation de la décision entreprise, de faire droit aux prétentions de la curatelle à son égard en la déboutant, par ailleurs, de son appel incident;

*Par ces motifs,*  
(dispositif conforme aux motifs).

#### OBSERVATIONS

La société coopérative EURODIF CONCEPT est constituée en janvier 1989 avec un capital qui apparaît, dès l'origine, clairement insuffisant. Elle tombe en faillite à une date qui nous est inconnue, et le curateur cherche à engager tant la responsabilité de ses fondateurs que de ses dirigeants, sur diverses bases.

La responsabilité des fondateurs ne peut être mise en cause sur la base du droit des sociétés puisque:

- d'une part, la loi n'imposait pas de capital minimum pour les SCRL au moment de la constitution de la société en 1989<sup>2</sup>,

2. L'exigence d'un capital minimum a seulement été introduite par la loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991.

- d'autre part, l'article 147ter, alinéa 2, 4<sup>o</sup> ancien des L.C.S.C., devenu l'article 405, 5<sup>o</sup> du Code des sociétés, est entré en vigueur après sa constitution<sup>3</sup>; on rappelle que cette disposition prévoit la responsabilité solidaire des fondateurs pour les engagements de la société, dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de cette constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

La coopérative EURODIF CONCEPT est dirigée par trois administrateurs «officiels», Catherine F., Carine B. et un sieur Padrinelli qui n'a pas été mis à la cause par le curateur, et par un administrateur de fait mais bien actif, à savoir Jacques Barbiaux. La responsabilité des dirigeants ne peut pas être mise en cause sur la base du droit des sociétés, dans le cadre de l'action en comblement de passif<sup>4</sup>, puisque cette action n'existait pas encore pour les SC au moment où EURODIF CONCEPT a été déclarée en faillite<sup>5</sup>.

C'est donc uniquement sur la base de la responsabilité quasi délictuelle que le curateur peut éventuellement engager la responsabilité des fondateurs et dirigeants. S'agissant des dirigeants, la cour ne manque pas de souligner à larges traits les nombreuses fautes, positives ou d'omission, imputables aux deux administratrices de droit, tout en rappelant que les fautes de l'administrateur de fait ne peuvent immuniser les administrateurs de droit de toute responsabilité.

Sur cette question, voir également nos observations dans le présent ouvrage:

- «La responsabilité des associés d'une coopérative qui n'a pas adapté ses statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital fixe minimum», publiée sous Comm. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 9 avril 2002, n<sup>o</sup> 572;
- «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», publiée sous Comm. Hasselt, 26 novembre 2002, n<sup>o</sup> 573.

367. **Responsabilité des dirigeants envers les tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil**

N<sup>o</sup> 586. - *Comm. Mons* (3<sup>e</sup> ch.), 6 novembre 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Si la Cour de cassation considère que le dirigeant de société bénéficie d'une immunité d'exécution à l'égard du cocontractant de la société qu'il gère lorsque sa faute s'identifie au non-respect par la société de son obligation contractuelle et/ou que le dommage réclamé s'identifie à celui qui résulte

3. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991.

4. Article 158 des L.C.S.C., devenu article 409 du Code des sociétés.

5. Loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 1991.

586.-1. Cette décision a été publiée dans *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 273; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE; Jugement interlocutoire: *Comm. Mons* (3<sup>e</sup> ch.), n<sup>o</sup> A/01/161, 26 juin 2002, *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 238.

de la mauvaise exécution du contrat, ce principe reçoit toutefois une exception lorsque la faute est également une infraction pénale.

**Sommaire partiel:**

En principe, le cocontractant victime d'une mauvaise exécution du contrat par une société ne peut engager la responsabilité aquilienne des administrateurs que si les conditions strictes du concours de responsabilités sont présentes, à savoir la faute et le dommage extra-contractuels.

Ce principe reçoit toutefois exception lorsque la faute de l'agent d'exécution (ou de l'organe) constitue également une infraction pénale: la victime peut alors exercer une action aquilienne soit contre son cocontractant, soit contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat.

La faute personnelle de l'administrateur consistant à faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession, dépasse le cadre de la faute de gestion simple. En outre, cette faute constitue également une infraction pénale, de telle sorte que la responsabilité aquilienne des administrateurs de la société peut être engagée par le maître de l'ouvrage, sans que celui-ci doive démontrer l'existence d'une faute ou d'un dommage étrangers au contrat.

**Parties:** P. et C. c/ Me DESCAMPS *qualitate qua* faillite SPRL RENOV'HOME et L.

(...)

**Responsabilité personnelle de Mr. L.**

**Position des parties**

Mr. & Mme P. recherchent également la responsabilité personnelle de Mr. L. en sa qualité d'administrateur de la SPRL RENOV'HOME. Ils estiment que celui-ci a commis une faute aquilienne, susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard des tiers.

Mr. L. plaide que les demandeurs ne démontrent pas la faute qu'il aurait commise ni le lien causal avec le dommage qu'ils invoquent. Il soutient en outre que, comme la réglementation sur l'accès à la profession est pénalement sanctionnée, sa responsabilité ne pourrait être engagée qu'après une décision de condamnation prononcée par une juridiction correctionnelle.

**Décision**

1. Il est usuellement admis par la doctrine que la faute d'impéritie ou de déloyauté, qui peut causer préjudice à autrui, ne constitue pas nécessairement une simple faute de gestion mais est susceptible d'engager la responsabilité des organes de la société à l'égard des tiers, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil (J. VAN RYN & X. DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, p. 402; P. VAN OMMESLAGHE & X. DIEUX, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1993, p. 783);

La Cour de cassation a toutefois étendu aux organes de sociétés commerciales le régime d'immunité qui s'applique aux agents d'exécution: lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obli-

gation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (Cass., 7 nov. 1997, *R.C.J.B.*, 1999, 730).

Le cocontractant victime d'une mauvaise exécution du contrat par la société ne pourrait donc engager la responsabilité aquilienne des administrateurs que si les conditions strictes du concours de responsabilité sont présentes, à savoir la faute et le dommage extra-contractuels.

Ce principe reçoit toutefois exception lorsque la faute de l'agent d'exécution (ou de l'organe) constitue également une infraction pénale: la victime peut alors exercer une action aquilienne soit contre son cocontractant, soit contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étrangers au contrat (Cass., 1<sup>er</sup> juin 1984, *Pas.*, 1984, I, 1202; Cass., 26 oct. 1990, *R.C.J.B.*, 1990, 497). La Cour de cassation a expressément admis cette exception dans le cas d'actions en responsabilité dirigées contre des organes de sociétés (Cass., 11 sept. 2001, *Larc. Cass.*, 2001, p. 291).

2. Dans le cas d'espèce, la faute personnelle de Mr. L., administrateur de la SPRL RENOV'HOME, consistant à faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession, dépasse le cadre de la faute de gestion simple. En outre, cette faute constitue également une infraction pénale, de telle sorte que la responsabilité aquilienne des administrateurs de la SPRL RENOV'HOME peut être engagée par le maître de l'ouvrage, sans que celui-ci doive démontrer l'existence d'une faute et d'un dommage étrangers au contrat.

Cette faute est en lien causal avec le dommage subi par Mr. & Mme P., dès lors que l'entreprise qui ne dispose pas de l'accès à la profession ne justifie pas avoir suivi la formation nécessaire pour exercer son travail avec habileté. Les nombreuses malfaçons relevées par l'expert dans l'exécution des travaux de parachèvement résultent de cet état de chose.

La faute commise par Mr. L. et la SPRL RENOV'HOME est commune à ces deux parties, de telle sorte que leur responsabilité sera *solidaire*.

La circonstance que les faits reprochés à Mr. L. constituent également une infraction pénale n'empêche pas pour autant le tribunal de statuer sur sa responsabilité civile, même en l'absence d'instance répressive préalable.

3. En revanche, il n'est pas démontré que l'important retard dans l'achèvement des travaux est la conséquence directe et inéluctable de l'absence d'accès à la profession. Bien des entreprises en ordre sur le plan administratif accumulent cependant des retards importants dans l'exécution de leurs chantiers.

Le trouble de jouissance et le chômage immobilier ne peuvent dès lors être réclamés à Mr. L., à défaut de démonstration du lien causal entre la faute subie et le dommage éprouvé.

(...)

#### OBSERVATIONS

Dans le même sens, voir l'arrêt de la 2<sup>e</sup> chambre de la Cour de cassation du 11 septembre 2001<sup>2</sup> prononcé en ces termes: «Attendu que, lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer».

2. Cette décision n'a pas été publiée à notre connaissance; elle porte le numéro de R.G. P.99.1742.N et est disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse suivante: <http://www.cass.be>.

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

N° 587. - *Comm. Bruxelles, 3 avril 2001*<sup>1</sup>

**Présentation:** Un organisme bancaire peut-il voir sa responsabilité engagée en qualité de dirigeant de fait d'une société faisant partie de sa clientèle dans le cadre de l'action en comblement de passif ?

**Sommaire partiel:** Ne peuvent être qualifiées d'administrateurs de fait au sens de l'art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.C. (art. 530 C. soc.) que les personnes qui se sont réellement approprié le pouvoir de décision des administrateurs, soit en se substituant à eux, soit en leur donnant des instructions précises. Ainsi, le banquier qui exerce un contrôle étroit sur la gestion en payant les factures du crédit sur la base de pièces justificatives lui remises par le crédité et en exigeant que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits octroyés soient soumises à son accord préalable, ne sort pas de son rôle de dispensateur de crédit.

**Parties:** SA SUMO c/ SA FORTIS BANQUE

(...)

*C. Immixtion de la CGER dans la gestion interne des sociétés du groupe Amsterlux*

Sumo affirme enfin que la CGER s'est immiscée dans la gestion des biens des sociétés du groupe Amsterlux et plus spécialement des sociétés Imsay et Imsay International en payant des factures et en assumant la direction de fait de ces sociétés, à un moment où elles étaient virtuellement en état de faillite, afin de prolonger la période suspecte, au détriment de Sumo. Elle met en cause la responsabilité de celle-ci sur base de l'article 63<sup>ter</sup> L.C.S.C. en vertu duquel toute personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société déclarée en faillite peut être déclarée personnellement obligée, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans son chef a contribué à la faillite (cf. page 40 des conclusions additionnelles secondes et de synthèse de Sumo).

Si l'on retient l'article 63<sup>ter</sup> comme fondement de la demande, deux observations s'imposent.

D'abord, l'on ne peut que s'interroger sur la recevabilité d'une telle demande. Sumo est-elle recevable à intenter une telle action dès lors qu'il s'agit d'une action en comblement de passif dans le cadre d'une faillite ?

Ensuite, il appartient au demandeur, à supposer sa demande recevable, de démontrer l'existence d'une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. La faute grave au sens de l'article 63<sup>ter</sup> peut être définie comme «celle qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société». C'est la faute impardonnable, celle dont l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société. Elle est caractérisée lorsque «l'acte incriminé doit

587.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 2003, liv. 1, p. 21, note J. BUYLE et M. DELIERNEUX.

*pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable* (O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Larcier, 1996, p. 184). Elle doit en plus avoir contribué à la faillite. Sumo demeure en défaut de rapporter une telle preuve.

Si l'on retient un fondement extracontractuel à la demande, à savoir l'article 1382 du Code civil, il appartient également à Sumo de rapporter la preuve d'une faute en relation causale avec le dommage allégué.

Sumo reproche ainsi à la CGER d'avoir, sur base de l'article 4 de la convention de crédit du 31 août 1991, payé directement les factures des fournisseurs de la SA Imsay International et d'avoir assumé la direction de fait de cette société.

Ce moyen ne peut être accueilli.

*«Ne peuvent être qualifiés d'administrateurs de fait que les personnes qui se sont réellement approprié le pouvoir de décision des administrateurs, soit en se substituant à eux, soit en leur donnant des instructions précises ... [Ainsi] la banque qui exerce un contrôle étroit sur la gestion et exige que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits consentis soient soumises à son accord préalable ne sort pas de son rôle de dispensateur de crédit»* (O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Larcier, 1996, pp. 69 et 70, n° 46).

Du seul fait du paiement direct par la CGER de créanciers sur base de pièces justificatives lui remises par Imsay, il ne peut être déduit que la CGER aurait surveillé et décidé de la destination des fonds prêtés, «au mépris de certains créanciers privilégiés ou 'prioritaires' (?) et de la société créditée elle-même, dans son seul intérêt», ainsi que le prétend Sumo. Aucun élément du dossier ne permet d'établir que la CGER aurait exercé dans les faits des prérogatives réservées aux administrateurs, que ce soit dans le cadre de Amsterlux, de Imsay International ou de Imsay.

(...)

## OBSERVATIONS

### L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire ? contre qui ?

Deux éléments retiennent notre attention dans le présent jugement.

#### 1. Le pouvoir d'un créancier individuel d'introduire une action en comblement de passif

La présente action a été introduite le 19 mai 1993 par la SA SUMO, créancière notamment des sociétés IMSAY et IMSAY INTERNATIONAL en faillite. Un créancier isolé peut-il introduire une action en comblement de passif, ou est-ce une action réservée au curateur ? Jusqu'il y a peu<sup>2</sup>, la jurisprudence comme la doctrine considéraient que pareille action en responsabilité était réservée en exclusivité au curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers; les créanciers isolés n'étaient pas recevables à agir.

Ce monopole d'action du curateur n'était pas contraire à l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme «dès lors que l'article 63ter (des L.C.S.C.) ne confère aucun droit subjectif aux créanciers particuliers mais uniquement à la masse faillite»<sup>3</sup>.

Le créancier individuel avait uniquement la possibilité de fonder ses prétentions sur l'article

1382 du Code civil, avec les difficultés liées à la preuve de la faute et du dommage en lien causal avec celle-ci.

La consécration jurisprudentielle et doctrinale d'un véritable monopole du curateur pour introduire l'action en comblement de passif a été récemment complètement anéantie par le législateur. La loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés<sup>4</sup> a en effet supprimé ce monopole par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés en ces termes: «L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse».

Autrefois, on déplorait que la responsabilité aggravée des dirigeants en cas de faute grave et caractérisée ne soit appliquée que dans un nombre très peu élevé d'hypothèses, notamment parce que les curateurs hésitaient à introduire pareille procédure, complexe, souvent très longue et au résultat aléatoire.

C'est précisément pour encourager les actions en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite que la loi du 4 septembre 2002 a permis à tous les créanciers d'intenter une action contre le ou les dirigeant(s) fautif(s).

Le créancier agissant individuellement doit en informer préalablement le curateur; ce dernier pourra alors intervenir volontairement à la procédure ou intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

Le créancier agissant individuellement obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi. Selon les auteurs du texte<sup>5</sup>, ce résultat exclusif ne heurte pas le principe d'égalité des créanciers. D'une part, ce principe d'égalité reste souvent lettre morte dans la pratique des faillites, non seulement au vu du nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur mais également au vu des procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers<sup>6</sup>. D'autre part, la volonté des auteurs du texte est clairement d'inciter le créancier individuel à agir; or, s'il se retrouve sur pied d'égalité avec les autres créanciers inertes, on ne voit réellement pas ce qui le motiverait à introduire une quelconque action en justice contre les dirigeants !

En la présente espèce, l'action a été introduite bien avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, soit le 1<sup>er</sup> octobre 2002.

Une action individuelle introduite par un créancier isolé avant cette date n'est donc pas recevable, comme le sous-entend le Tribunal de commerce de Bruxelles.

#### 2. La notion d'administrateur de fait

Il n'est pas contesté que ceux qui *exercent en fait* la fonction d'administrateur ou de gérant, sans avoir été désignés par l'organe compétent de la société, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit<sup>7</sup>.

Dans le jugement commenté comme dans de nombreuses décisions<sup>8</sup>, on constate qu'il est difficile de définir quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux administrateurs ou aux gérants. Selon P. VAN OMMESLAGHE et X.

4. *M.B.*, 21 sept. 2002, pp. 42.928 et s.

5. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2000-2001, n° 1132/007, amendement n° 36, pp. 3 à 5 et 1132/013, pp. 128 à 134.

6. Est citée comme exemple l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

7. Voir notamment Cass., 2 déc. 1963, *Rev. prat. soc.*, 1965, p. 13 et Anvers, 28 avr. 1997, *T. Not.*, 1997, p. 521.

8. Voir par exemple Liège, 1<sup>er</sup> déc. 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, pp. 280 et s. et spéc. p. 289; Bruxelles, 14 sept. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 171 et note, *T.R.V.*, 1989, p. 55 et note J. LIEVENS, et Comm. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524.

2. Voir les développements qui suivent en ce qui concerne l'adoption récente de la loi du 4 sept. 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés.

3. Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT, *JDSC*, 1999, n° 100, p. 246 et obs. M.-A. DELVAUX.

DIEUX, pour être qualifié de mandataire de fait, «il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées (devenu 522 du Code des sociétés), que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait»<sup>9</sup>.

O. POELMANS distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents<sup>10</sup> :

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance<sup>11</sup>.

Toutes les personnes qui sont appelées à conseiller ou surveiller une société doivent être attentives à ne jamais franchir la frontière qui sépare l'avis ou l'observation de la prise de décision. C'est le cas notamment des banquiers, comme en l'espèce. Selon P. VAN OMESLAGHE et X. DIEUX<sup>12</sup> il convient d'«exclure l'attribution de la qualité d'administrateur de fait au banquier qui prodigue des conseils et des suggestions de réorganisation à l'entreprise créditée ou qui surveille, quelque étroitement que ce soit, la gestion de l'entreprise sans se substituer aux organes d'administration de celle-ci».

Si l'on conseille une prudence extrême, il ne faut toutefois pas adopter une position trop extrémiste en considérant que tout tiers intervenu de près ou de loin dans la société est responsable en qualité d'administrateur de fait.

Dans l'espèce commentée, le demandeur en justice se fonde notamment sur le fait que la banque a payé directement des créanciers de la société faillie et a exigé que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits octroyés par elle soient soumises à son accord préalable pour engager sa responsabilité d'administrateur de fait. C'est à juste titre selon nous que le tribunal considère que cela ne suffit pas à faire de la banque un administrateur de fait.

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

N° 588. – Mons (1<sup>er</sup> ch.), 13 janvier 2003<sup>1</sup>

**Présentation:** Un franchiseur peut-il voir sa responsabilité engagée en qualité de dirigeant de fait de «son» franchisé dans le cadre de l'action en comblement de pas-

sif ? Dans cette espèce, le premier juge a répondu affirmativement, mais la Cour d'appel de Mons ne partage pas cette position.

**Sommaire partiel:**

La qualification d'administrateur de fait suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel. La notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires du franchisé puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seules forces du franchisé ne lui permettent pas d'obtenir.

**Parties:** GB Retail associated c/ J.M. GUSTIN *qualitate qua* faillite SA BOUCH'ART

(...)

Attendu que l'action de l'actuel intimé, telle qu'elle est actuellement modifiée devant la cour de céans, tend:

- à titre principal, à la condamnation de l'appelante à lui payer, sur pied de l'article 63<sup>ter</sup> ancien des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, la somme de 10.000.000 BEF étant le montant provisionnellement estimé du passif de la SA Bouch'art en faillite,
- à titre subsidiaire, à annuler, sur pied de la *culpa contrahendo* et du *dol*, la convention de franchise avenue entre parties et à entendre l'appelante condamnée à payer la somme provisionnelle de 24.958.000 BEF à titre de dommages et intérêts;

Que le premier juge a déclaré l'action de la curatelle recevable et fondée sur pied de l'article 63<sup>ter</sup> uniquement et a désigné expert en la personne de Monsieur André Sénéchal en vue de déterminer l'accroissement de passif entre le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et le jour du jugement déclaratif;

Attendu que les autres dispositions du jugement *o quo* ne font pas l'objet d'un appel de sorte qu'il est inutile de les citer;

Attendu que par son appel principal, l'appelante entend voir débouter la curatelle de sa demande fondée sur pied de l'ancien article 63<sup>ter</sup> et voir accueillie sa demande reconventionnelle tendant à l'admission, au passif chirographaire de la faillite, de sa créance de 431.428,12 euros;

Que l'intimé, qui demande la confirmation du jugement déferé, introduit un appel incident visant à entendre dire fondée sa demande tendant à l'annulation du contrat de franchise du chef de *culpa in contrahendo* et de *dol* et au paiement de dommages et intérêts;

Attendu que les faits de la cause sont les suivants:

Un magasin à l'enseigne «Nopri» (anciennement Sarma) situé à Leuze-en-Hainaut, Grand Place 12-13, d'abord exploité par une SA Tyskens, puis par une SA Distri-Leuze, de fin 1986 à jusqu'à mi-janvier 1991, dans le cadre de contrats de franchise conclus avec l'appelante dénommée à l'époque SA Nopri, fut repris par la SA Bouch'art dans les conditions suivantes:

La SA Distri-Leuze signale, dès le 6 mars 1990, à la SA Nopri, qu'elle n'est plus en mesure de poursuivre l'exécution du contrat de franchise compte tenu de ses pertes financières.

Nopri recherche un candidat reprenneur, sélectionne, en décembre 1990, la candidature de la famille Bouillon et lui soumet un plan financier.

Le 3 janvier 1991 elle adresse à Monsieur Louis-Philippe Bouillon un spécimen de contrat d'affiliation, d'acte de cautionnement solidaire, de statuts utilisés pour la constitution d'une SA et de convention de cession de fonds de commerce;

Celle-ci constitue le 16 janvier 1991 la SA Bouch'art devant le notaire Thiron de Mons.

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

10. O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 78.

11. Voir Comm. Liège, 17 mai 1983, *Jur. Liège*, 1983, p. 449 et note P. FRANÇOIS en ce qui concerne le délégué d'une organisation syndicale organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine.

12. *Op. cit.*, n° 130, p. 793.

588. – 1. Cette décision a été publiée dans *DAOR*, 2002, liv. 64, p. 377.

Le 14 janvier 1991, la SA Bouch'art en formation acquiert le fonds de commerce à la SA Distri-Leuze pour le prix de 4.900.000 BEF et le 29 janvier 1991, elle conclut un contrat de franchise pour une durée de 5 ans avec la SA Nopri dans lequel elle consent au franchiseur une option d'achat sur son fonds de commerce au cas où le contrat devrait être anticipativement résilié, notamment pour cause d'insolvabilité du franchisé.

Dès le 1<sup>er</sup> juillet 1991, soit six mois plus tard, la SA Bouch'art éprouve des difficultés financières, se trouvant en retard de paiement de marchandises pour 2.169.175 BEF.

Ces difficultés ne cesseront de s'amplifier, malgré des délais de paiement accordés par Nopri, des mesures de restructuration et un nouveau *remodeling* en 1994, de sorte qu'à la fin 1994, la dette atteignait 27.000.000 BEF;

Le 21 décembre 1994, la SA Nopri lève l'option sur le fonds de commerce au profit d'une SA Mazpri;

Le fonds de commerce est cédé le 23 décembre 1994 pour un prix de 4.600.000 BEF pour le matériel, le mobilier et le pas de porte et de 8.602.744 BEF pour le stock.

Après paiement à la CGER, créancier gagiste sur le fonds de commerce, d'une somme de 2.625.322 BEF, le solde de la cession est payé à la SA Nopri en apurement de sa créance du prix de fourniture de marchandises et en exécution d'une clause de cession de créance contenue au contrat de franchise;

Au moment de la faillite de la SA Bouch'art le 2 février 1995, la SA Nopri était encore créancière, à titre chirographaire, d'une somme de 17.403.767 BEF;

1) *Quant à la demande tendant au comblement du passif de la faillite en application de l'article 63ter ancien des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (530 du nouveau Code des sociétés)*

Attendu qu'aux termes de cette disposition, «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»;

Attendu que pour être appliquée à l'appelante, cette disposition suppose donc qu'il soit établi que celle-ci était un dirigeant de fait de la SA Bouch'art, qu'elle ait commis une ou plusieurs fautes graves et caractérisées et que ces fautes aient contribué à la faillite;

Attendu que le curateur reproche précisément à l'appelante de s'être comportée en dirigeant de fait en dépassant son rôle de franchiseur et en s'étant immiscée dans la gestion de la société faillie à tel point que cette dernière ne disposait plus de la possibilité de gérer son affaire en toute indépendance;

Attendu que la qualification d'administrateur de fait suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel (O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, Larcier, 1996, p. 70);

Attendu que la notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires de franchisé puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seuls forces du franchisé ne lui permettraient pas d'obtenir (Didier MATRAY, «Introduction générale», in *Le contrat de franchise*, CDVA Liège, 29 sept. 2000, Bruylant, 2001, p. 8);

Attendu que cette assistance ne peut être fournie que dans le cadre d'une collaboration étroite et dont l'efficacité commande qu'un échange aussi complet que possible de renseignements soit organisé (D. MATRAY, *op. cit.*, p. 18);

Que ne pourrait être qualifié de dirigeant de fait de la société franchisée que le franchiseur

qui prendrait des initiatives dépassant le cadre contractuel de la franchise, en posant des actes que n'aurait pu poser que les administrateurs, par exemple en signant des documents, en assistant aux réunions du conseil d'administration, en donnant directement des instructions au personnel, en imposant des prix à la revente etc., aliénant ainsi la nécessaire indépendance que doit pouvoir conserver la société franchisée;

Attendu que l'intimé soutient qu'en l'espèce, en gérant l'endettement de son franchisé, en effectuant des descentes sur le point de vente, en participant au choix des membres du personnel, à leurs conditions de travail, à l'aménagement des lieux, au contrôle étroit des comptes, à la politique financière et commerciale, au choix des investissements, à la désignation du comptable par un processus d'agrégation, au choix des campagnes publicitaires aux frais du franchisé, la SA Nopri s'est clairement autorisée une ingérence excessive dans la gestion de l'entreprise faillie, et en est devenue un dirigeant de fait;

Attendu, quant à l'aménagement du magasin, qu'il n'était nullement abusif de veiller à ce que la présentation du magasin corresponde à celle des autres franchisés de manière à refléter de façon homogène l'image de la marque Nopri grâce à l'uniformisation de la présentation de ses signes distinctifs, tels l'enseigne, la décoration, la présentation des comptoirs, les cuisines enregistreuses etc.

Que le souhait d'un «remodeling» destiné à adapter le magasin aux exigences du moment est de nature à contribuer à la diffusion dans le public de l'image de Nopri;

Que la SA Bouch'art, qui reprenait un ancien magasin n'ayant pas été exploité pendant plusieurs mois, ne pouvait ignorer, au moment de la signature de la convention de franchise, qu'il lui faudrait tôt ou tard procéder à cette modernisation;

Qu'elle n'était cependant pas obligée de consentir dès le mois d'août 1991 à des investissements à concurrence de 1.670.000 BEF puisque le plan financier ne prévoyait pas un effort aussi important et puisque son budget ne le lui permettait pas;

Attendu quant à la tenue de la comptabilité par un comptable agréé par Nopri et suivant les normes de présentation de Nopri (article 6 du contrat) et à la communication d'informations financières, comptables et bilantaires (chiffres d'affaires mensuels et bilan annuel), qu'il était essentiel que le franchiseur puisse disposer d'une présentation uniforme de données comptables de l'ensemble des franchisés afin de déterminer, d'évaluer et d'adapter la politique commerciale de la chaîne Nopri;

Que des obligations de cet ordre sont couramment mises à charge des franchisés;

Qu'ainsi D. ETIENNE et C. JASSOGNE (*La franchise*, TPDC, T. II, p. 738) ont publié un exemple de contrat de franchise où l'on peut lire sous le titre «obligations du franchisé» un article 13 rédigé comme suit:

«En tenant compte du fait que le franchiseur doit être mis en mesure d'apprécier l'efficacité et la rentabilité de chaque franchisé et de l'ensemble du réseau pour déterminer l'impact de la politique commerciale et établir à titre personnel sa propre gestion, le franchisé s'engage à informer le franchiseur

- de la situation de l'entreprise, par la communication de son chiffre d'affaires chaque mois (ou trimestre) avec des documents comptables à l'appui, et en fournissant également à ses frais au franchiseur des états financiers annuels comprenant au moins un bilan, un compte d'exploitation et de profits et pertes préparés conformément à la loi et à la pratique comptable...»;

Que l'article 2.3 du Code de déontologie européen de la Fédération européenne de la franchise entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1991 impose également au franchisé de fournir au franchiseur des données opérationnelles vérifiables lui permettant d'établir des statistiques au niveau du réseau et de pouvoir exercer utilement son rôle d'assistance continue, que le franchiseur doit également avoir la possibilité de vérifier ces données en ayant accès tant aux locaux qu'à la comptabilité du franchisé (André LOMBART, «Codes de déontologie», in *Le contrat de franchise*, CDVA, Bruylant, 2001, p. 124);

Que l'exigence d'un comptable agréé par Nopri n'avait rien d'excessif à la condition que Nopri ne refuse pas l'agrément d'un comptable compétent choisi par son affilié; qu'aucune difficulté n'est d'ailleurs apparue à cet égard dans le cours de la convention;

Attendu, quant aux sources d'approvisionnement et aux assortiments pouvant être offerts au public, que l'uniformité des produits offerts au public est également une caractéristique essentielle du contrat de franchise;

Que des clauses imposant au franchisé de ne s'approvisionner qu'en produits sélectionnés par le franchiseur auprès de fournisseurs agréés par lui sont usuelles (voir à titre d'exemple, TPDC, T. II, p. 737, article 9: «Le franchisé s'engage à vendre exclusivement les produits diffusés sous l'enseigne «X»/...Le seul fournisseur agréé est actuellement...»);

Attendu, quant aux prix de vente au franchisé, qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que les produits vendus soient facturés au dernier tarif de Nopri ou de ses fournisseurs agréés;

Que l'appelante conclut vainement au caractère indéterminé de la redevance puisque le contrat de franchise litigieux ne prévoyait pas de redevance;

Que les prix de revente aux consommateurs n'étaient donnés qu'à titre indicatif (article 20 du contrat de franchise), de sorte que le franchisé restait libre de les fixer;

Qu'il ressort d'une étude du magazine *Test Achat* d'avril 1999, produite par l'appelante, que différents points de vente Nopri pouvaient pratiquer des prix différents, ce qui montre que chaque exploitant pouvait déterminer ses prix de revente;

Qu'en ce qui concerne la promotion des produits et les efforts publicitaires, l'obligation faite au franchisé de participer à toutes ventes promotionnelles organisées par le franchiseur se retrouve dans l'article 10 du modèle de contrat du TPDC (T. II, p. 737);

Que les consorts Bouillon qui se sont engagés à affecter un budget raisonnable à la promotion des ventes, par voie de publicité nationale ou locale (article 22 du contrat), ne se sont jamais plaints de ce que les sommes effectivement décaissées auraient été trop élevées;

Que le curateur ne démontre pas que les charges publicitaires supportées leur ont été réellement imposées par la chaîne;

Attendu qu'en ce qui concerne l'assistance au franchisé, qu'aux termes de l'article 24 du contrat:

«A. la SA Nopri s'engage à fournir à l'affilié des conseils et des services dans le domaine de la conception architecturale, de l'équipement technique de la vente et de la promotion des ventes, de la gestion commerciale, comptable et financière, de l'organisation administrative et des questions sociales»;

«B. les prestations exceptionnelles de main d'œuvre et de fourniture de matériel que l'assistance de la SA Nopri pourraient impliquer, sont facturées à l'affilié à leur prix de revient»;

Attendu que cette disposition contractuelle n'a d'autre objet que de préciser les modalités de l'obligation de fournir son assistance technique et commerciale au franchisé ce qui est une obligation essentielle du contrat de franchise;

Qu'elle ne donne pas le pouvoir à la concluyente de gérer l'entreprise du franchisé ni n'impose à ce dernier l'obligation de suivre les conseils du franchiseur;

Que le remboursement des prestations exceptionnelles de main d'œuvre et de fourniture de matériel, au prix de revient, ne constitue pas à proprement parler une redevance puisque la redevance est généralement calculée sur base d'un certain pourcentage du chiffre d'affaires du franchisé;

Que le prix des prestations était déterminable puisque la convention précisait qu'il s'agissait d'un prix de revient;

Qu'en l'espèce, il va de soi que les factures à émettre en exécution de cette disposition pouvaient être vérifiées par le franchisé et, si nécessaire, contestées, de sorte que cette disposition contractuelle n'établit pas, comme le prétend l'intimé, l'existence d'une redevance indéterminée renforçant l'emprise financière du franchiseur à l'égard de son franchisé;

Attendu quant à l'obligation faite à la SA Bouch'art de souscrire une police d'assurance couvrant son patrimoine et les intérêts financiers des deux parties concernées contre l'ensemble des risques inhérents à l'exploitation du magasin, qu'une obligation de ce type se retrouve, à nouveau, à l'article 19 du modèle de contrat publié au TPDC (T. II, p. 739: «le franchisé s'engage à souscrire toutes polices d'assurance rendues nécessaires par l'exercice de son activité et notamment une assurance pour le matériel et les marchandises stockées lorsqu'elles n'ont pas encore été payées au franchiseur...»);

Qu'il n'est pas choquant que le contrat litigieux prévoie que l'indemnité due par l'assureur soit payée à la SA Nopri dans la mesure de ce qui lui est dû puisque la créance de Nopri se rapporte généralement à des marchandises impayées restant sa propriété en application d'une clause de réserve de propriété figurant sur les factures;

Que dans ce contexte, l'obligation faite au franchisé et à l'assureur d'aviser la SA Nopri en cas de sinistre et de lui notifier la résiliation ou la suspension de la police ne sont pas révélateurs d'une ingérence intolérable;

Attendu que le recrutement du personnel appartenait à la société franchisée;

Que si la SA Nopri a suggéré certains licenciements en raison des difficultés financières accusées par l'entreprise (voir sa lettre du 6 juillet 1993), cette initiative s'intègre dans l'exécution de son devoir d'assistance;

Qu'elle n'a jamais rien imposé à la société faillie;

Attendu qu'il ressort de cette analyse que, contrairement à ce qu'a décidé le premier magistrat, l'appelante ne peut être considérée comme un gérant de fait de la société faillie;

Que les obligations imposées au franchisé quoique nombreuses et contraignantes et plaçant incontestablement la société faillie dans la position économiquement la plus faible, se justifiaient au regard du but que les parties s'étaient assignées en concluant le contrat de franchise;

Que le dossier (et notamment l'absence de toute correspondance émanant de la société faillie au cours de l'exécution du contrat et de toute discussion des suggestions de la SA Nopri) témoigne certes de ce que les dirigeants de la société faillie n'ont pas toujours exercé pleinement les pouvoirs de décision qui étaient les leurs et ont suivi, sans doute aveuglément, certains conseils tant techniques que financiers de la SA Nopri mais qu'ils n'y étaient pas contractuellement obligés;

Qu'ainsi l'opération de *remodeling* préconisée par l'appelante en mai 1991, d'un coût de 1.670.000 BEF, qui n'était pas prévue dans le plan financier et qui dépassait manifestement les capacités financières de la société faillie, n'aurait pas dû être réalisée en août 1991 sans une augmentation de capital, d'ailleurs préconisée par la SA Finop (société s'occupant du volet financier pour le compte du franchiseur) par lettre du 1<sup>er</sup> juillet 1991;

Que cette décision a été prise par la société franchisée;

Attendu que le fait que l'appelante, par l'intermédiaire de Finop, ait accordé du crédit à la société faillie et ait fixé le taux des intérêts moratoires n'implique pas une direction de fait de la société créditée;

Que l'on rappellera que sur le plan de l'article 63<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, il faut que,

«sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer la qualité de dirigeant de fait se soit effectivement comportée comme un administrateur de fait en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées, que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales en fait» (Liège, 17 décembre 1996, J.L.M.B. 1998, p. 583, note PARMENTIER,

citant VAN OMMESLAGHE et DIEUX, «Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1993, n° 130, p. 793);

Que ces critères sont de nature «à exclure l'attribution de la qualité d'administrateur de fait au banquier qui prodigue des conseils et des suggestions de réorganisation à l'entreprise créditée ou qui surveille, quelque étroitement que ce soit, la gestion de l'entreprise sans se substituer aux organes d'administration de celle-ci» (VAN OMMESLAGHE et DIEUX, *ibidem*);

Que le même raisonnement doit s'appliquer au franchiseur;

Que les interventions, tant sur le plan commercial qu'économique, autorisées par le contrat de franchise ne font pas de l'appelant un gestionnaire de fait dès lors qu'il n'est pas établi que cette dernière ait posé des actes positifs de gestion de la société;

Que l'arrêt de la Cour de cassation de France du 9 novembre 1993 (*Rev. soc.* (2) avril-juin 1994, p. 321, note P. LE TOURNEAU), cité par l'intimé, illustre la nécessité de constater de tels actes dans le chef du franchiseur et ne pouvant trouver leur justification dans l'existence du contrat de franchise puisqu'il confirme un arrêt qui, au fond, avait notamment relevé que le franchiseur détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société franchisée, avait conservé la signature bancaire de celle-ci et préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite par la société... établissait les déclarations fiscales et sociales, contrôlait l'embauche du personnel et participait à la poursuite d'une activité déficitaire;

Que dans une autre décision du 16 février 1983 (*Bull. civ. V*, n° 88, cité par O. VIRASAMY, note sous Cass., 9 novembre 1993, *JCP éd. O.*, II, 22304-22305), la même Cour suprême, pour caractériser l'absence de liberté du distributeur, relève notamment que la société franchiseur «imposait les jours et les horaires d'ouverture du magasin et que les bons de commande imprimés à son en-tête devaient lui être transmis chaque soir ainsi que tout autre courrier et les chèques des clients étaient libellés à son ordre, qu'elle exerçait un contrôle sur les mouvements de fonds et le livre de caisse ainsi que sur les stocks»;

Que des comportements de ce type ne peuvent être constatés en l'espèce;

Qu'il s'agit que l'action n'est pas fondée sur pied de l'article 63ter des L.C.S.C.;

(...)

### OBSERVATIONS

On ne peut qu'apprécier le caractère minutieux et pointilliste de cet arrêt dans lequel la cour détaille, un par un, chaque élément factuel qui pourrait être qualifié à première vue d'administration de fait, mais qui n'est en réalité que l'exécution classique d'un contrat de franchise.

Deux éléments semblent avoir guidé la cour dans son analyse.

Tout d'abord, la cour précise que l'immixtion du franchiseur découle de la nature même du contrat de franchise; la cour se réfère en ce sens abondamment à la doctrine et à des clauses types qui ont été définies, et rappelle que la qualification d'administrateur de fait suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel. En l'espèce, c'est bien le contrat de franchise qui est à l'origine de cette immixtion.

Ensuite, la cour ne cesse de souligner le caractère volontaire des décisions prises par le franchiseur même si ce fut sur proposition, non obligatoire, du franchiseur. Soulignons notamment ces quelques extraits éloquentes:

– «Qu'elle n'était cependant pas obligée de consentir dès le mois d'août 1991 à des investissements à concurrence de 1.670.000 BEF puisque le plan financier ne prévoyait pas un effort aussi important et puisque son budget ne lui permettait pas»;

– (quant à l'exigence d'un comptable agréé par Nopri): «qu'aucune difficulté n'est d'ailleurs apparue à cet égard dans le cours de la convention»;

– «Que le curateur ne démontre pas que les charges publicitaires supportées leur ont été réellement imposées par la chaîne»;

– «Que si la SA Nopri a suggéré certains licenciements en raison des difficultés financières occasionnées par l'entreprise (voir sa lettre du 6 juillet 1993), cette initiative s'intègre dans l'exécution de son devoir d'assistance; qu'elle n'a jamais rien imposé à la société faillie»;

– la cour souligne «notamment l'absence de toute correspondance émanant de la société faillie au cours de l'exécution du contrat et de toute discussion des suggestions de la SA Nopri».

La cour semble donc considérer que le franchiseur n'a pas été désinvesti de son pouvoir décisionnel, mais qu'il a simplement fait siennes des propositions du franchiseur qui paraissent utiles. Le franchiseur ne s'est donc pas comporté comme un administrateur de fait «en prenant seul des décisions ressortissant à l'administration de la société» mais s'est limité à «prodiguer des conseils et des suggestions de réorganisation à l'entreprise, quelque étroitement que ce soit, sans se substituer aux organes d'administration de celle-ci»<sup>2</sup>.

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

N° 589. – *Comm. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.)*, 9 avril 2002<sup>1</sup>

**Présentation:** Cette décision présente une illustration de la faute grave et caractérisée du dirigeant qui n'a pas adapté les statuts de la société qu'il gère aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum.

**Sommaire partiel:** L'administrateur d'une société coopérative à responsabilité limitée qui ne respecte pas la loi du 20 juillet 1991 par laquelle le capital minimum est porté à 750.000 BEF (18.550 euros) commet une faute grave manifeste au sens des (anciens) art. 63ter-133bis (et 158, 9°) L.C.S.C. (nouvel art. 409 C. soc.).

L'administrateur ne peut invoquer les dispositions de l'art. 409, al. 2 C. soc. (la disposition relative à la responsabilité de l'art. 409, premier alinéa, ne s'applique pas si la société n'a pas atteint un seuil de chiffre d'affaires et un total minimum du bilan), parce que la faute de l'administrateur a été commise avant que ces dispositions n'entrent en vigueur. La faute grave manifeste de l'administrateur a de plus, en l'espèce, contribué à la faillite, car il est évident que l'absence d'augmentation du capital jusqu'au seuil du minimum légal a joué un rôle dans la survenance de la faillite. En raison de la gravité de la faute, l'administrateur est en l'espèce condamné à une grande partie du déficit de la société.

2. Selon les termes de P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1993, n° 130, p. 793 repris par l'arrêt commenté.

589.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33.

Parties: Faillite SCRL V. c/ R., S. et M.

Publication à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessus sous le numéro 265 intitulé « Responsabilité des associés pour faute »

(...)

3. L'administrateur d'une société coopérative qui ne respecte pas la loi du 20 juillet 1991 portant le capital minimum à 750.000 BEF, commet une faute grave et caractérisée au sens des (anciens) articles 63ter et 133bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (Comm. Liège, 13 février 1996, *T.B.H.*, 1998, p. 606).

Il y a lieu cependant de remarquer que l'article 409, alinéa 2, du Code des sociétés prévoit que l'alinéa 1<sup>er</sup> n'est pas applicable lorsque la société en faillite a réalisé au cours des exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 25.000.000 BEF, hors T.V.A., et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 15.000.000 BEF.

Il n'est pas démontré que la société faillite a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur tombe sous l'application de l'article 409, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés.

Il faut néanmoins constater que la faute commise par l'administrateur l'a été avant que l'ancien article 133bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (aujourd'hui, l'article 409 du Code des sociétés) n'entre en vigueur (le 1<sup>er</sup> juillet 1996), de sorte que le premier défendeur ne peut se fonder sur les dispositions de l'article 409, alinéa 2, du Code des sociétés (M.-A. DELVAUX, « Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers », *T.B.H.*, 1998, 591, note de bas de page n° 27).

Le premier défendeur peut être condamné à l'apurement du passif si la faute grave et caractérisée qu'il a commise a contribué à la faillite (il n'est pas nécessaire qu'elle soit l'unique cause de la faillite, voir Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *T.B.H.*, 1987, p. 523; A. BENOIT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *Act. Dr.*, 1991, p. 110).

Il va de soi que le fait de n'avoir pas procédé à une augmentation de capital en vue de porter celui-ci au minimum légal a joué un rôle dans la réalisation de la faillite (M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 591).

Un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance de l'actif ne doit pas être prouvé (Mons, 22 mars 1993, *R.P.S.*, 1993, p. 323; Comm. Liège, 10 septembre 1991, *T.B.H.*, 1992, p. 501). Par conséquent, les conditions d'application de l'article 409 du Code des sociétés sont réunies.

Les administrateurs peuvent être déclarés obligés de tout ou partie des dettes de la société à concurrence de l'insuffisance de l'actif.

Etant donné la gravité de sa faute, le tribunal estime que le premier défendeur doit répondre d'une grande partie des dettes.

Comme le premier défendeur, sur la base de l'article 409 du Code des sociétés, peut être tenu de la totalité du passif, il n'est plus relevant de vérifier si la responsabilité du premier défendeur peut aussi être mise en cause sur la base de l'article 408 du Code des sociétés.

(...)

7. Selon les données fournies par les curateurs, le passif s'élève à 4.289,62 euros.

Le premier défendeur ne conteste pas le montant du passif tel qu'il est établi par les curateurs.

En plus de ces 4.289,62 euros, les demandeurs *qualitate qua* demandent aussi le paiement de leurs frais et honoraires qui constituent un passif pour la faillite et qu'ils estiment pro-

visoirement à 2.478,94 euros.

Comme cela a déjà été mentionné, le premier défendeur doit répondre d'une grande partie (et non pas de la totalité) du passif de la faillite. Cette partie est évaluée à 4.289,62 euros. (...)

## OBSERVATIONS

Deux remarques relativement à cette décision.

1. Le tribunal se fourvoie, ou à tout le moins use d'une formulation inadéquate, lorsqu'il indique que: « il n'est pas démontré que la société faillite a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur tombe sous l'application de l'article 409, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés ».

On rappelle que le second alinéa de l'article 409 du Code des sociétés se présente comme une *exception* au principe de responsabilité posé à l'alinéa premier, et plus précisément comme une restriction à son champ d'application. Sur le plan de la preuve, et conformément au droit judiciaire (art. 870 C. jud.), c'est au dirigeant dont la responsabilité est mise en cause qu'il appartient de prouver que la société dont il assume la gestion rencontre effectivement les critères cumulatifs de l'article 409, alinéa second définissant la petite coopérative. Ce n'est donc pas à la curatelle qu'il appartient d'établir que la société « a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur tombe sous l'application de l'article 409, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés », comme l'indique le présent jugement, mais bien aux dirigeants, lorsqu'ils sont mis en cause, qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les trois conditions leur permettant d'échapper à la lourde responsabilité instaurée par l'alinéa premier<sup>2</sup>.

Le texte légal est clair et doit être appliqué à la lettre, sans inverser les rôles des parties dans l'administration de la preuve.

2. Sur le plan du droit transitoire, le tribunal considère qu'en l'espèce, la faute du dirigeant est *antérieure* à l'entrée en vigueur de la faveur faite aux petites coopératives par la loi du 13 avril 1995<sup>3</sup>, qui a étendu à celles-ci le régime d'exception existant pour les petites SPRL à l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. Selon le tribunal, le dirigeant n'aurait donc en tout état de cause pas pu bénéficier de cette faveur.

Il nous apparaît toutefois qu'une nuance doit être apportée, puisque le fait de ne pas réunir une assemblée générale afin de mettre la société gérée en conformité avec les dispositions légales est une faute *continue* ou à tout le moins *répétée*. Cette faute:

- naît le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale, dans le respect des formalités légales (et éventuellement statutaires) prescrites, afin que les statuts soient adaptés pour la date couperet du 1<sup>er</sup> novembre 1993<sup>4</sup>;
- se répète indéfiniment jusqu'au jour de la déclaration de faillite, où la gestion de la so-

2. Voir notamment Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *JDSC*, 1999, n° 98, p. 243: dans cette espèce, les chiffres de la comptabilité de la SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier, de sorte que les dirigeants n'ont pu rapporter la preuve que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur aux dirigeants de petites SPRL.

3. Loi du 13 avr. 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 nov. 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, en vigueur le 1<sup>er</sup> juill. 1996.

4. L'article 2 de l'arrêté royal du 11 oct. 1991 fixant la date d'entrée en vigueur des titres VII et VIII de la loi du 20 juill. 1991 portant des dispositions sociales et diverses, relatifs aux sociétés coopératives (*M.B.*, 24 oct. 1991, p. 23.900) impose en effet l'adaptation des statuts des coopératives existantes au plus tard le 1<sup>er</sup> nov. 1993.

ciété passe dans les mains du curateur; même après le 1<sup>er</sup> novembre 1993, il était encore possible au dirigeant de réunir une assemblée et de régulariser la situation de la SCRL; cette régularisation aurait peut-être permis d'éviter la faillite.

La faute du dirigeant est donc tant antérieure que postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 409, alinéa 2 du Code des sociétés. Toutefois, comme tous les éléments nécessaires à engager sa responsabilité sont réunis avant cette entrée en vigueur, il apparaît que le dirigeant ne peut bénéficier de cette faveur.

Pour le surplus, on renvoie sur cette question à nos observations intitulées «*La charge de la preuve des conditions pour bénéficier de l'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL*» sous Comm. Courtrai, 5 mars 2001, *JDSC*, 2003, n° 511, pp. 221 et s., ainsi qu'à la note publiée sous Comm. Bruxelles, 5<sup>e</sup> ch., 14 février 1989, *JDSC*, 1999, n° 97, pp. 241 et s.

#### 440. Défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net

N° 590. – *Gand (23<sup>e</sup> ch.), 17 octobre 2001*<sup>1</sup>

**Présentation:** L'article 332 du Code des sociétés impose aux dirigeants d'une SPRL qui constatent une perte grave de son actif net, de réunir une assemblée générale pour délibérer sur la dissolution éventuelle de la société ou toute autre mesure utile comme alternative à cette dissolution. Ceci fait dans le respect des exigences légales, ils échapperont à la responsabilité presque automatique instaurée par la loi.

**Sommaire:** Tant la société que les tiers doivent établir le non-respect de la procédure d'alerte et doivent prouver le dommage qu'ils ont subi suite à la violation de cette procédure (ancien art. 140 L.C.S.C./art. 332, 333 C. soc.). Le dommage causé par la méconnaissance des articles 332-333 du Code consiste normalement pour le créancier en la diminution des chances de recouvrement de sa créance, résultant de l'accroissement du passif après le moment auquel l'assemblée générale aurait dû se réunir pour décider de la dissolution ou résultant du fait que des contrats ont encore été conclus, ce qui n'aurait pas été le cas si la société avait été dissoute. La charge de la preuve du lien de causalité est différente pour la société et pour les tiers. La société doit prouver le lien causal entre la faute et le dommage. La charge de la preuve est renversée au bénéfice des tiers. Le régime le plus favorable de charge de la preuve (renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne le lien de causalité) doit être appliqué au curateur qui agit au nom de la société et des tiers.

La présomption du lien de causalité est renversée en établissant que l'assemblée générale n'aurait pas décidé de dissoudre la société.

L'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû être constatée en vertu des obligations légales ou statutaires. La preuve de dépassement de ce délai n'est pas rapportée si la société a été déclarée en faillite avant que les comptes annuels n'aient dû être présentés à l'approbation de l'assemblée générale.

**Porties:** V. et L. c/ faillite SPRL T.

**Publication:** à noter que cette décision est également partiellement publiée ci-dessus sous le numéro 366 intitulé «*Responsabilité des dirigeants envers les tiers pour violation du Code ou des statuts*»

(...)

11. L'article 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales rend l'article 103 des mêmes lois applicable aux SPRL (aujourd'hui, articles 332-333 du Code des sociétés).

Cet article impose au conseil d'administration de convoquer l'assemblée générale dans un délai n'excédant pas deux mois lorsque, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié (alinéa 1<sup>er</sup>) ou au quart (alinéa 3) du capital social.

Le rapport de l'assemblée générale ordinaire, daté du 28 mai 1994, et le rapport des administrateurs relatif à l'exercice 1993 font apparaître que les dispositions des articles 103 et 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales n'ont pas été formellement respectées.

Il en va autrement pour l'exercice 1994, l'assemblée générale ayant bien été convoquée et s'étant réunie dans ce cadre. A la réunion de l'assemblée générale du 21 octobre 1995, figurait à l'ordre du jour, outre l'approbation des comptes annuels au 31 décembre 1994, le point suivant: «*Article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales*» et il a été décidé: «*Sur le deuxième point repris à l'ordre du jour, l'assemblée décide, par vote spécial et à l'unanimité, que la société peut poursuivre ses activités, celle-ci devant néanmoins rechercher une autre formule et les dettes ne pouvant plus augmenter*». Un rapport du conseil d'administration relatif à la situation financière et aux mesures de redressement à prendre est disponible.

A la réunion de l'assemblée générale datée du 21 décembre 1996, figurait à l'ordre du jour, outre l'approbation des comptes annuels au 31 décembre 1995, le point suivant: «*Article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales*» et il a été décidé: «*Après avoir discuté de l'application de l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, l'assemblée décide de poursuivre les activités de la société, les dettes à l'égard des banques et des fournisseurs ne pouvant néanmoins plus augmenter. L'assemblée demande au gérant de trouver une issue à la situation financière de la société*». Aucun rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale n'est cependant disponible.

Tant la société que les tiers doivent prouver le dommage qu'ils ont subi suite à la violation de l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Ce dommage réside le plus souvent

- (1) dans le fait que les créanciers voient diminuer leurs chances de récupérer leur créance, étant donné que le passif a encore augmenté après le moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée et aurait dû statuer sur la dissolution ou
- (2) dans le fait que l'on a encore contracté, alors que cela n'aurait pas été le cas si la société avait été dissoute (C. VAN SANTVLIET, «*Artikel 103 van de vennootschap*

590.-1. Cette décision a été publiée dans *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703. Consultez également dans le présent ouvrage, le point «*Le statut des administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL*» où la décision est commentée par P. KILESTE et C. STAUDT du point de vue du statut de l'administrateur, sous le § 420. – Mandat salarié ou gratuit, n° 564, obs. «*Limites au caractère rémunéré d'un mandat de gérant*».

*penwet (de alarmbelprocedure): een stand van zaken*», R.D.C., 1997, p. 607, n° 48).

La charge de la preuve du lien de causalité est différente selon qu'il s'agit de la société ou des tiers. La société doit prouver le lien de causalité entre la faute et le dommage. La charge de la preuve est renversée au bénéfice des tiers en vertu de l'article 103, dernier alinéa, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Etant donné que les intimés *qualitate qua* agissent au nom de la société et des tiers, il y a lieu de leur appliquer le régime de la preuve le plus favorable (celui de l'article 103, dernier alinéa).

Etant donné que, les années suivantes, l'assemblée générale a eu connaissance de la situation financière de la société et a décidé de la laisser poursuivre ses activités, la preuve est apportée que les tiers n'ont subi aucun dommage lié au fait que l'obligation érigée par les articles 103 et 140 n'a pas été respectée en ce qui concerne l'exercice 1993.

La convocation de l'assemblée générale sans qu'aucun rapport spécial ne soit rédigé (exercice 1995) constitue une faute dans le chef des gérants. Etant donné que tous les associés de la SPRL en étaient aussi les gérants et ont décidé d'en poursuivre les activités, il est improbable que ceux-ci auraient abouti à une autre décision s'ils avaient eux-mêmes préalablement rédigé un rapport spécial. Le fait que la question a été portée à l'ordre du jour et la décision qui a été prise (aucune nouvelle dette à l'égard des fournisseurs et des banques) démontrent que les appelants étaient conscients des problèmes existants.

L'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des dispositions légales ou statutaires. Etant donné qu'il a déjà été démontré (sous 10) que la société a été déclarée en faillite dans les cinq mois qui ont suivi la clôture de l'exercice 1996 et, par conséquent, dans le délai de six mois dont elle disposait pour soumettre ses comptes annuels à l'assemblée générale, il n'est pas prouvé que les appelants ont dépassé le délai de deux mois prévu par l'article 103.

Même s'ils l'avaient fait, il ressort des pièces disponibles qu'aucune nouvelle dette n'a été contractée par la société après le 13 février 1996 – date de la vente du commerce –, de sorte que les chances pour les créanciers de récupérer leurs créances ne se sont pas détériorées. La demande introduite par les intimés *qualitate qua*, sur base des articles 103 et 140 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et de l'article 1382 du Code civil (en ce qu'elle est fondée sur le non-respect de ces articles) est dénuée de fondement.

(...)

#### OBSERVATIONS

##### La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001

Dans l'espèce commentée, une SPRL est en situation délicate depuis 1993, l'actif net étant inférieur à la moitié du capital social. Lors de l'examen des comptes annuels 1993, les dirigeants omettent de «tirer la sonnette d'alarme» au mépris de leurs obligations précisées à l'article 332 du Code des sociétés. Les comptes de l'exercice suivant (année 1994) font à nouveau apparaître cette situation de crise, qui est expressément évoquée lors de l'assemblée générale ordinaire de 1995, un rapport spécial du conseil d'administration relatif à la situation financière et aux mesures de redressement à prendre étant déposé. L'assemblée décide de poursuivre les activités de la société. Les comptes de l'exercice 1995 soulignent à nouveau cette atteinte grave au capital social, qui est examinée lors de l'assemblée générale ordinaire de 1996, sans rapport spécial des dirigeants cette fois. L'assemblée décide à nouveau de poursuivre les activités de la société et les comptes de l'exercice 1996 sont toujours

alarmants. La société est déclarée en faillite par jugement du 28 mai 1997.

La Cour d'appel de Gand rejette la responsabilité des dirigeants sur pied de l'article 140 des L.C.S.C. (devenu 332 du Code des sociétés) sur base de motifs divers examinés ci-après.

- Pour l'exercice 1993: la cour considère que «les tiers n'ont subi aucun dommage lié au fait que l'obligation érigée par les articles 103 et 140 n'a pas été respectée» puisque les années suivantes, en pleine connaissance de cause, l'assemblée a décidé de poursuivre les activités.
- Pour l'exercice 1994: la cour constate que l'obligation légale a été respectée.
- Pour l'exercice 1995: la cour considère que si l'absence de rapport spécial du conseil d'administration constitue bien une faute, celle-ci n'a cependant eu aucune implication en l'espèce; en effet, tous les associés sont en même temps les gérants et l'assemblée a décidé de poursuivre l'activité; un rapport spécial des gérants n'aurait rien changé à la décision de poursuivre l'activité prise par l'assemblée.
- Pour l'exercice 1996: comme la société a été déclarée en faillite en mai 1997, la cour constate qu'il n'est pas fautif pour ses dirigeants de n'avoir pas encore réuni une assemblée générale pour examiner les comptes annuels<sup>2</sup>; or, c'est dans les deux mois de l'examen des comptes annuels qu'une assemblée générale spécifique doit être réunie pour «tirer la sonnette d'alarme»; la cour estime donc que les dirigeants n'ont commis aucune faute à cet égard. La cour ajoute qu'en tout état de cause, il n'y a pas de préjudice en lien causal avec l'absence de convocation de l'assemblée générale puisqu'«aucune nouvelle dette n'a été contractée par la société après le 13 février 1996 – date de la vente du commerce –, de sorte que les chances pour les créanciers de récupérer leurs créances ne se sont pas détériorées».

L'arrêt de la Cour de Gand, dans ses diverses motivations, ne nous convainc pas entièrement.

Tout d'abord, la cour semble considérer que les dirigeants doivent réunir une assemblée générale spéciale chaque année, lorsqu'ils constatent – au moment de l'examen des comptes annuels – que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social. S'il nous apparaît que cette obligation fait partie des exigences élémentaires d'une saine gestion, par contre, elle ne ressort pas clairement de l'article 332 du Code des sociétés. Ce dernier exige une convocation de l'assemblée une première fois lorsque la perte de la moitié du capital est constatée, puis éventuellement une seconde fois si la perte atteint les trois quarts. Le texte légal impose la convocation d'une assemblée dans les «deux mois à dater du moment où la perte a été constatée». Lorsque la perte a été constatée une première fois et que la situation perdure lors des exercices suivants, les dirigeants ne sont pas, selon nous, obligés de réunir annuellement une assemblée générale dans le respect de l'article 332 du Code des sociétés<sup>3</sup>.

D'autre part, nous ne pouvons admettre que la cour indique que les tiers n'ont subi aucun dommage suite à l'absence de convocation d'une assemblée générale pour l'exercice 1993 dans la mesure où les années suivantes, en connaissance de cause, l'assemblée générale a décidé de poursuivre l'activité, ce qui sous-entend que si elle avait été réunie en 1994, l'assemblée aurait également décidé la poursuite des activités. Comme le souligne la Cour d'ap-

2. La Cour rappelle que les gérants ont l'obligation, dans les six mois de la clôture de l'exercice, de soumettre les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale et, dans les trente jours de cette approbation, et donc au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice, de déposer ces comptes à la Banque nationale de Belgique (art. 95 et s., 98, 126 et 128 C. soc.).

3. Voir nos observations *supra*, sous Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.) 21 nov. 2002, publié sous le numéro 583.

pel de Gand dans un arrêt du 15 mars 2000<sup>4</sup>, on ne peut épiloguer sur le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu. Rien ne nous permet d'affirmer avec certitude que l'assemblée, si elle avait été réunie dans le respect des conditions légales et avec les divers rapports exigés, aurait choisi de poursuivre l'activité<sup>5</sup>. Un raisonnement *a posteriori* basé uniquement sur la composition de l'assemblée et sur ce qu'elle a pu décider ultérieurement n'est pas pertinent. Selon nous, l'administrateur qui souhaiterait se dégager de sa (lourde) responsabilité ne peut donc le faire par la simple preuve que, même si elle avait été réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité; cette preuve n'a aucun intérêt.

De même, nous ne pouvons admettre que la cour soit convaincue que, du seul fait que les associés sont tous gérants, un rapport spécial du conseil d'administration n'aurait eu aucun poids sur la décision de l'assemblée générale.

Dans le même ordre d'idée, les dirigeants ayant omis de réunir une assemblée générale dans le cadre de la procédure de la «sonnette d'alarme» soutiennent fréquemment que ce sont exactement les mêmes personnes qui composent l'assemblée générale et le conseil d'administration<sup>6</sup>; ils en déduisent qu'ils n'auraient pas, dans le cadre de l'assemblée générale, décidé autre chose que ce qu'ils ont décidé dans le cadre de leur mission de dirigeants.

Cet argument doit être rejeté. Quelle que soit la composition des organes en effet, des règles spécifiques doivent être respectées notamment pour la convocation de l'assemblée et l'information des associés, et ceci tout particulièrement dans l'hypothèse de la «sonnette d'alarme» à tirer en cas de crise.

Les exigences de l'article 140 des L.C.S.C. (devenu 332 du Code des sociétés) sont les suivantes:

- l'ordre du jour doit mentionner les débats qui porteront sur la dissolution éventuelle de la société, une modification des statuts ou d'autres mesures adéquates;
- un rapport spécial contenant les propositions détaillées de l'organe de gestion doit être établi et mis à la disposition des associés au moins 15 jours avant l'assemblée;
- un rapport contenant les mesures concrètes proposées dans le cadre du redressement de la société qui poursuit ses activités doit être annexé à l'ordre du jour envoyé à chaque associé;
- l'assemblée doit délibérer le cas échéant dans les formes prescrites pour la modification des statuts;
- un notaire doit le cas échéant être présent.

Toutes ces formalités permettent d'attirer l'attention sur la gravité de la situation, de faire le point sur l'avenir de la société en pleine connaissance de cause et de prendre les mesures adéquates.

Il importe peu que tous les associés soient également membres du conseil d'administration, puisqu'on imagine difficilement qu'ils se soient réunis exactement dans les mêmes conditions que l'assemblée générale spécifique prévue pour envisager l'avenir de la société conformément à l'article 332 du Code, notamment avec les mêmes formalités et les mêmes rapports légalement imposés.

On rappelle d'ailleurs qu'une série de mesures ne peuvent valablement être adoptées par un conseil d'administration: le conseil est incompétent à modifier les statuts de la société, modification fréquemment nécessaire dans le cadre des mesures de redressement à mettre en

4. Gand (12<sup>e</sup> ch.), 15 mars 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET et *JDSC*, 2003, p. 223, n° 512 et note M.-A. DELVAUX; voir dans le même sens J. RONSE et J. LIEVENS, *Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 204.

5. Voir en ce sens Comm. Charleroi, 11 oct. 1995 et 19 juin 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 644.

6. Comme souvent dans les petites sociétés.

place (augmentation de capital – hors l'hypothèse du capital autorisé –, réduction de capital, dissolution de la société, ...); le conseil est également incompétent à révoquer un dirigeant, nommer un ou plusieurs dirigeants complémentaires, ... autres mesures qui permettraient à la société de sortir de l'ornière.

Selon nous, l'administrateur qui souhaiterait se dégager de sa (lourde) responsabilité ne peut donc le faire par la simple preuve que ce sont les mêmes personnes qui composent l'assemblée générale et le conseil d'administration; cette preuve n'a aucun intérêt.

Les dirigeants n'ayant pas convoqué d'assemblée générale dans le délai de deux mois suivant le constat de la perte de moitié de l'actif net peuvent uniquement se libérer de leur responsabilité:

- soit en prouvant les conditions d'application des articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) ou 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés<sup>7</sup>;
- soit en établissant l'absence de lien de causalité entre leur faute et le dommage, de sorte que le dommage aurait également été subi si l'assemblée avait été réunie au moment légalement requis: par exemple, l'accroissement de la perte trouve son origine dans des événements ou opérations antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée, est inhérent à l'arrêt des activités, ...

Quant à ce dernier point, c'est à bon droit que la cour considère qu'en ce qui concerne le dernier exercice avant la faillite, les créanciers n'ont pu subir aucun préjudice en lien causal avec l'absence de convocation de l'assemblée générale, puisque aucune nouvelle dette n'a été contractée par la société après la date de la vente du commerce, à un moment antérieur à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée.

Enfin, on rappelle que même si l'application de l'article 332 du Code des sociétés est rejetée en l'espèce, les administrateurs peuvent toujours voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382-1383 du Code civil pour poursuite fautive d'une activité déficitaire (avec toutefois les difficultés de preuve corrélatives).

#### 440. Défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net

N° 591. – *Anvers* (5<sup>e</sup> ch.), 20 décembre 2001<sup>1</sup>

Présentation:

Le présent arrêt opère une intéressante comparaison entre l'action en comblement de passif et l'action en responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net (art. 530 et 633 C. soc. pour les SA), en ce qui concerne tant les conditions de l'action que le dommage réparable.

7. Cette triple preuve consiste à prouver une absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), une absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

591.-1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *R.W.*, 2002-2003, liv. 18, p. 708.

**Sommaire:** Un administrateur a pour tâche de participer activement à l'administration de la société et ne peut se prévaloir utilement de sa propre passivité. Les administrateurs qui négligent d'appliquer la procédure de la sonnette d'alarme stipulée à l'article 633 du Code des sociétés agissent contrairement à la loi, alors que depuis l'assemblée générale annuelle, ils ont eu ou auraient pu avoir connaissance de la diminution de l'actif net suite aux pertes subies jusqu'à moins de la moitié et par la suite même moins d'un quart du capital social. Ce faisant, les administrateurs ont commis des fautes qui ont contribué au maintien d'un commerce déficitaire, causant ainsi des dommages aux tiers qui ont fait du commerce avec la société pendant la période suivant l'assemblée générale susmentionnée.

Ils sont donc responsables de l'augmentation du passif net de la société faillie pendant cette période.

La responsabilité des administrateurs en vertu de l'article 633 du Code des sociétés est une responsabilité soumise à des règles propres, avec des conséquences propres, qui diffèrent de la responsabilité des administrateurs en vertu de l'article 530 du Code des sociétés. Ainsi, aux termes de l'article 633, dernier alinéa du Code des sociétés, une présomption de lien causal existe entre le non-respect des obligations telles qu'elles sont décrites dans cette disposition légale et le préjudice subi par des tiers; mais cette présomption de lien causal n'existe pas entre cette faute et la faillite. Par conséquent, les curateurs ont la charge de la preuve d'un tel lien causal. En outre, la responsabilité des administrateurs pour infraction à l'article 633 du Code des sociétés est limitée, quelle que soit l'importance de la faute, à l'indemnisation du préjudice subi par les tiers. Elle ne peut être étendue à l'indemnisation de l'ensemble ou d'une partie du passif comme stipulé à l'article 530 du Code des sociétés.

**Parties:** T. c/ faillite SA M.M.C.

(...)

Les curateurs de la faillite SA M.M.C. demandaient que les administrateurs de la société faillie payent un montant provisionnel de 3.000.000 BEF.

Dans le jugement contesté du 26 septembre 1996, le Tribunal de commerce de Tongres a condamné solidairement les administrateurs au paiement d'un montant provisionnel de 500.000 BEF.

L'appelant a interjeté appel par requête déposée au greffe le 24 avril 1997. Les autres administrateurs semblent se satisfaire du jugement.

L'appelant prétend avoir été condamné à tort.

Les curateurs demandent la condamnation de l'appelant au paiement d'un montant provisionnel de 2.604.834 BEF, s'agissant du montant du passif de la faillite connu jusqu'ici.

Les curateurs se fondent sur la violation de l'article 633 du Code des sociétés (ancien art. 103 L.C.S.C.).

Selon le bilan de la société faillie au 31 décembre 1992, les dettes s'élevaient à 4.914.345 BEF et les actifs à 5.640.077 BEF, de sorte que les fonds propres s'élevaient à 725.732 BEF. Etant donné que le capital social de la société s'élevait à 1.500.000 BEF, l'actif net avait donc diminué jusqu'à moins de la moitié du capital. Cette année là, une perte de 774.268 BEF avait été comptabilisée.

Il est dès lors prouvé qu'après avoir pris connaissance de ces résultats, le conseil d'administration aurait dû réunir l'assemblée générale dans un délai n'excédant pas deux mois et

aurait dû rédiger un rapport, afin de délibérer sur la poursuite des activités ou sur la dissolution de la société, conformément à l'article 633 du Code des sociétés (ancien art. 103 L.C.S.C.).

Il est établi que cela n'a pas été le cas. Il ressort du procès-verbal de l'assemblée générale du 17 mai 1993 que les administrateurs ont présenté un rapport, mais rien ne dit que ce rapport satisfaisait aux exigences prescrites par l'article 633 du Code des sociétés. Le rapport annuel soumis à l'assemblée générale ne satisfait en tout cas pas à ces exigences. De plus, il ressort de ce procès-verbal que l'assemblée générale n'a pas été invitée à délibérer et à voter sur la dissolution de la société ou sur la poursuite de ses activités en raison de la réduction de son actif net.

Pour le reste, l'appelant ne peut se prévaloir du fait d'avoir été laissé dans l'ignorance de l'état réel de la société par les autres administrateurs. Pour autant que ses lettres du 29 janvier 1995 et du 16 mai 1995 puissent déjà être considérées comme des lettres de démission de sa fonction d'administrateur, il est établi que la société ne développait déjà plus d'activités à ce moment là et que le commerce avait été vendu le 16 mars 1994.

L'appelant avait pour tâche, en tant qu'administrateur, de participer activement à l'administration de la société et ne peut se prévaloir utilement de sa propre passivité.

Il n'est pas prouvé que l'appelant aurait insisté pour que l'article 633 du Code des sociétés soit respecté, mais aurait été mis en minorité par les autres administrateurs. Son absence à l'assemblée générale du 2 mai 1994 ne le déchargeait pas de ses obligations en tant qu'administrateur.

Les pièces n'indiquent pas quand les administrateurs ont eu ou auraient dû avoir connaissance de la réduction de l'actif net précitée. Lorsque le seuil n'est que légèrement dépassé, l'on peut raisonnablement considérer que le dépassement n'a pu être constaté qu'au moment où le bilan a été définitivement établi et que les administrateurs n'ont pas pu présenter les résultats et poser la question de savoir si la société devait poursuivre ses activités ou être dissoute plus tôt qu'à l'assemblée générale du 17 mai 1993.

Il est ainsi prouvé que les administrateurs ont agi en violation de la loi à partir du 17 mai 1993. Au cours de la période qui a suivi l'assemblée générale, ils n'ont pas invité celle-ci à délibérer sur le problème qui leur était posé. Il ne l'ont pas fait non plus lorsque, selon le bilan pour l'année 1993, l'actif net était réduit à moins d'un quart du capital (à ce moment là, les fonds propres étaient même négatifs). Au cours de la même période, les pertes ont systématiquement augmenté (774.268 BEF en 1992, 1.605.106 BEF en 1993).

Il ressort de ces données que les administrateurs, en commettant ces fautes, ont contribué au maintien d'un commerce déficitaire, causant ainsi des dommages aux tiers qui ont traité avec la société au cours de la période qui a suivi le 17 mai 1993. La présomption de ce lien de causalité n'a pas été renversée. Les administrateurs de la société faillie sont responsables de l'augmentation du passif net dans la période qui a suivi le 17 mai 1993.

Il n'est pas prouvé qu'aparavant, les administrateurs auraient déjà commis, individuellement ou collectivement, des fautes de nature à les rendre responsables vis-à-vis de la société ou vis-à-vis des tiers.

Aucune indication ne permet de conclure qu'ils pouvaient ou devaient déjà savoir, avant le 17 mai 1993, que le commerce était à ce point déficitaire que la société n'était plus à même de respecter les obligations contractées. Les curateurs admettent d'ailleurs, dans leurs conclusions, que si le commerce avait été vendu en mai 1993, les dettes qui existaient à ce moment là auraient pu être payées avec le produit de la vente.

Puisque, sur la base de ce qui est dit ci-dessus, les administrateurs restent responsables de l'augmentation du passif net au cours de la période qui a suivi le 17 mai 1993, il n'y a pas lieu de rechercher s'ils sont également responsables sur la base de l'article 1382 du Code civil; les dommages qui auraient éventuellement été causés par d'autres fautes sont déjà compris dans ce passif.

Pour la même raison, il n'y a pas lieu non plus de rechercher si les livres ont été déposés en retard: cette éventuelle violation de la loi n'emporterait pas une plus grande responsabilité que celle qui a déjà été établie.

Si, aux termes de l'article 633, dernier alinéa, du Code des sociétés, une présomption de causalité existe entre le non-respect des obligations telles qu'elles sont décrites dans cette disposition et le préjudice subi par les tiers, une telle présomption du lien de causalité n'existe pas entre cette même faute et la faillite.

Par conséquent, si les curateurs veulent établir que les violations de la loi précitées constituent, au vu des circonstances, une faute grave et caractérisée qui engage la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 530 du Code des sociétés (ancien art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.C.), ils ont la charge de la preuve du lien causal entre la faute grave et caractérisée et la faillite. Etant donné que les administrateurs étaient aussi les seuls actionnaires de la société et qu'ils ont décidé de poursuivre ses activités malgré ses mauvais résultats, il est plausible que l'assemblée générale aurait pris la même décision. Ainsi, l'absence de rapport et d'invitation à l'assemblée générale ne semble pas avoir contribué à la faillite.

Il va sans dire que la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 633 du Code des sociétés est une responsabilité soumise à ses propres règles, avec des conséquences qui lui sont propres et qui diffèrent de celles de la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 530 du Code des sociétés. Etant donné que la responsabilité des administrateurs, lorsqu'ils ne respectent pas l'article 633 du Code des sociétés, est limitée, peu importe la gravité de la faute, à la réparation du dommage subi par les tiers, cette responsabilité ne peut pas être étendue au paiement de tout ou partie du passif de la faillite comme cela est prévu par l'article 530 du Code des sociétés.

Aucune faute grave et caractérisée n'est prouvée dans le chef de l'appelant, de nature à engager sa responsabilité sur la base de l'article 530 du Code des sociétés (art. 63<sup>ter</sup> L.C.S.C.). Selon le rapport à l'assemblée générale du 17 mai 1993, les administrateurs ont reconnu les problèmes et ont fait des propositions afin d'obtenir de meilleurs résultats à l'avenir. Pour le surplus, il n'y a aucun élément qui indiquerait que l'appelant aurait posé des actes constituant des manquements graves à ses obligations d'administrateur. Il ne paraît pas avoir été directement impliqué et paraît même avoir été laissé dans l'ignorance de la vente du commerce de la société.

En dehors de sa responsabilité évoquée ci-dessus, il n'y a donc aucune raison fondée de déclarer l'appelant obligé de tout ou partie du passif de la faillite.

Il ressort du détail du passif (qui entre-temps a été définitivement fixé) que toutes les dettes de la société faillie restées impayées datent d'après le 17 mai 1993. La créance de l'O.N.S.S. reprend bien des montants relatifs au quatrième trimestre de l'année 1992, mais il ressort du décompte que des paiements ont eu lieu qui ont apuré ces anciennes dettes, de sorte que le solde (332.827 BEF + 56.920 BEF) ne se rapporte qu'à des dettes datant d'après le 17 mai 1993.

L'entière du passif qui s'élève à 2.706.460 BEF est dès lors à considérer comme l'augmentation du passif au cours de la période qui a suivi le 17 mai 1993.

L'actif réalisé s'élève à 682.459 BEF, de sorte que le passif net s'élève à 2.024.001 BEF.

La demande est fondée pour ce montant.

(...)

## OBSERVATIONS

**Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants**

Il est intéressant de comparer les actions en responsabilité qui peuvent être introduites contre les dirigeants pour défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société. Dans le présent arrêt, la cour opère cette comparaison en matière de SA en ce qui concerne tant les conditions de l'action que le dommage réparable. On peut non seulement étendre la comparaison aux autres formes de sociétés à responsabilité limitée, mais surtout y ajouter d'autres points de comparaison.

## A. Quant au fondement légal de la responsabilité

L'action en comblement de passif trouve son fondement aux articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés.

L'action en responsabilité pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net trouve son fondement aux articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés.

## B. Quant aux conditions nécessaires au fondement de la responsabilité

1. L'action en comblement de passif permet au juge, en cas de faillite de la société, de condamner l'administrateur qui a commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite à participer «de sa poche» à l'insuffisance d'actif.

Le demandeur à l'action doit établir positivement que la faute

- est grave et caractérisée,
- et a contribué à la faillite de la société.

Il appartient au demandeur de prouver le lien causal entre la faute et la faillite, aucune présomption n'étant instituée. Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause<sup>2</sup>.

Ce fondement légal nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation au niveau de l'établissement puis de la qualification de la faute grave: toute faute commise par un administrateur ne constitue pas forcément une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner sa responsabilité. Ainsi, comme en l'espèce, le fait d'avoir omis de réunir une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net ne s'identifie pas forcément à une faute grave et caractérisée.

Il existe une restriction au droit d'agir en comblement de passif contre les dirigeants puisque cette source de responsabilité ne s'applique pas, selon les textes, si la société en faillite est une «petite» SPRL ou SCRL, à savoir une société qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à vingt-cinq millions hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé

2. Voir par exemple Gand, 31 mars 1994, R.D.C., 1994, p. 976; voir A. BENOIT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», Act. Dr., 1991, p. 110.

quinze millions de francs<sup>3</sup>. C'est aux administrateurs ou gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par les alinéas seconds des articles 265 et 409 du Code pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par les alinéas premiers desdits articles, et non à la curatelle d'établir le contraire<sup>4</sup>.

2. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés imposent à l'administrateur de réunir une assemblée générale dans les deux mois du constat de la perte de la moitié du capital social, et instaurent une présomption: le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation. Ceci facilite largement la tâche du demandeur à l'action, puisque la charge de la preuve est renversée et que c'est à l'administrateur de prouver l'absence de lien causal entre sa faute et le dommage dont il est réclamé réparation.

Ce fondement de responsabilité est donc bien plus avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif puisque tant la faute (violation de la loi dans des conditions qui reposent sur des critères comptables) que le lien de causalité (présumé) sont aisément établis.

En outre, l'action est ouverte même contre les dirigeants de «petites» SPRL et SCRL, contrairement à l'action en comblement de passif.

### C. Quant aux circonstances et aux personnes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants

1. L'action en comblement de passif ne peut être introduite que si la société a été déclarée en faillite. Elle est ouverte au curateur et, depuis peu, au créancier individuel<sup>5</sup>.

2. La mise en cause de la responsabilité des dirigeants sur la base des articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés peut intervenir en tout temps, et pas uniquement dans l'hypothèse de la faillite de la société. Même s'il s'agit du *quod plerumque fit*<sup>6</sup>, il ne faut pas négliger les cas dans lesquels la responsabilité des dirigeants peut être invoquée durant la vie active de la société. D'une part, une action sociale peut être envisagée lorsque prend fin la «connivence» entre les dirigeants et le groupe d'actionnaires majoritaire, à savoir lorsqu'un renversement de majorité s'opère au sein de l'assemblée générale

3. Articles 265, alinéa 2 (SPRL) et 409, alinéa 2 (SCRL) du Code des sociétés.

Sur la critique de cette limitation, voir notamment J.-M. DE BACKER et O. RALET, *op. cit.*, n° 99, pp. 126 et 127; M. WIJCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», note sous *Comm. Liège*, 7 déc. 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. 445; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 270; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *op. cit.*, p. 180; F. T'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *DAOR*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. T'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103; M.-A. DELVAUX, obs. sous *Comm. Bruxelles*, 14 févr. 1989, *JDSC*, 1999, n° 97, p. 241; voir aussi, sur cette disposition, les appréciations de P. COPPENS et F. T'KINT, *op. cit.*, n° 81, pp. 523-524.

4. Voir *supra* notre première observation sous *Comm. Hasselt* (4<sup>e</sup> ch.), 9 avr. 2002, n° 572; voir également *Comm. Charleroi*, 7 janv. 1997, *JDSC*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643.

5. Voir la loi du 4 sept. 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés (*M.B.*, 21 sept. 2002, pp. 42.928 et s.) qui a supprimé l'ancien monopole du curateur et ouvert l'action au créancier isolé par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés.

6. Dans la mesure où les dirigeants sont une émanation de la majorité présente à l'assemblée générale, il existe une entente tacite ou expresse entre eux qui exclut fréquemment qu'une action sociale soit introduite. L'action contractuelle dépend en effet d'une décision de l'assemblée contrôlée par ceux-là mêmes qui doivent obtenir la décharge.

(suite à une O.P.A., une cession amiable de contrôle, ...)<sup>7</sup>. D'autre part, la meilleure information des actionnaires et associés peut inciter ceux-ci à réagir plus souvent que ce n'était le cas dans le passé. On rappelle également que les actionnaires minoritaires peuvent introduire une action minoritaire. Enfin, les tiers (fournisseurs, travailleurs, sous-traitants, ...) peuvent aussi chercher à engager la responsabilité des dirigeants en cours de vie sociale. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent à toute personne intéressée, que ce soit un tiers ou la société elle-même, de reprocher au dirigeant le défaut de convocation de l'assemblée générale. Seuls les tiers peuvent cependant bénéficier de la présomption de lien causal instituée. Si c'est la société qui agit contre ses dirigeants, et comme pour toute responsabilité fondée sur une violation du Code<sup>8</sup>, elle devra prouver positivement le lien causal entre cette violation et son dommage.

### D. Quant aux personnes susceptibles d'être condamnées à intervenir

1. L'action en comblement de passif permet au juge de condamner l'administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé. Le juge est amené à exercer un important pouvoir d'appréciation au niveau de l'imputabilité distincte de la faute à chacun des administrateurs, notamment en fonction du rôle joué dans sa commission, de sa compétence et des obligations particulières pesant sur lui<sup>9</sup>. Les dirigeants sont condamnés avec ou sans solidarité, selon l'appréciation souveraine du juge.

2. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent d'engager la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait exerçant sa mission au moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée. Conformément à la règle en vigueur pour les violations du Code (art. 263, al. 1<sup>er</sup>, 408, al. 2 et 528, al. 1<sup>er</sup> C. soc.), la responsabilité des dirigeants est solidaire. Ils ne pourront y échapper qu'en prouvant leur absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), l'absence de faute dans leur chef (ce n'est pas fautivement qu'ils étaient absents à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...) et la dénonciation par leurs soins de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'ils ont eu connaissance des faits<sup>10</sup>.

Ce fondement de responsabilité est plus avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif sur le plan de la solidarité, puisqu'elle est presque automatique en matière de violation du Code tandis qu'elle n'est décidée que dans des circonstances particulières par le juge qui statue sur pied des articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés.

### E. Quant à l'étendue du dommage réparable

1. Dans le cadre de l'action en comblement de passif, le juge est amené à exercer un important pouvoir d'appréciation puisque l'ampleur de la condamnation des dirigeants, qui supporteront tout ou seulement une quotité du passif social, est décidée par lui. Selon quels

7. Notons toutefois que lorsque la cession de la participation de contrôle fait l'objet d'un contrat, ce dernier stipule souvent expressément que le cessionnaire renonce à introduire une quelconque action en responsabilité contre les anciens dirigeants.

8. Articles 263, alinéa 1<sup>er</sup> (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1<sup>er</sup> (SA) du Code des sociétés.

9. Voir notamment *Comm. Termonde* (3<sup>e</sup> ch.), 31 déc. 1997, *JDSC*, 1999, n° 96, p. 240 (sommaire), *T.G.R.*, 1998, p. 77. Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207.

10. Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) ou 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés.

critères ? En vertu du texte légal, la limite maximale de la condamnation est nécessairement l'insuffisance d'actif. Ceci laisse une énorme marge de manœuvre au magistrat. La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le juge doit statuer *en équité*, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée<sup>11</sup>. Le dirigeant peut donc être amené à supporter une condamnation qui excède les conséquences objectives de sa faute ou qui est réduite au regard de celles-ci. Ceci s'explique notamment par le fait que cette source de responsabilité est largement détachée du lien de causalité, puisqu'il suffit que la faute ait *contribué* à la faillite.

2. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent au juge de condamner l'administrateur à indemniser uniquement le dommage en liaison causale avec sa faute, à savoir uniquement l'accroissement de la perte (aggravation du passif et réduction de l'actif) entre le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites et le moment où le passif social a été définitivement cliché, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est effectivement dissoute. Le dommage réparable est donc loin de s'identifier à l'insuffisance du passif social.

Ce fondement de responsabilité est donc moins avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif qui permet une indemnisation bien plus conséquente et susceptible d'excéder les conséquences de la faute réellement commise.

---

11. Voir par exemple Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 328 et J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 303.