

Cour d'appel de Liège

25 février 2016 - 7e chambre civile

Président : A. Jacquemin

Conseillers : Th. Lambert et Th. Piraprez

Conseils : F. Davreux, A. Nolet, D. Gol et H. Born

1. SPRL - RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU GÉRANT - ACTION EN COMPLEMENT DU PASSIF - EXEMPTION DE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE GRAVE ET CARACTÉRISÉE DU GÉRANT AYANT CONTRIBUÉ À LA FAILLITE (ART. 265, § 1, AL. 2 C.SOC.) - TENUE D'UNE COMPTABILITÉ RÉGULIÈRE

2. EXEMPTION DE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE GRAVE ET CARACTÉRISÉE DU GÉRANT AYANT CONTRIBUÉ À LA FAILLITE (ART. 265, § 1, AL. 2 C.SOC.) - EXTENSION DE LA PÉRIODE CONTRÔLÉE

3. EXEMPTION DE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE GRAVE ET CARACTÉRISÉE DU GÉRANT AYANT CONTRIBUÉ À LA FAILLITE (ART. 265, § 1, AL. 2 C.SOC.) - PRINCIPE D'IRRÉVERSIBILITÉ DES COMPTES - MANQUEMENTS GRAVES DANS LA TENUE DES COMPTES

1. L'application des conditions cumulatives prévues par l'article 265, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés, qui prévoit une exemption de responsabilité pour les gérants de SPRL de petite taille, suppose la tenue d'une comptabilité régulière.

2. Bien que l'article 265, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés vise, pour critères, le chiffre d'affaires des trois années précédant la faillite ainsi que le total du bilan de l'année précédente, les constats établis au cours d'une période antérieure à cette période de contrôle sont révélateurs de manquements graves dans la tenue des comptes de la société, qui pourraient avoir perduré au-delà de la période contrôlée.

L'absence de toute prise en compte d'une contrainte décernée par l'administration de la TVA fausse irrémédiablement les bilans de la société pour les années subséquentes et a notamment eu pour conséquence l'octroi d'importants dividendes aux associés, en violation des dispositions prévues à l'article 320, paragraphe 1er, du Code des sociétés.

3. Les comptes annuels approuvés par l'assemblée générale ne peuvent, en principe, plus être modifiés par après, sauf s'ils contiennent des erreurs matérielles, de fait ou de droit. Ne sont pas mineures les rectifications qui portent notamment sur le poste du capital social, les fonds propres négatifs ou encore des extournes d'actifs importantes.

Lorsque la comptabilité de la société ne présente pas les caractéristiques d'une comptabilité régulière, elle ne peut se voir reconnaître de valeur probatoire pour l'article 265, § 1er, alinéa 2, du Code des sociétés.

1. BVBA - PERSOONLIJKE AANSPRAKELIJKHEID ZAAKVOERDER - VORDERING TOT AANZUIVERING VAN SCHULDEN - VRIJSTELLING VAN AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNELIJK GROVE FOUT VAN DE ZAAKVOERDER DIE HEEFT BIJGEDRAGEN TOT HET FAILLISSEMENT (ART. 265, § 1, LID 2 W.VENN.) - VOEREN VAN EEN REGELMATIGE BOEKHOUDING

2. ONTHEFFING VAN AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNELIJK GROVE FOUT VAN DE ZAAKVOERDER DIE HEEFT BIJGEDRAGEN TOT HET FAILLISSEMENT (ART. 265, § 1, LID 2 W.VENN.) - UITBREIDING VAN DE GECONTROLEERDE PERIODE

3. ONTHEFFING VAN AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNELIJK GROVE FOUT VAN DE ZAAKVOERDER DIE HEEFT BIJGEDRAGEN TOT HET FAILLISSEMENT (ART. 265, § 1, LID 2 W.VENN.) - BEGINSSEL VAN DE ONOMKEERBAARHEID VAN DE REKENINGEN

1. De toepassing van de cumulatieve voorwaarden bepaald in artikel 265, § 1, 2de lid W.Venn., dat voorziet in een ontheffing van aansprakelijkheid voor zaakvoerders van kleine BVBA's, veronderstelt dat een regelmatige boekhouding werd gevoerd.

2. Artikel 265, § 1, 2de lid W.Venn. hanteert weliswaar als criteria de gemiddelde omzet over de drie boekjaren voor het faillissement alsook het totaal van de balans van het voorgaande jaar, maar de vaststellingen die werden gemaakt met betrekking tot een periode voorgaand aan deze controleperiode wijzen op ernstige gebreken op het vlak van de boekhouding van de vennootschap, gebreken die zouden hebben kunnen voortgeduurd buiten de gecontroleerde periode.

Het helemaal niet in overweging nemen van een door de BTW-administratie uitgevaardigd dwangbevel vervalst onherstelbaar de balans van de vennootschap voor de volgende jaren en heeft met name geleid tot de toekenning van belangrijke dividend aan de vennoten, in strijd met de bepalingen van artikel 320, § 1 van het Wetboek van Vennootschappen.

3. De door de algemene vergadering goedgekeurde jaarrekening kan in principe nadien niet meer worden gewijzigd, behalve indien zij feitelijke of juridische materiële vergissingen bevat. Rechtzettingen die betrekking hebben op de kapitaalpost, op het negatieve eigen vermogen of nog de tegenboeking op belangrijke activa, zijn niet min.

Wanneer de boekhouding van de vennootschap niet de kenmerken vertoont van een regelmatige boekhouding, kan haar geen bewijswaarde worden toegekend voor de toepassing van artikel 265, § 1, 2de lid W.Venn.

J.-L.V. et Y.B. c./ R.W. q.q. comme curateur de la SPRL L.S., en présence de F.D.W., D.L. et S.D.

[...]

Après en avoir délibéré

Vu la requête du 14 mai 2014 par laquelle J.-L.V. et Y.B. interjettent appel du jugement rendu le 31 mars 2014 par le tribunal de commerce de Dinant.

Vu “l’appel incident” formé par R.W. *qualitate qua* par conclusions reçues au greffe le 31 octobre 2014 (NB : il ne s’agit pas d’un appel incident mais d’une demande visant à traiter une demande que les premiers juges ont réservée...);

Vu “l’appel incident” formé par D.L. et S.D. par conclusions reçues au greffe le 1er décembre 2014 (NB : il ne s’agit pas d’un appel incident mais d’une demande visant à traiter une demande que les premiers juges ont réservée ...)

Vu les conclusions et les dossiers des parties.

Antécédents et objet des appels

L’objet du litige et les circonstances de la cause ont été correctement relatés par les premiers juges à l’exposé desquels la cour se réfère.

Il suffit de rappeler qu’en date du 17 juillet 2003⁽¹⁾, les appelants ont constitué la SPRL L.S. au capital de 18.600 EUR⁽²⁾, dont ils ont assuré d’emblée la gérance par décision de l’assemblée générale tenue le jour même⁽³⁾.

La société avait pour objet l’exploitation d’un dancing à l’enseigne “Le Bunker” à Rosée. L’immeuble est la propriété pour moitié de J.-L.V. et de son épouse F.D.W. et pour l’autre moitié de Y.B.

Le 30 janvier 2006, les propriétaires des lieux ont conclu un bail commercial avec la SPRL L.S.⁽⁴⁾, bail prenant effet au 1er janvier 2004. Le loyer mensuel est fixé à 500 EUR pour le bâtiment proprement dit, plus 250 EUR pour le parking.

Au printemps 2008, la SPRL L.S. a fait l’objet d’un contrôle TVA qui a mis à jour d’importantes infractions commises depuis le début de l’exploitation du dancing en 2003. Le 19 novembre 2008, la TVA a dressé un procès-verbal de régularisation portant sur une somme en principal de 165.343,83 EUR⁽⁵⁾. Elle a décerné une contrainte le 5 décembre 2008, rendue exécutoire le 9 décembre 2008 et signifiée à la société le 11 décembre 2008.

La SPRL L.S. n’a pas acté cette contrainte dans ses comptes annuels. Elle ne le sera que dans la situation provisoire arrêtée au 31 décembre 2012, annexée à l’aveu de cessation de paiement déposé au greffe du tribunal de commerce début 2013.

Le 12 janvier 2009⁽⁶⁾, la SPRL L.S. a introduit une procédure en opposition à contrainte devant le tribunal de première instance de Namur qui la débouterà par jugement du 18 avril 2012⁽⁷⁾.

Cette décision est définitive à défaut d’avoir été frappée d’appel après sa signification par l’ETAT BELGE le 14 septembre 2012⁽⁸⁾.

Le 31 janvier 2009, les bailleurs ont adressé à la SPRL L.S. une demande de majoration du loyer pour le porter à 2.500 EUR par mois, majoration qui a été acceptée par décision de “ses associés réunis en assemblée générale” qui ont désigné un mandataire *ad hoc* pour signer l’avenant au contrat⁽⁹⁾, lequel n’est pas produit.

L’adaptation a pris effet au 1er janvier 2009.

1. Pièce I W.

2. Libéré à concurrence d’un tiers, soit 6.200 EUR.

3. Y.B. démissionnera de son mandat le 10 mars 2008, mais réintègrera ses fonctions le 21 décembre 2009; pièces 6 et 3 W.

4. Pièce 38.1 W.

5. Pièce 19 W.

6. Pièce 4 W.

7. Pièce 4 W.

8. Pièce 4 W.

9. Pièces 38.2 et 38.3 W.

Le 30 janvier 2013, le tribunal de commerce de Dinant a prononcé la faillite de la SPRL L.S. et a désigné maître R.W. en qualité de curateur.

Le 14 mars 2013, les bailleurs ont mis le curateur en demeure de leur faire connaître dans la quinzaine ses intentions sur la poursuite du bail ou la libération des lieux loués⁽¹⁰⁾.

Le 31 mars 2013, le fonds de commerce et le droit au bail ont été cédés à D.L. pour le prix de 6.000 EUR. S.D. déclare s'être portée caution des engagements souscrits par le précité relativement au bail⁽¹¹⁾.

La convention de cession précise que la question de la validité de l'augmentation de loyer doit être tranchée en justice.

Le 17 avril 2013, la cession du fonds de commerce et du bail a été notifiée aux bailleurs qui s'y sont opposés.

Le 16 mai 2013, le curateur a cité les bailleurs en validation de la cession du bail devant le juge de paix de Florennes-Walcourt qui n'a pas encore statué sur cette demande.

Le 7 juin 2013, le curateur a lancé citation contre les appelants devant le tribunal de commerce de Dinant.

Il a sollicité leur condamnation :

- sur pied des articles 332 du Code des sociétés et 1382 du Code civil au comblement du passif à concurrence d'un montant provisionnel de 100.000 EUR;
- aux frais de corrections des bilans depuis l'exercice fiscal 2009 jusqu'à l'exercice fiscal 2013 afin de prendre en compte la dette TVA de 2008;
- à restituer les dividendes perçus en 2009 (15.000 EUR) et 2010 (141.176 EUR) octroyés en violation de l'article 320, paragraphe 1er, du Code des sociétés, ainsi que les loyers dans la mesure où ils excèdent les 500 EUR correspondant au montant initial;
- à produire différents documents sociaux et comptables.

Par lettre du 17 décembre 2013, l'Administration Générale de la Fiscalité a notifié au curateur l'existence d'indices de fraude fiscale dans le chef de la SPRL L.S. Celle-ci aurait participé depuis au moins

2009 à un système organisé de fraude mis en place par un de ses fournisseurs⁽¹²⁾ : *“Le dépouillement des informations que comportent ces documents et l'analyse de la comptabilité de l'intéressée a notamment mis en lumière l'existence d'un système organisé lui permettant de ne facturer à ses clients professionnels qu'une partie des livraisons réalisées. Selon les informations récoltées, votre nom apparaît dans la liste des clients ayant bénéficié de ce système pour l'année 2009”*. Le curateur écrit en termes de dernières conclusions d'appel que *“L'AFER de Philippeville investit pour l'instant et est venue prendre copie de toutes les pièces comptables en possession du concluant, disant attacher une attention particulière à ce dossier en fonction des montants supposés soustraits à l'impôt”*⁽¹³⁾.

Le 18 décembre 2013, D.L. et S.D. ont fait intervention volontaire dans la procédure pendante devant le tribunal de commerce⁽¹⁴⁾ après avoir fait de même devant le juge de paix de Florennes-Walcourt.

En termes de dernières conclusions d'instance⁽¹⁵⁾, le curateur réclamait :

1. la condamnation des consorts V. et B. au paiement d'une somme provisionnelle de 150.000 EUR en application de l'article 332 du Code des sociétés;
2. que ceux-ci soient invités à produire dans les trente jours à dater du prononcé du jugement les rapports de gestion mentionnés dans les procès-verbaux des assemblées générales;
3. leur condamnation aux frais de confection des bilans corrigés depuis l'exercice fiscal 2009 jusqu'à l'exercice fiscal 2013 et qui prennent en compte la dette TVA de 2008;
4. l'annulation de la décision d'augmenter les loyers à partir de janvier 2009 et qu'il soit dit que le loyer restera fixé dans les termes du bail initial;
5. leur condamnation en outre à restituer les dividendes perçus en 2009 et 2010 (15.000 EUR et 141.176 EUR) et les loyers perçus dans la mesure où ils excèdent la somme de 500 EUR, montant du loyer initial;
6. leur condamnation à produire le registre des délibérations du conseil de gérance, de l'assemblée générale, la justification des investissements opérés de 2003 jusqu'en 2012 dans les lieux loués avec une liste précise du tableau d'amortissement et des immobilisés;

10. Pièce 38.4 W.

11. Pièce 38.6 W.

12. Pièce 42 W.

13. Page 24, paragraphe 5.

14. Dossier d'instance, pièce 28.

15. Dossier d'instance, pièce 21.

7. leur condamnation à une astreinte de 100 EUR par jour à dater de la signification du jugement à l'intervenir faute d'avoir produit l'ensemble des pièces;
8. la désignation d'un réviseur d'entreprises avec mission d'examiner les comptes, bilans, pièces comptables de la société depuis 2003;
 1. dire si les prélèvements irréguliers ont été opérés par les associés-gérants;
 2. vérifier le montant des investissements qu'ils auraient réalisés dans les lieux depuis le début du bail après avoir reçu les pièces justificatives;
9. qu'il soit réservé à statuer sur le surplus de la demande.

Les consorts V. et B. concluaient à l'irrecevabilité de la demande ou, à tout le moins, à son non-fondement⁽¹⁶⁾.

Quant aux intervenants volontaires, D.L. et S.D., le premier demandait que l'augmentation du loyer soit déclarée nulle en tout cas inopposable à son égard en sa qualité de cessionnaire du bail et les deux que le jugement à intervenir leur soit commun et opposable⁽¹⁷⁾.

Les premiers juges ont d'abord dû régler un incident de procédure concernant une éventuelle opposition d'intérêts dans le chef du curateur, qui aurait justifié la désignation d'un curateur *ad hoc*. Ils ont considéré qu'il n'y avait pas lieu à faire droit à cette demande en l'absence d'une éventuelle apparence de partialité dans le chef du curateur envers les consorts V. et B.

Ils ont fait droit à la demande du curateur en requalifiant toutefois sa demande d'annulation de l'augmentation de loyer.

Ils ont condamné solidairement les consorts V. et B. au paiement d'une somme provisionnelle de 289.560,83 EUR correspondant au passif alors admis à la faillite, "à valoir sur un dommage estimé à plus de 300.000 EUR"⁽¹⁸⁾. Ils ont désigné P.G., expert-comptable, afin de procéder à la rectification du bilan de la SPRL L.S. au jour de la faillite aux frais des consorts V. et B. pour qu'il soit déposé après approbation par le curateur au dossier de la faillite (article 54, alinéa 2, loi du 8 août 1997 sur les faillites, ci-après en abrégé LF).

Ils ont réservé à statuer sur le surplus et en particulier sur la demande relative à l'augmentation du loyer dès lors que F.D.W., copropriétaire des lieux loués à la SPRL L.S., n'était pas présente à la cause et n'avait pas pu faire valoir son point de vue.

Le 8 avril 2014, le curateur a cité en intervention forcée F.D.W. afin que la demande en annulation de l'augmentation des loyers lui soit opposable⁽¹⁹⁾.

Le 14 avril 2014, le curateur a fait signifier le jugement *a quo*.

Les appelants ont déposé leur requête d'appel le 14 mai 2014.

F.D.W. y apparaît en qualité d'intimée en déclaration de jugement commun et opposable.

Dans leurs conclusions ultérieures, les consorts V. et B., ainsi que F.D.W. sont repris tous les trois en qualité d'appelants.

Les appelants et F.D.W. postulent en premier lieu l'écartement du rapport complémentaire de l'expert du 12 février 2015.

Pour le surplus, ils concluent à l'irrecevabilité des demandes originaires et appels incidents du curateur et des consorts L. et D. et par conséquent à la réformation de la décision entreprise, les précités devant être déboutés de toutes leurs prétentions. Ils liquident leurs dépens envers l'appelant à la somme de 15.610 EUR, outre les frais d'expertise qui sont réservés. Subsidiairement, ils sollicitent que leur condamnation au comblement du passif social de la SPRL L.S. soit limitée à la somme de 157.633,28 EUR, le curateur devant être débouté du surplus de ses prétentions et condamné aux frais et dépens de l'instance d'appel, soit 7.910 EUR. En toute hypothèse, ils demandent que les dépens du curateur et des consorts L. et D. leur soient délaissés⁽²⁰⁾.

Le curateur sollicite la confirmation du jugement *a quo* "en toutes ses dispositions" et au terme de ce qu'il qualifie d'appel incident, demande que la décision d'augmenter le loyer dû par la SPRL L.S. en janvier 2009 soit déclarée inopposable, sur pied de l'article 20 LF, celui-ci devant être fixé "dans les termes du contrat initial". Il postule la condamnation des appelants aux dépens liquidés à la somme de 10.000 EUR.

16. Dossier d'instance, pièce 30.

17. Dossier d'instance, pièce 28.

18. Jugement, feuillet 761, dernier paragraphe.

19. Dossier d'instance, pièce 46.

20. Leurs conclusions, page 31, dernier paragraphe.

Les consorts L. et D. concluent dans le même sens que le curateur - hormis en ce qu'ils soutiennent que l'appel des consorts V. et B. serait irrecevable - et postulent leur condamnation aux dépens des deux instances liquidés à la somme de 6.600 EUR.

Discussion

Procédure

Dès lors qu'aucun lien d'instance n'existait entre F.D.W. et les autres parties à la cause lorsque le jugement entrepris a été rendu, celle-ci ne peut avoir été intimée par les consorts V. et B., ni revendiquer la qualité d'appelante. A tout le moins, F.D.W. a la qualité d'intervenante volontaire, son intervention s'étant concrétisée par le dépôt des premières conclusions d'appel prises en son nom, le 31 décembre 2014.

Recevabilité de l'appel des consorts V. et B.

En termes de dispositif, les consorts L. et D. concluent à l'irrecevabilité de l'appel, mais ne développent aucun moyen à l'appui de ce grief.

Il ne ressort pas des pièces auxquelles la cour peut avoir égard qu'il existerait une cause d'irrecevabilité de l'appel des consorts V. et B.

Le jugement *a quo* a été signifié le 14 avril 2014 et la requête d'appel a été reçue au greffe le 14 mai 2014, dans le délai d'un mois prescrit par l'article 1051 du Code Judiciaire.

Ce grief est non fondé.

Recevabilité de l'action du curateur et des consorts L. et D.

Bien que dans le corps de leurs conclusions les appelants et F.D.W. envisagent indistinctement la recevabilité des demandes originaires et des "appels incidents" du curateur et des consorts L. et D.⁽²¹⁾, c'est bien la recevabilité de l'action originaire du curateur et de l'intervention des consorts L. et D. qui est contestée⁽²²⁾.

Les appelants soutiennent que le curateur n'a signé le procès-verbal le désignant en cette qualité que le 30 août 2013⁽²³⁾, soit postérieurement à la citation du 7 juin 2013. Il n'aurait donc pas qualité pour agir, laquelle doit être constatée au moment de l'introduction de l'action.

Le curateur leur oppose valablement le fait que ce procès-verbal a été signé le 6 février 2013, ainsi qu'il ressort de l'inventaire du dossier de la faillite, pièce 4, "*PV désign*"⁽²⁴⁾. Pour une raison encore inexpliquée, ce procès-verbal a disparu, d'où la radiation de sa mention dans ledit inventaire et le fait que le curateur ait signé ultérieurement un second procès-verbal de désignation le 30 août 2013, après avoir été interpellé à cet égard par l'ancien conseil des appelants. Il importe peu de savoir dans quelles circonstances le premier procès-verbal a disparu. Il suffit de constater qu'il a existé avant l'intentement de l'action, ainsi que cela ressort à suffisance de droit de la mention figurant à l'inventaire du dossier de la faillite.

Les appelants affirment que le premier procès-verbal aurait concerné une autre faillite, de même que la pièce 5 dudit dossier, mais n'apportent aucun élément corroborant cette allégation alors que la charge de cette preuve leur incombe (article 870 Code judiciaire).

Au contraire, malgré les insinuations de leur conseil dans un courrier adressé au greffier en chef du tribunal de commerce de Dinant le 12 février 2015 et dont les termes méritent d'être reproduits : "*Il nous semble donc que les deux inscriptions biffes sont en réalité des mentions erronées, les pièces auxquelles elles se rapportent concernant vraisemblablement un autre dossier de faillite. Constatant l'erreur, le greffier instruisant les aura simplement raturées*"⁽²⁵⁾, ce dernier leur a répondu le 16 février 2015 : "*Je confirme qu'à une date située entre le 06/02/2013 et le 15/05/2013, les pièces inventoriées sous 4 et 5 ont été biffées suite à la constatation que ces pièces ne figuraient pas au dossier. Je ne peux affirmer qu'il s'agissait de pièces d'une autre faillite et, de même qu'elles avaient bien été reçues. La seule certitude c'est, déjà écrit ci-dessus, qu'à une date indéterminée, il a été constaté que ces pièces n'étaient pas au dossier. Ce qui explique les biffures.*"⁽²⁶⁾.

21. Comp. page 31, n° 30 et page 32, n° 32 et 34.

22. Dispositif, page 60.

23. Pièce 51 W.

24. Pièce 52 W.

25. Pièce 13 de leur dossier déposé au greffe le 23 février 2015.

26. *Idem*, pièce 14.

L'action du curateur est recevable.

L'intervention volontaire des consorts L. et D. a deux objets. Elle vise d'abord à appuyer la demande du curateur en inopposabilité de l'augmentation du loyer consentie par la SPRL L.S. aux appelants et à F.D.W. et à déclarer la décision à intervenir commune et opposable.

Le sort de cette intervention qui se veut conservatoire suit celui de l'action du curateur qu'elle soutient (Bruxelles, 10 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1378) et est dès lors recevable.

Ensuite, cette intervention se veut également agressive comme le prétendent à juste titre les intervenants. Les appelants soutiennent que celle-ci serait irrecevable parce que le curateur serait à l'heure actuelle leur seul locataire, à défaut de validation de la cession du bail par le magistrat cantonal (J.P. Anderlecht, (2^{ème} cant.), 2 janvier 1981, *J.J.P.P.*, 1982, p. 242), ce qui est exact.

Les intervenants, à tout le moins le premier, ne peuvent exercer l'action paulienne (article 1167 Code civil), dès lors qu'ils n'ont ni qualité ni intérêt propres puisque la cession du bail n'a pas encore été validée par le juge de paix du canton de Florennes-Walcourt.

Il ne peut être question comme le sollicitent les intervenants de "réserver à statuer sur la demande d'inopposabilité (...) de la hausse litigieuse"⁽²⁷⁾ du loyer dans l'attente de la validation éventuelle de la cession du bail par le magistrat cantonal, dès lors qu'ils ne contestent pas les propos des appelants selon lesquels ils ont également demandé au juge de paix "qu'il réserve son jugement jusqu'à ce que la cour de céans ait prononcé son propre arrêt"⁽²⁸⁾.

Ils ne peuvent non plus fonder leur demande sur l'article 20 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, car il a été jugé que seul le curateur a le monopole pour agir en inopposabilité des actes ou paiements faits en fraude des créanciers, l'action paulienne visant en l'espèce l'indemnisation d'un dommage collectif (Cass., 13 mars 2015, *J.T.*, p. 616).

Les intervenants sollicitent également la confirmation du jugement entrepris "en ce qu'il dit fondée à concurrence de près de 300.000 EUR la demande principale du curateur à l'encontre des appelants"⁽²⁹⁾.

Force est de constater qu'ils n'ont ici aussi ni qualité ni intérêt pour soutenir cette demande du curateur.

Contrairement à ce qu'ils indiquent en termes de conclusions, le curateur et les consorts L. et D. n'ont pas introduit d'appels incidents contre la décision entreprise. Il est seulement demandé à la cour de statuer, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, sur les chefs de demande que les premiers juges avaient réservés (article 1068, alinéa 1er Code judiciaire; Cass., 5 janvier 2006, *Pas.*, p. 34).

Fondement

L'action en comblement de passif

Le curateur avait initialement fondé son action en comblement de passif sur les articles 332 du Code des sociétés et 1382 du Code civil, puis en termes de dernières conclusions d'instance, sur le seul article 332.

L'article 332 du Code des sociétés dispose que :

"Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légale sou statutaires, en vue de délibérer et de statuer, le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts, de la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour. (...)

Lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation."

Les premiers juges ont fait application de cette disposition et ont fait droit à l'action du curateur.

A présent, celui-ci entend modifier le fondement juridique de sa demande en invoquant uniquement l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 1er, dudit Code qui énonce que :

"En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caracté-

27. Leurs dernières conclusions, page 40, paragraphe 1er.

28. Leurs dernières conclusions, page 42, paragraphe 1er.

29. Leurs dernières conclusions, page 48, paragraphe 4.

sée dans leur chef a contribué à la faillite, tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif."

Les appelants contestent ce changement, bien qu'ils reconnaissent avoir essentiellement fondé leur défense en instance sur l'article 265 précité⁽³⁰⁾.

"L'appel est traditionnellement défini comme la voie de recours ordinaire par laquelle la partie qui s'estime lésée par un jugement, en sollicite la réformation par la juridiction supérieure. Cette définition est trompeuse et incomplète. Elle donne à penser que l'appel est et n'est qu'une voie de réformation du premier jugement alors que, depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire, la juridiction saisie de l'appel est amenée à procéder à un réexamen complet du litige, déjà jugé, en tout ou en partie, par la juridiction du premier degré. Alors que sous l'empire du Code de procédure civile, les pouvoirs du juge d'appel étaient limités par ce qui avait été tranché au premier degré (*tantum devolutum quantum judicatum*), le Code judiciaire fait de l'appel une voie d'achèvement du litige principalement par la technique de l'effet dévolutif renforcé (article 1068, alinéa 1er, du Code judiciaire) et par la recevabilité, en degré d'appel, sous certaines conditions, des demandes incidentes (article 1042 du Code judiciaire renvoyant aux articles 807 et suivants du même Code)" (Closset-Marchal, G., "L'appel, voie d'achèvement du litige", *J.T.*, 2009, p. 78).

En l'espèce, il ne s'agit même pas d'accueillir une demande incidente du curateur et, sous réserve du respect des droits de la défense de la partie adverse, celui-ci est libre de modifier le fondement juridique de son action en comblement de passif.

Dès lors que dès leurs premières conclusions d'instance, les appelants ont choisi de se défendre sur pied de l'article 265 du Code des sociétés et, en particulier sur l'exception visée au paragraphe 1er, alinéa 2, de cette disposition, il peut difficilement être soutenu que leurs droits de la défense n'auraient pas été respectés⁽³¹⁾.

Les appelants affirment qu'en toute hypothèse, il ne peut être fait application de l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 1er, du Code des sociétés dès lors qu'ils

bénéficient de l'exception prévue à l'alinéa 2 de cet article en vertu duquel :

"L'alinéa 1er n'est toutefois pas applicable lorsque la société en faillite a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000,00 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000,00 EUR."

Ils se réfèrent aux comptes redressés par l'expert G.

"C'est aux gérants qu'il appartient d'établir que la SPRL qu'ils dirigent entre dans les conditions fixées par le 2ème alinéa de l'article 265, § 1er, C.soc. pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par le 1er alinéa, et non à la curatelle ou au créancier agissant d'établir le contraire. Sur le plan de la preuve en effet, et conformément au droit judiciaire, nous verrons ci-après que la curatelle ou le créancier demandeur doit prouver trois éléments pour fonder la responsabilité d'un dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif : la faillite, l'insuffisance d'actif et l'existence dans son chef d'une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite. Si ces trois éléments sont établis, la responsabilité du dirigeant peut être engagée, à moins qu'à son tour, ce dernier apporte la preuve que la SPRL dont il assume la gestion rencontre les critères cumulatifs définis ci-dessus ("petite SPRL")" (Delvaux, M.-A. et *alii*, *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Chap. VI, "La société privée à responsabilité limitée, Organes", Kluwer, 2013, p. 67).

"L'application de ces conditions suppose, toutefois, la tenue d'une comptabilité régulière.

Jugé que celui qui tient une fausse comptabilité se dénie le droit d'évoquer les limites chiffrées de l'article 133bis des L.C.S.C. à son profit (Comm. Bruxelles, 8 déc. 1981, J.C.B., 1982, p. 393; dans le même sens, Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, R.D.C., 1997, p. 643; J.D.S.C., 1999, p. 243, n° 98).

Jugé de même que l'alinéa 2 de l'article 133bis ne peut jouer s'il y a des opérations non comptabilisées dont l'ampleur dépasse le maximum de 25 millions (Bruxelles, 17 janv. 1984, Rev. prat. soc., 1986, p. 48; R.W., 1985-1986, col. 1359)." (Coipel, M., "Le comblement de passif en cas de faillite : règle générale.", *Rep. Not.*, T. XII, Le droit commercial et économique,

30. Leurs dernières conclusions d'appel, page 49, avant-dernier paragraphe.

31. Leurs conclusions d'instance du 1er octobre 2013, pages 7 et 8 : pièce 16 du dossier de procédure d'instance et les conclusions du 2 décembre 2013 du curateur, page 13 : pièce 21 du dossier de procédure d'instance).

Liv. 4, Les sociétés privées à responsabilité limitée, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2)⁽³²⁾.

Seule la comptabilité régulièrement tenue est admise à faire preuve, non seulement à l'encontre de l'entreprise qui la tient, mais également à son profit.

Il est rappelé que l'article 13 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises a donné mission à la Commission des Normes Comptables (en abrégé, ci-après CNC), notamment de "formuler les principes d'une comptabilité régulière, par la voie d'avis ou de recommandations."

Les principes d'une comptabilité régulière ont été précisés par la CNC dans son avis 174-1, rendu sous l'empire de la loi du 17 juillet 1975, qui restent pleinement d'actualité malgré son abrogation et l'insertion de ses dispositions aux articles III.82 et suivants du Code de droit économique.

Elle a ainsi rappelé que

- "la loi poursuit un objectif d'intérêt général lié au bon fonctionnement des entreprises, sous l'angle du suivi administratif et comptable de leurs opérations et de leur situation et aux intérêts des tiers qui sont en relation avec ces entreprises";
- "La comptabilité d'une entreprise a pour objet d'y faire apparaître ses opérations et activités ainsi que, par voie de synthèse, la situation de son patrimoine et ses résultats.";
- "Ceci implique tout d'abord et de manière fondamentale que la comptabilité corresponde à la réalité de l'entreprise et que les écritures qui y sont enregistrées traduisent l'ensemble des opérations et des faits que la comptabilité est appelée à enregistrer et que ces écritures correspondent à la réalité des opérations qu'elles traduisent.";
- "Pour être régulière, une comptabilité doit être vérifiable. Ceci suppose que les données et états résultant du traitement de l'information comptable puissent toujours être vérifiés *a posteriori*. Ceci implique non seulement que chaque opération puisse être suivie de son origine à son dénouement, mais également qu'au départ des états de synthèse il soit possible de remonter aux écritures de base et aux documents justificatifs.";
- "Le principe du caractère complet de la comptabilité et de l'inventaire implique que toutes les opérations et tous les faits à enregistrer dans la comptabilité générale y soient mentionnés et que tous les éléments de patrimoine constituant un actif ou un passif, un droit ou un engagement à enregistrer dans l'inventaire y soient portés.";
- "devra en tout cas être saisie par la comptabilité, toute opération qui influence le montant d'une rubrique des comptes annuels (bilan, compte de résultats ou donnée comptable reprise dans l'annexe, ou un compte prévu par le plan comptable minimum normalisé). Ces opérations doivent être enregistrées, alors même qu'individuellement elles n'affecteraient pas de manière significative le patrimoine. Ainsi, un achat ou une vente devra être comptabilisée, même s'il s'agit d'un achat ou d'une vente d'un montant peu élevé. Il en est de même pour les conséquences ou les effets d'un fait qui, en vertu de la réglementation, doivent être actés dans les comptes, par exemple, une moins value sur un élément de l'actif.";
- "Pour les opérations et éléments qui ne seraient pas visés expressément et de manière spécifique par la réglementation comptable, il y a lieu de se référer, par application du principe d'image fidèle, à leur signification et à leur importance concrète pour l'entreprise en cause.";
- "En ce qui concerne une période déterminée, le principe du caractère complet de la comptabilité doit être mis en relation avec le moment auquel l'opération doit être comptabilisée et avec le rattachement correct de celle-ci à la période à laquelle elle est afférente.";
- "la loi requiert l'inscription des opérations :
 - sans retard;
 - de manière fidèle;
 - par ordre de dates;
 - dans un journal;
 - et de manière complète.";
- "pour qu'une comptabilité puisse être considérée comme régulière, il importe que l'enregistrement comptable des opérations intervienne rapidement après leur conclusion ou après que l'entreprise ait eu connaissance du fait comptable en cause."

Concernant les comptes annuels, la CNC mentionne quant à leur caractère irréversible que "Le législateur proscrit que des éléments de l'inventaire ou des comptes annuels soient, après coup, omis ou modifiés, ou que des ajouts y soient apportés, sans que cette modification n'apparaisse clairement."

En guise de conclusion, elle indique qu' "il y a lieu de souligner que la régularité de la comptabilité et, dès lors, sa valeur probante résultent de la convergence et de la cohérence d'ensemble, au sein desquelles chacun des éléments joue un rôle mais n'est jamais suffisant à lui seul.

32. Voir également : Liège, 30 avril 2007 (7ème ch.), *J.L.M.B.*, 2009/16, p. 728; Delvaux, M.-A., "La charge de la preuve des conditions pour bénéficier de l'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites S.P.R.L.", obs. Sous Comm. Courtrai, 5 mars 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 551, p. 221; Liège, 1er mars 2012 (14ème ch.); arrêt n° F-20120301-15 (2011/RG/259).

Ce n'est, dès lors, que par leur cohérence, par le respect de l'ensemble de ces règles et par les contrôles internes et externes (matériels et humains) mis en œuvre aux différents niveaux et aux différents stades, que la régularité de la comptabilité sera établie et opposable."

En l'espèce, il échet de relever que dans le jugement du 18 avril 2012⁽³³⁾ statuant sur l'opposition de la SPRL L.S. à la contrainte qui lui a été décernée le 5 décembre 2008 par le 1er Bureau de Recette de la TVA de Namur, il est notamment indiqué, qu'à l'occasion du contrôle effectué par les agents de l'AFER portant initialement sur la période du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2006, il a été constaté que :

- *"l'inventaire au 31 décembre 2005 était valorisé mais non quantifié et le comptable de la demanderesse a vainement essayé de le quantifier";*
- *"les comptes internes (schéma abrégé) annexés par la demanderesse à ses déclarations à l'impôt des sociétés exercices d'imposition 2006 et 2007, revenus de 2005 et 2006, renseignaient certains montants qualifiés "achats sans marge", qui auraient correspondu selon la demanderesse aux prix d'achat de "marchandises offertes gratuitement" (...) Ces "marchandises offertes gratuitement" étaient reprises sur les souches émises par la caisse enregistreuse mais ces souches, conservées en annexe du journal des recettes, étaient souvent non datées. La demanderesse attribuait ces absences de dates à un problème informatique (...);*
- *"le compte 617300 "Perte et vol" du compte de résultats renseigne le prix d'achat de marchandises considérées comme non vendues, provenant de casses ou de vols selon les dires de la demanderesse. Ses représentants ont toutefois reconnu que les prélèvements de marchandises étaient assimilés à des pertes et que les montants figurant à ce compte 617300 étaient des montants forfaitaires";*
- *"pour les opérations à l'entrée, il y avait des déductions reposant sur des factures non conformes".*

"Ce contrôle a également permis de constater que, selon les dires de la demanderesse, le journal des recettes de la nuit du samedi au dimanche n'était complété que le mardi ou mercredi suivant, après vérification des comptes.

Lors de la visite des agents de l'AFER du 6 juin 2008, les agents contrôleurs ont encore constaté que :

1. *Un cahier neuf, différent de celui communiqué le 9 mai 2008, était présenté comme livre d'inventaire :*

il mentionnait cette fois les valeurs des stocks de marchandises aux 31/12/2004, 31/12/2005 et 31/12/2006 (mais pas la valeur au 31/12/2007).

2. *Les boissons offertes gratuitement durant les années 2005 et 2006 étaient reprises en prix de vente sur les relevés annuels imprimés la veille (5 juin 2008) par la caisse enregistreuse après intervention d'un informaticien. Les représentants de la demanderesse ont déclaré que les montants renseignés sur ces relevés représentaient la différence entre la recette totale (total des "tickets Z") et les versements sur le compte banque, après déduction des paiements en espèces."*

Compte tenu de ces constats, l'AFER a cru pouvoir y déceler des indices de fraude fiscale lui ouvrant le droit d'étendre ses investigations, conformément à l'article 81 bis, § 1er, alinéa 2, de Code de la TVA. Après notification à la SPRL L.S. de ses constats et intentions selon l'article 84ter dudit Code, l'AFER a pu redresser également les comptes des années 2003 et 2004.

L'AFER a ainsi pu considérer que pour la période du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2006, les gérants de la SPRL L.S. avaient celés des recettes pour une somme totale de 644.016,70 EUR et avait éludé la TVA pour un montant de 163.012,29 EUR.

Ce n'est que pour l'année 2007 que la régularisation a été limitée à l'application aux "softs" du taux de TVA de 21 % au lieu du taux de 6 %.

Il est exact que ces constats concernent les années 2003 à 2007 qui ne sont pas celles visées par l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 2, du Code des sociétés puisque selon cette disposition, ce sont les chiffres d'affaires des trois années précédant la faillite et le total du bilan de l'année précédente qui doivent être examinés. Cependant, ils sont révélateurs de manquements graves dans la tenue des comptes de la SPRL L.S. qui pourraient avoir perduré au-delà de la période contrôlée.

Ainsi, le 17 décembre 2013, l'Administration Générale de la Fiscalité a notifié au curateur l'existence d'indices de fraude fiscale dans le chef de la SPRL L.S. qui aurait participé depuis au moins 2009 à un système organisé de fraude mis en place par un de ses fournisseurs⁽³⁴⁾ : *"Le dépouillement des informations que comportent ces documents et l'analyse de la comptabilité de l'intéressée a notamment mis en lumière l'existence d'un système organisé lui permettant de ne facturer à ses clients professionnels qu'une partie des livraisons réalisées. Selon les informations récoltées,*

33. Pièce 4 W.

34. Pièce 42 W.

votre nom apparaît dans la liste des clients ayant bénéficié de ce système pour l'année 2009”.

Dans son rapport préliminaire du 24 octobre 2014⁽³⁵⁾, page 40, l'expert indique :

“Dans notre courrier du 18 août 2014 transmis aux parties et au Président du tribunal de commerce de Dinant⁽³⁶⁾, nous avons écrit que :

“Faisant suite à nos différents courriers, j'ai obtenu une réponse de M.R.E., gestionnaire du dossier pour l'Administration Générale de la Fiscalité, Fiscalité des Entreprises et des Revenus, Centre de Contrôle de Philippeville - Section 4, en ce qui concerne le courrier qui met en exergue des indices des fraude fiscale qui ont été constatés dans le chef de la société L.S. (Problématique du fournisseur TASTEVIN).

Je joins en annexe ladite réponse.

Vous constaterez que l'administration fiscale se trouve, en termes de procédure, dans l'impossibilité de nous transmettre les informations.”

Nous avons clôturé notre courrier en précisant qu'il nous semblait raisonnable de débiter l'expertise avec l'ensemble des éléments en notre possession le 22 septembre prochain en émettant des réserves quant à la problématique “TASTEVIN” soit l'exercice social 2009.”

La cour n'étant pas informée des suites qui ont été réservées à ce nouveau contrôle de l'administration fiscale et sur l'existence ou non d'une fraude avérée dans le chef de la SPRL L.S. au cours des années 2009 et suivantes, il ne peut être tiré aucune conclusion à cet égard.

A tout le moins, il importe de relever d'emblée que l'absence de toute prise en compte de la contrainte décernée par l'administration de la TVA en décembre 2008 fausse irrémédiablement les bilans de la SPRL L.S. pour les années subséquentes et a notamment eu pour conséquence l'octroi d'importants dividendes aux associés en 2009 (15.000 EUR sur l'exercice social 2008) et 2010 (141.176 EUR sur l'exercice social 2009), en violation flagrante des dispositions prévues à l'article 320, paragraphe 1er, du Code des sociétés.

Les appelants ne peuvent être suivis lorsqu'ils prétendent qu'ils n'étaient pas tenus de constituer, à tout le moins, une provision pour risques et charges lorsque la contrainte a été décernée par l'administration de la TVA. Il est renvoyé à cet égard aux commentaires de l'expert GONAY figurant en pages 34 et 35 de son rapport préliminaire du 24 octobre 2014⁽³⁷⁾ et à sa conclusion : *“La charge était connue le 11 décembre 2008, et donc, une provision devait être actée durant l'exercice comptable 2008”*⁽³⁸⁾, ainsi qu'aux motifs du jugement entrepris⁽³⁹⁾ étayés par les avis de la CNC, motifs que la cour s'approprie et fait siens et que n'énervent en rien les moyens développés en appel par les consorts V. et B.

Ensuite, il est acquis que la SPRL L.S. a établi deux bilans différents pour l'exercice comptable 2011, le premier déposé le 11 septembre 2012 et le second le 21 janvier 2013, soit quelques jours à peine avant le prononcé de la faillite.

Selon l'ancien conseil des appelants, *“Il n'y a pas eu procès-verbal actant la rectification, mais celle-ci a procédé d'une discussion avec le comptable, Monsieur L.; la rectification bilantaire est intervenue en plein accord avec Messieurs V. et B.”* (son courrier au curateur du 13 juin 2013, page 2)⁽⁴⁰⁾.

Or, une fois que les comptes annuels sont approuvés, en principe ils ne peuvent plus être modifiés par après (voir not. : Van Ryn, *Principes de droit commercial*, Bruxelles Bruylant, 1954, I, 469-470, n° 774; Van Ommeslaghe, P., “Le droit et la comptabilité : réflexions sur les effets juridiques du compte”, *J.D.F.*, 1977, 334-335, n° 13), sauf s'ils contiennent des erreurs matérielles, de fait ou de droit. La rectification ne peut toutefois remettre en cause les droits acquis de bonne foi. Elle ne peut non plus porter sur des décisions de gestion proprement dites. “Selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, les décisions exprimées dans les comptes annuels sont toujours définitives et irrévocables” (Avis CNC 2014/4, “Rectification des comptes annuels”, 23 avril 2014, p. 6, n° 4 et les réf. citées, www.cnc-cbn.be).

En outre, ainsi que le relève judicieusement le curateur, seul le premier bilan a pu être approuvé par l'assemblée générale du 27 juin 2012⁽⁴¹⁾.

35. Pièce 39 W, nous soulignons.

36. Dont, malheureusement, nous n'avons pas trouvé copie dans les annexes du rapport de l'expert ni dans les dossiers des parties.

37. Pièce 39 W.

38. *Idem*, page 35.

39. Jugement, feuillet 758, paragraphes 4 et 5.

40. Pièce 20 W.

41. Pièce 31 W.

Vu la nature et l'ampleur des rectifications opérées (*cf.* ci-dessous), les gérants auraient été bien inspirés en convoquant une assemblée générale afin d'approuver le nouveau bilan, obligation qui leur incombe selon l'article 92, paragraphe 1er, du Code des sociétés.

Quod non, il devrait à tout le moins exister un procès-verbal de l'organe de gestion motivant les rectifications apportées aux comptes approuvés par l'assemblée générale du 27 juin 2012. Or il est acquis qu'il n'y en a pas eu (*cf.* ci-dessus). En outre, ces rectifications auraient dû figurer "dans l'annexe des comptes annuels rectifiés, la nature et la méthode de rectification de l'erreur doivent être mentionnés. Dans le cas où l'erreur s'est produite au cours d'une des années précédentes, l'annexe des comptes annuels redressés doit mentionner l'information nécessaire sur la survenance et la nature de l'erreur et son effet sur les comptes annuels en question." (Avis CNC 2014/4, *op.cit.* p. 8, n° 18), ce qui n'est nullement établi.

En l'espèce, les rectifications ne sont pas mineures puisqu'elles portent sur :

- le poste capital social, qui apparaît dans le second bilan comme entièrement libéré et ce par le jeu d'une simple écriture comptable;
- le poste matériel roulant qui "est effectivement réduit de 24.000,00 EUR (...) : la SPRL L.S. avait souscrit deux contrats de leasing portant sur deux véhicules MERCEDES ML moyennant versement d'un acompte de 12.000,00 EUR pour chaque véhicule. L'un des deux véhicules a été sinistré le 28 février 2012 (dont indemnisation par la compagnie d'assurances) et l'autre a fait l'objet d'un rachat par Monsieur B., raison pour laquelle un acompte de 12.000,00 EUR a été porté au débit de son compte courant le 29 juin 2011 (...); par souci d'équité entre les deux cogérants, Monsieur V. a proposé que son compte courant soit également débité de ce montant alors même qu'il n'y avait pas de rachat puisque le second véhicule MERCEDES ML était en sinistre total."⁽⁴²⁾;
- "les fonds propres négatifs passent de 15.675 EUR dans la première version du bilan à 4.475 EUR dans la seconde"⁽⁴³⁾;
- "la première version des comptes (...) renseigne un poste "Autres dettes" pour 105.150 EUR; ceux dépo-

sés le 21 janvier 2013 réduisent ce montant à 57.950 EUR"⁽⁴⁴⁾;

- "Les comptes font apparaître des extournes d'actifs importantes dont la raison d'être, selon le comptable de la SPRL L.S., est de constater la perte de valeur d'acquisition (poste "Autres immobilisations corporelles") réalisée lors des premières années d'exploitation, mais devenue obsolète et sans valeur."⁽⁴⁵⁾
- selon ce dernier, "*Ces aménagements constituaient en un décor militaire (qui) s'est fortement dégradé pendant les cinq années qui se sont écoulées (...) une profonde rénovation des décors a eu lieu en 2009 pour un montant de 45.000 EUR et ces extournes auraient dû avoir lieu pendant cet exercice. L'autre post est représenté par du matériel de sonorisation pour un montant de 55.692 EUR acquis également en 2003-2004 (...) Un investissement conséquent de 18.000 EUR) a (...) eu lieu en 2007 ainsi que sur les années suivantes mais de moindre importance. Ces extournes auraient dû avoir lieu également plus tôt*"⁽⁴⁶⁾.

Le curateur relève encore que "Les tableaux d'amortissement fournis ne sont pas détaillés et ne reprennent pas le relevé des factures, année, numéro, nom du fournisseur, nature des travaux. Chaque ligne reprend globalement des investissements par nature et par année. Dans ces conditions, il est impossible de se faire une opinion sur la nature des dépenses."⁽⁴⁷⁾, mais également qu'"En 2011, la société a fait des acquisitions pour 20.360 EUR et a extourné des actifs pour 62.337,07 EUR. En 2012, la société n'a pas fait d'acquisitions mais a fait des extournes pour 326.010,01 EUR (...) Il est très étonnant qu'au même moment, tous les investissements (...) pour un total de près de 300.000 EUR soient "éliminés"."⁽⁴⁸⁾

Il ressort donc de l'ensemble de ces constatations que la comptabilité de la SPRL L.S. ne présente pas les caractéristiques d'une comptabilité régulière ne serait-ce que pour l'année 2011 et ne peut donc se voir reconnaître de valeur probatoire pour l'application de l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 2, du Code des sociétés.

La mission de l'expert GONAY était limitée à la rectification, au jour de la faillite, du bilan de la SPRL L.S. selon les constatations opérées par les premiers juges. Il n'entrait pas dans sa mission (selon l'article 54, alinéa 3, LF) de se substituer à l'administration fis-

42. Pièce 20 W, nous soulignons.

43. Dernières conclusions d'appel du curateur, page 9.

44. *Idem*, page 10.

45. *Idem*, page 10.

46. Pièce I-13 VB, nous soulignons.

47. Dernières conclusions d'appel du curateur, page 10, nous soulignons.

48. *Idem*, page 10.

cale et de relever les éventuels indices de fraude fiscale dans le chef de cette société, ni *a contrario* d'aprouver ou certifier les comptes de la société. Il est renvoyé à ce sujet à son rapport préliminaire du 24 octobre 2014, page 40, dont la teneur a été reproduite ci-dessus. L'expert n'a pu exécuter sa mission que sur la base des documents qui lui ont été confiés par le curateur et les appelants et n'a pas eu accès au dossier fiscal de la SPRL L.S.

En l'absence de tout pouvoir d'investigation, notamment vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec la société, il n'a pas pu vérifier si le chiffre d'affaires déclaré au cours des exercices 2010, 2011 et 2012 et le total du bilan au terme du dernier exercice étaient conformes à la réalité.

Les appelants ne peuvent dès lors invoquer ses conclusions pour tenter vainement de se prévaloir de l'exception prévue à l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 2, du Code des sociétés.

"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 gérant - actuel ou ancien - 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.

(...)

Pour que l'action en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite soit intentée avec succès contre les dirigeants des sociétés concernées, trois éléments doivent être réunis.

§ 1. Une faute grave et caractérisée

Il s'agit d'une faute impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir "nettement marquée", ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable : l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société (...)

On cite comme exemples :

(...)

- la poursuite irréfléchie d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif), ayant finalement conduit à une faillite où les actifs étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers,

- la poursuite d'une activité gravement déficitaire sans aucune chance de redressement,
- l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire durant deux années, l'acceptation que le nombre d'administrateurs prévu par la loi n'ait plus été atteint depuis plusieurs années et l'oubli de veiller à la tenue régulière des comptes,
- l'absence d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales relatives au capital minimum,
- l'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et étant à la source d'un non-respect des engagements envers les fournisseurs et les créanciers institutionnels,
- le fait - dûment établi - de se désintéresser de l'évolution des affaires.

§ 2. La faillite et l'insuffisance d'actif

Ce type d'action en responsabilité ne peut être intenté qu'en cas de faillite de la société et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales.

§ 3. La contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite

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.

Le demandeur est dispensé de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif dont le dirigeant fautif est présumé responsable. Le juge peut toutefois tempérer la condamnation.

Le juge est donc amené à exercer un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave qu'au niveau de son imputabilité distincte à chacun des administrateurs, en fonction du rôle joué et des obligations particulières pesant sur lui. En outre, selon quels critères, le juge va-t-il décider de l'ampleur de la condamnation des dirigeants ? La doctrine et la jurisprudence majoritaire estiment que le juge doit statuer en équité, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée. 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" (De Cordt, Y. et Delvaux, M.A., "La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier" in *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, La Charte - Business & Economics, 2007, n^{os} 20, 21, 22, 23, p. 30 et sv.).

La non-inscription dans les comptes de la SPRL L.S. de la contrainte décernée par la TVA fin 2008 consti-

tue une faute grave et caractérisée dès lors que cette absence de mention va à l'encontre des principes élémentaires de la comptabilité des entreprises rappelés par l'expert GONAY, par le jugement entrepris, ainsi que par la CNC. Il échet également de rappeler que cette contrainte a été établie principalement en raison de recettes celées pour presque 650.000 EUR en trois ans, selon le procès-verbal de régularisation du 19 novembre 2008.

A défaut de comptabilité régulière, les appelants se sont autorisés l'octroi de dividendes importants en 2009 et 2010, au mépris de l'article 320, paragraphe 1er, du Code des sociétés, alors que la société était en état virtuel de faillite. Ils ont agi au mépris des droits des tiers qui ont pu être abusés par des comptes qui ne reflétaient pas la situation réelle de la société.

Ils n'ont pas initié la procédure prévue à l'article 332 du Code des sociétés, alors que, dans le respect des normes comptables, les fonds propres auraient dû être largement négatifs au 31 décembre 2008.

La réinjection temporaire de fonds dans la société n'y change rien.

L'aveu de faillite début 2013, quelque temps après la signification du jugement ayant rejeté l'opposition à contrainte, est révélateur du lien entre la faute grave et caractérisée des appelants et la faillite de la SPRL L.S., dont le passif est essentiellement constitué par la créance de la TVA.

Eu égard aux circonstances de la cause telles que prédécrites, ainsi qu'au passif de la faillite et dès lors que les agissements des appelants ne peuvent être dissociés, il convient de les condamner solidairement au paiement de 285.000 EUR à titre définitif.

L'augmentation du loyer de la SPRL L.S.

Le 31 janvier 2009, soit quelque temps après la notification de la contrainte litigieuse, les appelants et F.D.W. ont informé la SPRL L.S. de leur intention d'augmenter le loyer pour le porter à 2.500 EUR par mois vu *“les nouveaux investissements réalisés par nous et ainsi que par la modicité du loyer initial fixé en raison de votre début d'activité.”*⁽⁴⁹⁾

Le 8 février 2009, la société a marqué son accord sur cette augmentation et *“Eu égard à la position d'intérêt entre notre société et les propriétaires, l'assemblée a désigné en qualité de mandataire ad hoc Mr & Mme S., aux fins de représenter notre société à la signature de l'avenant au bail commercial.”*⁽⁵⁰⁾ (sic), avenant qui n'est pas produit et dont on peut douter sérieusement de l'existence.

Le curateur sollicite que la cour prononce l'inopposabilité de l'augmentation de loyer consentie sur pied de l'article 20 LF qui dispose que :

“Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.”

Il s'agit de l'application particulière de l'action paulienne en matière de faillite (article 1167 Code civil; Lenaerts, A., *“L'action paulienne en matière de faillite : réparation d'un dommage collectif et monopole du curateur”*, *J.T.*, 2015, p. 605).

“Pour que l'article 20 soit applicable, il faut un préjudice éprouvé par les créanciers. Ce préjudice peut adopter plusieurs formes dont notamment la substitution d'actifs aisément décelables et saisissables par des actifs qui ne le sont pas”⁽⁵¹⁾. Le curateur doit prouver la fraude du débiteur. A cet égard, la cour de cassation a décidé qu'il suffisait que le curateur prouve que l'acte était anormal et que le débiteur a agi en sachant qu'il portait préjudice aux créanciers⁽⁵²⁾” (Verougstraete, I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, Edition 2010-2011, p. 455).

Le curateur fonde sa demande principalement sur les constatations de l'expert GONAY dans son rapport d'expertise comptable du 12 février 2015⁽⁵³⁾.

Les appelants postulent l'écartement de ce rapport au motif que l'expert GONAY n'avait pas pour mission de rendre un avis sur la question de l'augmentation du loyer, ce qui est exact.

En effet, celui-ci était uniquement chargé de *“procéder à la rectification, au jour de la faillite, du bilan de la SPRL L.S.”*⁽⁵⁴⁾.

49. Pièce 38.2 W.

50. Pièce 38.3 W.

51. Mons, 12 mars 1980, *Rev. Nol.*, 1981, p. 30.

52. Cass., 21 mars 1985, *R.W.*, 1985-1986, 2612.

53. Pièce 47 W.

54. Jugement, feuillet 762, paragraphe 1er.

Il n'en demeure pas moins que les arguments avancés par les appelants et F.D.W. pour justifier l'augmentation de loyer ne résistent pas à l'analyse.

Ceux-ci soutiennent que "cette augmentation a (...) pour unique objet de faire correspondre les loyers à la valeur locative réelle du bien"⁽⁵⁵⁾.

Ils se fondent sur un courrier du SPF Finances, Administration des douanes et accises, du 8 juillet 2003, par lequel l'inspecteur principale B. informe Y.B. que "*Suite à ma visite du 4/7/2003 (...) la valeur locative estimée pour le débit que vous comptez exploiter à Rosée (bunker) s'élève à 6,37 EUR par mètre carré de surface exploitée soit une taxe d'ouverture de 19,11 EUR par mètre carré de surface exploitée*"⁽⁵⁶⁾, soit, selon les appelants et F.D.W., "une valeur locative totale de 2.541,63 EUR"⁽⁵⁷⁾ (soit 399 m² pour la salle "*dancing*" x 6,37 EUR par m²).

Ce que ces derniers omettent dans leur raisonnement c'est que la taxe d'ouverture sur les débits de boissons fermentées⁽⁵⁸⁾ dont il est question dans le courrier du SPF Finances, est calculée sur une valeur locative annuelle et non mensuelle, conformément à l'article 9, paragraphe 1er, des "Dispositions légales concernant les débits de boissons fermentées, coordonnées le 3 avril 1953" qui dispose en effet que :

"La taxe d'ouverture est due par tout nouveau débiteur. Sans préjudice à l'article 15, elle est fixée à trois fois le montant de la valeur locative annuelle réelle ou présumée des locaux affectés au débit, à l'exclusion des locaux ou parties de locaux nettement séparées servant uniquement à l'habitation ou à d'autres usages".

C'est donc une valeur locative annuelle de 2.541,63 EUR qui a été évaluée par le fonctionnaire de l'Administration des douanes et accises, soit à peine 211,80 EUR par mois pour la partie "*dancing*", ce qui peut dès lors expliquer un loyer mensuel de 500 EUR pour l'ensemble du bâtiment, hors parking⁽⁵⁹⁾, sachant que "Le Bunker" est censé n'être ouvert que deux jours par semaine⁽⁶⁰⁾.

Le plan financier de la SPRL L.S.⁽⁶¹⁾ déposé par les appelants et F.D.W. confirme ce constat puisque s'il fallait s'en tenir à leur argumentation, une taxe d'ouverture devrait en principe y figurer pour la somme rondelette de 91.498,68 EUR, soit 19,11 EUR le m² x 399 m² x 12 mois. On la cherchera en vain dans ledit plan.

Celui-ci prévoit certes une augmentation du loyer après trois années d'exploitation, mais pour le porter de 750 EUR à 1.000 EUR et non à 2.500 EUR.

Les expertises produites par les appelants et F.D.W.⁽⁶²⁾ ne sont pas décisives dès lors qu'elles ont été établies à leur demande, *in tempore suspecto* (en mai 2015), que la première fait référence à des établissements difficilement comparables avec "Le Bunker" et que les deux "experts" n'ont même pas pu avoir accès aux locaux, ceux-ci étant entourés de barrières "Nadar" placées par D.L. et cadenassées entre elles⁽⁶³⁾.

Les appelants et F.D.W. invoquent la réalisation d'importants aménagements pour un budget prévisionnel de 135.000 EUR selon le plan financier de la société. Il s'agit donc d'investissements exposés par la locataire et non par les bailleurs qui, en principe, ne peuvent justifier une hausse du loyer.

Quant aux travaux qui auraient été exécutés par ceux-ci, force est de constater qu'ils ne sont nullement avérés par la production de quelques photos (dont certaines sont datées du 8 octobre 2009, soit postérieurement à la hausse du loyer)⁽⁶⁴⁾ et d'une partie seulement d'une convention de crédit à terme non datée⁽⁶⁵⁾.

Enfin, les appelants et F.D.W. ne manquent pas d'audace quand ils osent affirmer que "les concluant ont bien payé sur leurs fonds propres, au moyen d'un emprunt, la totalité des matériaux, dont les factures ont cependant été tracées au nom de la société afin de pouvoir déduire la TVA"⁽⁶⁶⁾.

Ils reconnaîtraient ainsi qu'ils n'ont pas hésité à commettre, à tout le moins, des infractions aux disposi-

55. Leurs dernières conclusions d'appel, page 51, antépénultième paragraphe, souligné dans le texte.

56. Pièce II-36 VB.

57. Leurs dernières conclusions d'appel, page 51, avant-dernier paragraphe.

58. Dont le taux a été ramené à zéro en Région Wallonne par Décret du 23 novembre 2006.

59. Voir le plan annexé au courrier du SPF Finances, pièce II-36 VB.

60. Plan financier, page I, pièce II-35 VB.

61. Pièce II-35 VB.

62. Pièces II-36bis et 36ter VB.

63. Photos annexées à la pièce II-36ter VB et dernières conclusions des consorts L. et D., note 2, page 9.

64. Pièces II-37 et II-38.

65. Pièce I-28 VB.

66. Leurs dernières conclusions, page 53, paragraphe 4.

tions relatives à la comptabilité des entreprises, au Code des impôts sur les revenus et au Code de la TVA, d'une part en intégrant dans la comptabilité de la SPRL L.S. des charges que celle-ci n'aurait pas exposées et d'autre part en portant en déduction des taxes qu'elle n'aurait pas supportées.

Le préjudice subi par les créanciers à la faillite est évident puisqu'en portant le loyer de 750 EUR à 2.500 EUR, les appelants et F.D.W. ont détourné un part des revenus de la SPRL L.S. qui aurait dû être affectée à l'apurement de leur créance et en particulier au paiement de celle de la TVA qui aurait dû être provisionnée dans les comptes de la société au 31 décembre 2008.

C'est dès lors à bon droit que le curateur demande que la hausse du loyer soit inopposable à la masse.

Dépens

Les appelants et F.D.W. succombent dans l'action diligentée par le curateur et doivent être condamnés envers lui aux dépens, en ce compris les indemnités de procédure d'appel dès lors que ce dernier n'a plus pu faire l'économie de l'assistance d'un conseil à ce stade de la procédure.

Il est rappelé que "l'article 10 de l'arrêté royal d'exécution de la loi sur les faillites⁽⁶⁷⁾ soumet le recours par le curateur aux services d'un tiers (notamment un avocat) à l'autorisation préalable du juge-commissaire⁽⁶⁸⁾. Ce contrôle a été instauré pour protéger les intérêts de la masse faillie en lui évitant des frais inutiles. Le curateur appartenant obligatoirement⁽⁶⁹⁾ aux membres du barreau, "l'assistance d'un avocat doit demeurer exceptionnelle et être justifiée par des circonstances particulières de la cause"⁽⁷⁰⁾. Le juge-commissaire aura notamment égard à la spécificité de la matière traitée (recours fiscal, procédure civile en cassation), du contentieux (procédure administrative, arbitrage international...), à la langue de la procédure ou encore à des objectifs d'économie et d'efficacité (par exemple demander à un avocat chargé d'un procès de le poursuivre)" (Laune, F., "Indemnité de procédure et mandataires de justice", *J.T.*, 2009, p. 550).

En l'espèce, cette autorisation a été délivrée par le juge-commissaire au curateur par ordonnance du

3 avril 2015 et se justifie vu le fait que ce dernier, comme il l'expose en termes de requête, "a déjà fait l'objet de deux requêtes en récusation, d'une plainte avec constitution de partie civile pour faux et doit encore faire l'objet de conclusions très agressives devant la Cour d'appel de Liège (...) a été insulté par la partie adverse et considère ne plus avoir la sérénité pour pouvoir plaider ce dossier devant la Cour d'appel de Liège."⁽⁷¹⁾

Il est dû une indemnité de procédure par lien d'instance (article 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 octobre 2007), soit en principe une indemnité de procédure à charge de J.-L.V., une autre à charge de Y.B. et une troisième à charge de F.D.W.

Le curateur réclame la somme de 10.000 EUR à charge des "appelants"⁽⁷²⁾ qu'il identifie dans ses derniers écrits de procédure comme étant les consorts V. et B. et F.D.W.⁽⁷³⁾

En ce qui concerne les deux premiers, "Lorsque l'action porte à la fois sur une demande qui n'est pas évaluable en argent et sur une demande évaluable en argent, il y a lieu de fixer l'indemnité de procédure sur la base de la demande pour laquelle l'indemnité la plus élevée légalement est due.", par référence à l'indemnité de procédure de base (Cass., 11 mai 2010, *Pas.*, p. 1471). La demande de condamnation au paiement de sommes étant comprise entre 250.000,01 EUR et 500.000 EUR, l'indemnité de procédure de base est de 7.700 EUR, soit un montant supérieur à l'indemnité de procédure de base pour une demande non évaluable en argent. Les consorts V. et B. sont donc en principe chacun redevables d'une indemnité de procédure de 7.700 EUR.

Pour F.D.W., celle-ci n'étant visée que par la demande en inopposabilité de l'augmentation de loyer qui est une demande non évaluable en argent, elle est en principe redevable de l'indemnité de procédure de base fixée à 1.320 EUR.

Il ne peut toutefois être alloué au curateur un montant supérieur à celui demandé (Cass., 18 septembre 2014, *Pas.*, p. 1902).

Celui-ci n'ayant apporté aucune précision quant au montant qu'il réclame et dès lors que "la condamnation aux dépens se divise de plein par tête, à moins

67. Arrêté royal du 10 août 1998 établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et frais de curateur.

68. Ernotte, M.-C., "Les frais et honoraires des curateurs", *R.D.C.*, 2005/3, p. 227.

69. Voy. article 27 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

70. Ernotte, M.-C., *op. cit.*, p. 227.

71. Pièce 50 RW.

72. Ses dernières conclusions, page 33, dernier paragraphe.

73. *Idem*, page I.

que le jugement n'en ait disposé autrement (et qu') Elle est prononcée solidairement si la condamnation principale emporte elle-même solidarité" (article 1020 Code judiciaire), il y a lieu de condamner solidairement les consorts V. et B. au paiement des indemnités de procédure d'appel liquidées à la somme de 8.680 EUR et F.D.W. à l'indemnité de procédure d'appel liquidée à la somme de 1.320 EUR.

Les consorts L. et D. échouant dans leur intervention agressive envers les appelants et F.D.W. doivent être condamnés aux dépens non liquidés par ces derniers.

Quant à leur intervention à titre conservatoire, en déclaration d'arrêt commun - qui tend uniquement à soutenir la demande en inopposabilité de l'augmentation du loyer formée par le curateur - elle ne leur ouvre pas le droit à l'octroi d'une indemnité de procédure dès lors qu'ils n'obtiennent pas "gain de cause" (Bruxelles, 3 mars 2010, *J.L.M.B.*, p. 1564; De Leval, G., *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2ème éd., 2005, p. 451; Pire, V., "Le nouveau droit de la répétibilité des frais et honoraires d'avocats (loi du 21 février 2010)", *R.G.A.R.*, 2010, p. 14659).

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit l'appel et l'intervention volontaire de F.D.W.;

Confirme le jugement entrepris sous la double émenation que :

- la condamnation solidaire de J.-L. V. et Y.B. est réduite à la somme de 285.000 EUR à titre définitif;
- l'intervention volontaire agressive de D.L. et S.D. est irrecevable;

Et, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel;

Ecarte des débats le rapport d'expertise comptable de l'expert GONAY du 12 février 2015;

Dit qu'en application de l'article 20 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites l'augmentation du loyer de la SPRL L.S. est inopposable à la masse;

Dit le présent arrêt commun et opposable à D.L. et S.D.;

Condamne solidairement J.-L. V. et Y.B. aux dépens liquidés pour René WALGRAFFE *qualitate qua* à la somme de 8.680 EUR correspondant aux indemnités de procédure d'appel;

Condamne F.D.W. aux dépens liquidés pour René WALGRAFFE *qualitate qua* à la somme de 1.320 EUR correspondant à l'indemnité de procédure d'appel;

[...]

Note

Inapplicabilité de l'exemption de responsabilité du gérant en cas d'irrégularité dans les comptes d'un exercice non visé par l'article 265, § 1er, alinéa 2 du Code des sociétés : lorsque le ver est dans le fruit...

1. Introduction

1. L'arrêt annoté est intéressant en ce qu'il constitue une nouvelle application de l'action en comblement de passif dans une affaire où la faute commise par les gérants d'une SPRL présente manifestement les caractéristiques requises par l'article 265 du Code des sociétés ("une faute grave et caractérisée"). Cet arrêt rendu le 25 février 2016 par la Cour d'appel de Liège confirme avec force détails, conformément à une jurisprudence maintenant bien établie, que l'absence ou l'irrégularité dans la tenue des comptes annuels constitue une faute grave et caractérisée justifiant, sous certaines conditions, de condamner personnellement et solidairement les gérants d'une SPRL en faillite au paiement des dettes sociales.

2. Les faits à l'origine de ce litige concernent des infractions fiscales et comptables graves commises par deux anciens gérants d'une société privée à responsabilité limitée dénommée "LS" (ci-après, la "SPRL LS"). Au terme d'un contrôle fiscal organisé au cours du printemps 2008, l'Administration Générale de la Fiscalité a relevé plusieurs infractions à la réglementation TVA commises par la SPRL LS depuis l'année 2003. L'administration TVA a dès lors dressé un procès-verbal de régularisation portant sur un montant principal de 165.343,83 EUR, puis elle a décerné une contrainte à la SPRL LS au mois de décembre 2008. Il apparaît cependant que les gérants n'ont pas pris soin d'acter immédiatement cette contrainte dans les

comptes annuels de la société, mais qu'ils ont attendu quatre ans pour l'inscrire dans une situation provisoire arrêtée au 31 décembre 2012, à savoir au cours d'une période qui a directement précédé la déclaration de faillite de la société, prononcée en janvier 2013 par le tribunal de commerce de Dinant.

A l'origine de la procédure en première instance, le curateur avait lancé citation contre les gérants pour solliciter, notamment aux termes de ses dernières conclusions d'instance, leur condamnation (i) au comblement du passif à concurrence d'un montant provisionnel de 150.000 EUR, (ii) aux frais de correction des bilans afin de prendre en compte la dette TVA de 2008, (iii) à la production de différents documents sociaux et comptables et (iv) à la restitution des dividendes perçus en 2009 (15.000 EUR) et en 2010 (141.176 EUR), distribués en violation de l'article 320, § 1er du Code des sociétés.

Parallèlement, l'Administration Générale de la Fiscalité avait notifié au curateur ses soupçons quant à l'existence d'indices de fraude fiscale dans le chef de la SPRL LS. Celle-ci aurait bénéficié durant plusieurs années d'un système organisé de fraude mis en place par un de ses fournisseurs lui permettant de ne facturer à ses clients professionnels (dont la SPRL LS faisait partie) qu'une partie des livraisons réalisées.

Aux termes du jugement *a quo*, les gérants (appelants) ont été condamnés au paiement d'une somme provisionnelle de 289.560,83 EUR correspondant au passif social admis à la faillite. Un expert-comptable a également été désigné afin de procéder à la rectification du bilan de la SPRL LS. Ce jugement *a quo* a fait droit à l'action du curateur formée en application de la procédure de sonnette d'alarme prévue par l'article 332 du Code des sociétés, qui impose la convocation d'une assemblée générale dans un délai de deux mois à partir du moment où, par suite de perte, l'actif net d'une société privée à responsabilité limitée est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social. Les gérants ont interjeté appel contre ce jugement le 14 mai 2014.

Au cours de l'instance d'appel, le curateur a modifié le fondement juridique de sa demande introduite initialement sur la base de l'article 332 du Code des sociétés. Les discussions entre les parties ont ainsi porté sur l'action en responsabilité personnelle des gérants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, prévue par l'article 265 du Code des sociétés. Cette modification du fondement juridique invoqué par le curateur a été jugée recevable par les

juges d'appel au motif que les appelants ont essentiellement fondé leur défense dans cette instance sur l'article 265 du Code des sociétés et, en particulier, sur son alinéa 2, de sorte que leurs droits de la défense ont ainsi pu être respectés.

3. Dans la présente note, nous rappelons d'abord quelques considérations générales relatives à l'action en comblement de passif prévue par l'article 265 du Code des sociétés (2.). Nous formulons ensuite plusieurs observations relatives à l'exclusion des petites SPRL de ce régime de responsabilité, en vertu de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. Ceci nous conduit à rappeler les principes relatifs à la tenue d'une comptabilité régulière (3.). Enfin, nous revenons brièvement sur les trois conditions d'application de ce régime de responsabilité des gérants pour faute grave et caractérisée en cas de faillite (4.).

2. L'action en responsabilité personnelle des gérants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite

4. D'inspiration française, l'action en comblement de passif existe en droit belge depuis la loi du 4 août 1978 dite de "réorientation économique"⁽¹⁾. Le Code des sociétés, en son article 265, § 1er, prévoit qu'*"en cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout gérant ou ancien gérant, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif"*.

5. L'ambition du législateur belge était de dissuader les comportements des personnes *"(...) qui laissent les sociétés dont ils sont les dirigeants de droit ou de fait, tomber en faillite sans conséquence dommageable aucune ni pour leur patrimoine personnel ni même pour la possibilité de recommencer leur commerce sous une autre façade"*. Aussi, il s'agissait, avant tout, en aggravant la responsabilité de ces dirigeants imprudents, de réparer le dommage subi par les tiers en appliquant une sanction patrimoniale forte. Le but poursuivi par la loi de 1978 était *"d'éliminer du circuit commercial ceux qui, comme administrateurs, gérants ou personnes ayant effectivement détenu ce pouvoir, ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de leur société"*⁽²⁾.

1. Loi du 4 août 1978 de réorientation économique, *M.B.*, 17 août 1978, p. 9106.

2. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, (1977-1978), n° 415-1, p. 47.

6. Cet instrument donne donc aux tiers lésés les moyens d'amputer la société à responsabilité limitée de deux de ses principaux attributs. Il relativise, d'une part, le principe de l'autonomie absolue du patrimoine social d'une société privée à responsabilité limitée et lève, d'autre part, l'immunité de principe conférée aux dirigeants de ces sociétés par la théorie de l'organe. L'application de cette disposition, qui institue une responsabilité légale de nature extracontractuelle⁽³⁾, est toutefois soumise au respect de certaines conditions que nous rappelons ci-dessous.

2.1. Champ d'application

7. *Qui peut introduire l'action en comblement de passif?* - Initialement, la loi dite de "réorientation économique" du 4 août 1978 prévoyait que seul le curateur pouvait introduire cette action. La loi lui reconnaissait, par conséquent, un monopole pour agir devant le tribunal de commerce en qualité de représentant de la masse faillie.

Depuis la loi du 4 septembre 2002⁽⁴⁾ ayant modifié l'article 265 du Code des sociétés, le législateur a étendu cette action à l'ensemble des créanciers lésés par la faillite de la société. Dans cette hypothèse, les créanciers lésés sont néanmoins tenus d'en informer le curateur pour lui permettre, soit d'intervenir volontairement à la cause, soit d'introduire une action séparée dans l'intérêt de la masse, afin de préserver l'égalité entre les créanciers⁽⁵⁾.

Il a cependant déjà été jugé que lorsque cette action est intentée par des créanciers, elle a un caractère subsidiaire par rapport à l'action du curateur, ce qui suppose que ce dernier soit resté inactif⁽⁶⁾.

Lorsque les créanciers lésés intentent une action propre, distincte de celle du curateur, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action que le curateur poursuivrait éventuellement dans l'intérêt de la masse. En consé-

quence, il est possible que le juge accorde la totalité de son dommage au créancier premier poursuivant, à l'exclusion des autres créanciers et du curateur⁽⁷⁾.

En l'espèce, dans l'arrêt faisant l'objet de la présente contribution, l'action intentée contre les gérants de la SPRL LS a été introduite par le curateur.

8. *Contre qui cette action peut-elle être introduite ?* - L'action en comblement de passif peut être formée (i) contre tout gérant qui serait encore en fonction au moment du jugement, mais également (ii) contre un ancien gérant, ainsi que (iii) contre un gérant de fait, c'est-à-dire contre "toute personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société"⁽⁸⁾. A cet égard, l'existence d'un lien de subordination issu d'un contrat de travail est un indice qui exclut en principe la gestion de fait⁽⁹⁾.

Il en résulte que les gérants ne peuvent se soustraire à leur responsabilité en excipant de la décharge votée en assemblée générale. Il s'agit en effet d'un droit que le législateur a spécifiquement attribué aux tiers⁽¹⁰⁾. Ceci s'explique également par le fait que la décharge conférée par l'assemblée générale ne lie pas les tiers.

Comme exposé ci-dessus, cette action peut être introduite contre plusieurs gérants, anciens gérants ou gérants de fait. Le cas échéant, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour les condamner, solidairement ou non. A cet égard, la doctrine considère que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour tenir compte, par exemple, de la répartition des tâches entre les dirigeants ou de l'incidence de leurs fautes respectives sur la faillite⁽¹¹⁾.

Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Liège, l'action introduite par le curateur visait les deux gérants de la SPRL LS en faillite. Au vu des manquements sérieux commis par ces derniers à l'égard de la contrainte fiscale décernée par l'administration fiscale, tels qu'évoqués ci-dessus, le curateur sollicitait leur condamnation personnelle et solidaire aux dettes sociales.

3. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, "Société anonyme", *Rép. Not.*, Tome XII, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 550.

4. Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

5. Y. DE CORDT et alii, *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 456.

6. Gand (7e ch.), 14 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012/1, p. 89.

7. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, "Société anonyme", *Rép. Not.*, Tome XII, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 551.

8. J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 155; P. COPPENS et F. T'KINT, "Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.*, 2005/3, p. 578; E. JANSSENS, "De aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement en het bijzondere geval van artikel 530 W. Venn.", *R.A.B.G.*, 2005/17, p. 1586.

9. J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 156.

10. Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 522 cité par Y. DE CORDT et alii, *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 455.

11. Y. DE CORDT et alii, *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 455; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, "Société anonyme", *Rép. Not.*, Tome XII, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 550; P. COPPENS et F. T'KINT, "Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.*, 2005/3, p. 580.

3. Inapplicabilité du régime de responsabilité aux gérants de “petites SPRL”

3.1. Exemption de responsabilité et *ratio legis*

9. Face à cette lourde responsabilité, le législateur, afin de “*ne pas décourager les nouveaux et surtout les jeunes qui entament une profession indépendante*” et de favoriser tout de même la création d’entreprise⁽¹²⁾, a mis en place un régime d’exemption de responsabilité des gérants de “petites SPRL” en cas de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

Aux termes de l’article 265, alinéa 2 du Code des sociétés, une SPRL est considérée comme étant de petite taille lorsque, d’une part, son chiffre d’affaires moyen, réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, est inférieur à 620.000 EUR HTVA et, d’autre part, le total de son bilan au terme du dernier exercice clôturé est inférieur à 370.000 EUR. Il s’agit de deux seuils comptables cumulatifs dont la charge de la preuve incombe au(x) gérant(s)⁽¹³⁾, ce que la Cour d’appel de Liège confirme dans l’arrêt annoté.

3.2. Condition d’application du régime d’exemption : l’existence d’une comptabilité probante et régulière permettant de vérifier le cumul des deux seuils comptables

10. Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine autorisée que, pour être applicable, l’exception prévue par l’alinéa second de l’article 265 du Code des sociétés suppose néanmoins (i) l’existence d’une comptabilité⁽¹⁴⁾ et (ii) la tenue de cette comptabilité de manière probante et régulière⁽¹⁵⁾. Cette condition ressort logiquement du texte de cette disposition légale. Les deux seuils comptables (moyenne des chiffre d’affaires et total du bilan) sont des données objectives qui doivent ressortir à suffisance de la comptabilité de la société.

11. Ainsi, d’une part, il est de jurisprudence constante qu’en l’absence de comptabilité ou en l’absence de production de tout document comptable, le gérant de

la société faillie ne peut bénéficier du régime d’exemption prévu par l’article 265, alinéa 2 du Code des sociétés⁽¹⁶⁾.

D’autre part, l’existence d’une comptabilité ne suffit pas, il convient que cette dernière soit régulièrement tenue.

12. A cet égard, dans l’arrêt annoté, la Cour d’appel de Liège rappelle, de façon détaillée et systématique, les principes relatifs à la tenue d’une comptabilité régulière tels que formulés par la CNC dans son avis 174-1 et qui ont ensuite été insérés aux articles III.82 et suivants du Code de droit économique. Suivant les principes applicables à toute entreprise, la Cour d’appel insiste sur les principes relatifs à l’image fidèle, complète et vérifiable des comptes sociaux⁽¹⁷⁾. Toute opération est ainsi comptabilisée sans retard et rattachée à la période à laquelle elle est afférente.

Dans le cas d’espèce examiné, les agents de l’administration de la fiscalité des entreprises et des revenus (“AFER”) ont conclu à l’existence d’indices de fraude fiscale dans le chef de la SPRL LS en raison du caractère irrégulier de la comptabilité tenue par celle-ci.

Les juges d’appel relèvent ainsi de nombreux manquements aux principes de comptabilité précités, suite au contrôle réalisé par l’AFER ayant permis de constater, notamment, (i) qu’un inventaire arrêté au 31 décembre 2005 n’était pas quantifié, (ii) que certains comptes internes étaient erronés et non datés, (iii) que certaines déductions reposaient sur des factures non conformes, (iv) que le journal des recettes était complété tardivement, (v) qu’un livre d’inventaire neuf et incomplet leur était remis après que la société eut déjà présenté un autre cahier antérieurement, etc.

13. Plus fondamentalement, l’arrêt commenté considère que les bilans de la SPRL LS sont irrémédiablement faussés en raison de l’absence de prise en considération de la contrainte décernée par l’administration de la TVA en décembre 2008, tant pour cet exercice que pour les exercices subséquents. Les

12. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, (1977-1978), n° 415-2, p. 153.

13. J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 266-267.

14. Par “comptabilité d’une entreprise”, la CNC précise qu’il convient d’entendre “*aussi bien la comptabilité complète, qui constitue le régime normal, que la comptabilité simplifiée admise pour les commerçants, personnes physiques, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple dont le chiffre d’affaires annuel ne dépasse pas le montant fixé par le Roi*”, voy. CNC, “Tenue des comptabilités”, *Annuaire CNC 2016*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 31, note 2.

15. Comm. Bruxelles, 8 décembre 1981, *J.C.B.*, 1982, p. 393; Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 643; Bruxelles, 17 janvier 1984, *R.P.S.*, 1986, p. 48; *R.W.*, 1985-1986, col. 1359; M. COIPEL, “Les sociétés privées à responsabilité limitée”, *Rép. Not.*, T. XII, Liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2; Liège, 30 avril 2007 (7e ch.), *J.L.M.B.*, 2009/16, p. 728; *R.D.C.*, 2008, p. 335; F. LEDAIN, “De l’intérêt d’avoir une comptabilité en ordre”, *Sem. Fisc.*, 2013/23, n° 97, p. 5.

16. Liège, 30 avril 2007 (7e ch.), *J.L.M.B.*, 2009/16, p. 728; Comm. Charleroi, 19 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 958.

17. CNC, “Tenue des comptabilités”, *Annuaire CNC 2016*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 32.

gérants de la SPRL LS étaient tenus de constituer une provision pour risques et charges lorsque la contrainte leur a été décernée.

En raison du caractère irrégulier des bilans, la Cour d'appel déclare que la distribution des dividendes aux associés en 2009 (15.000 EUR sur l'exercice social 2008) et en 2010 (141.176 EUR sur l'exercice social 2009) a été effectuée en violation des dispositions relatives aux bénéfices distribuables prévues par l'article 320, § 1er du Code des sociétés.

14. La liste des irrégularités comptables commises par la SPRL LS ne serait pas complète sans évoquer le non-respect du principe de l'irréversibilité des comptes annuels. Lorsqu'ils ont été approuvés par l'assemblée générale, les comptes sont en principe définitifs⁽¹⁸⁾ : ils ne peuvent plus être omis ou modifiés *a posteriori*, hormis pour corriger des erreurs matérielles, de fait ou de droit⁽¹⁹⁾.

La SPRL LS a manifestement fait fi de ce principe en établissant deux bilans différents pour l'exercice comptable 2011 en déposant, d'abord, une première version le 11 septembre 2012 et en déposant, ensuite, une seconde version le 21 janvier 2013, soit une dizaine de jours à peine avant que la faillite ne soit prononcée. Or, l'assemblée générale ordinaire chargée d'approuver les comptes s'étant tenue le 27 juin 2012, seul le premier bilan doit être retenu comme ayant été soumis au vote d'approbation des associés.

Pour faire foi, le second bilan, déposé en janvier 2013, aurait dû être soumis à l'approbation d'une assemblée générale extraordinaire, après que l'organe de gestion eut préalablement rédigé un procès-verbal motivant les rectifications apportées aux comptes approuvés par l'assemblée générale ordinaire du 27 juin 2012. Ces rectifications ainsi que la nature et la méthode de rectification de l'erreur concernée auraient dû être mentionnées dans l'annexe des comptes annuels⁽²⁰⁾.

15. Au terme de l'ensemble de ces constatations, la Cour d'appel observe que la comptabilité de la SPRL LS ne présente pas les caractéristiques d'une comptabilité régulière. A cet égard, elle estime qu'un seul exercice irrégulier (en l'espèce, les comptes de l'année 2011) est suffisant pour empêcher de reconnaître une valeur probatoire aux comptes annuels pris en

considération et, en conséquence, rejeter l'application de l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 2 du Code des sociétés.

16. Les magistrats notent qu'en l'espèce, les gérants ont effectué des rectifications dans les comptes annuels mais ils relèvent surtout que celles-ci "*ne sont pas mineures*", de sorte qu'ils en concluent que l'exception visée par l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés ne peut pas s'appliquer à la SPRL LS. Ceci donne à penser que la Cour aurait pu conclure à l'application de cette disposition en présence de modifications des comptes peu importantes, pour autant bien sûr que les seuils requis soient respectés. A suivre ce raisonnement, l'irrégularité ne devrait pas rendre inopérante l'exemption prévue par le second alinéa de l'article 265 du Code des sociétés, si elle résulte d'une simple erreur d'appréciation involontaire ou d'une erreur mineure non préjudiciable aux tiers.

3.3. Portée de la "Période de contrôle" des seuils comptables

17. Nous pensons que pour respecter la *ratio legis* de l'exemption de responsabilité, la période de contrôle du seuil comptable afférent au chiffre d'affaires réalisé par la SPRL concernée, tel que fixé par le second alinéa, doit être strictement respectée et interprétée. Il s'agit des trois derniers exercices comptables précédant la faillite de la SPRL.

Ainsi, si la SPRL concernée n'a pas accompli trois exercices comptables entiers depuis sa constitution et est déclarée en faillite, la doctrine majoritaire considère que le second alinéa de l'article 265 du Code des sociétés ne s'applique pas⁽²¹⁾. Dans ce cas, il faut donc s'en remettre aux dispositions de son alinéa premier et éviter toute anticipation ou projection/prévision du chiffre d'affaires et du total du bilan sur la base des résultats déjà réalisés par la SPRL⁽²²⁾, bien que l'on observe une tendance en sens contraire auprès de certaines juridictions commerciales⁽²³⁾. En tout état de cause, cette hypothèse est différente de celle examinée en l'espèce.

18. En effet, dans le cadre de l'examen de la réunion des conditions de l'exception prévue par l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés dans le chef de la SPRL

18. Avis CNC 2014/4 du 23 avril 2014, "Rectification des comptes annuels", p. 3 et 6, n° 8 et 14 et les réf. citées.

19. Avis CNC 2014/4 du 23 avril 2014, "Rectification des comptes annuels", p. 5.

20. Avis CNC 2014/4, "Rectification des comptes annuels", 23 avril 2014, p. 8, n° 18.

21. M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. Not.*, T. XII, Liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2.

22. M. COIPEL, "Le comblement de passif en cas de faillite : règle générale", *Rép. Not.*, T. XII, Liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2.

23. D. VAN GERVEN, "De uitsluiting van de verzwaarde aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout voor de zaakvoerder van de kleine BVBA", note sous Tribunal de commerce de Gand (division Courtrai), *RPS-TRV*, 2016/7, p. 1004-1010.

LS, la Cour d'appel de Liège se prête à un examen étonnant de la situation comptable de cette société et étend la portée de la période de contrôle considérée au-delà du critère du *“chiffre d'affaires réalisé par la société au cours des trois années précédant la faillite”*.

En effet, après avoir reconnu que les constats pris en considération *“concernent les années 2003 à 2007 qui ne sont pas celles visées par l'article 265, paragraphe 1er, alinéa 2 du Code des sociétés”*, les juges d'appel s'autorisent à remonter à une période de plus de trois ans avant la faillite qui, pour rappel, a été prononcée en l'espèce le 30 janvier 2013, au motif que ces constats *“sont révélateurs de manquements graves dans la tenue des comptes de la SPRL LS qui pourraient avoir perduré au-delà de la période contrôlée”*⁽²⁴⁾. En quelque sorte, les juges d'appel considèrent que les fautes commises par les gérants de la SPRL LS sont d'une telle nature que leurs effets s'étendent nécessairement jusqu'à la période de contrôle visée par l'article 265 du Code des sociétés (c'est-à-dire, “les trois exercices précédant la faillite”). Dans le cas d'espèce, les irrégularités comptables commises avant la période de contrôle sont telles que la Cour considère que celles-ci ont eu des conséquences sur la “cohérence” et la “convergence” de la comptabilité des trois exercices précédant la faillite de la SPRL LS.

Ceci constitue sans nul doute l'un des enseignements les plus marquants de cet arrêt.

4. Conditions d'application de l'article 265 du Code des sociétés

4.1. Faillite de la société et insuffisance de l'actif

19. Deux conditions préalables sont nécessaires pour intenter l'action en comblement de passif : d'une part, la société concernée doit avoir été déclarée en faillite et, d'autre part, l'actif de la faillite doit apparaître insuffisant pour répondre du passif, étant entendu qu'il s'agit d'une appréciation de principe dès lors

que le montant exact de cette insuffisance ne sera connu qu'à la clôture de la faillite⁽²⁵⁾. On considère que la condition relative à l'insuffisance d'actif est satisfaite lorsqu'il est manifestement inférieur au montant du passif, même s'il ne peut pas être déterminé avec certitude⁽²⁶⁾.

20. En dépit du large pouvoir d'appréciation dont le juge dispose dans le cadre de l'évaluation du dommage subi par les créanciers, il ne peut cependant pas condamner le gérant à supporter un montant supérieur à celui de l'insuffisance d'actif⁽²⁷⁾.

4.2. Faute grave et caractérisée

21. La notion de faute grave et caractérisée, sur laquelle l'arrêt annoté s'appuie, n'est pas définie par la loi. Elle est donc soumise à l'appréciation du juge⁽²⁸⁾. D'une manière générale, cette notion s'articule autour de plusieurs éléments constitutifs, à savoir : (i) une faute manifeste, incontestable et impardonnable au regard des normes essentielles de la vie en société, (ii) une faute qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, et (iii) une faute dont l'auteur était conscient ou devait être conscient qu'elle contribuerait à la faillite de la société. Cette notion s'apparente au dol ou à la faute intentionnelle, sans toutefois y être assimilée⁽²⁹⁾.

Ce faisant, seule une faute ayant un caractère exceptionnel ou manifestement déraisonnable justifie la mise en œuvre de l'action en comblement de passif, contrairement au régime de droit commun où une simple faute, même légère, suffit à engager la responsabilité des dirigeants (par exemple, une simple faute de gestion, la violation des statuts ou du Code des sociétés, une faute aquilienne)⁽³⁰⁾.

22. Les applications jurisprudentielles qui illustrent la notion de faute grave et caractérisée sont nombreuses⁽³¹⁾. On peut citer, entre autres, la tenue d'une comptabilité lacunaire et l'absence de comptabilité⁽³²⁾; des prélèvements massifs par un gérant sur les avoirs

24. Pour une interprétation des termes de l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés, voy. aussi Gand (7e ch. bis), 19 septembre 2011, *T.G.R.*, 2012/4, p. 277-280.

25. J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 157.

26. Gand (7e ch.), 6 novembre 2006, *D.A.O.R.*, 2007/82, p. 208.

27. Liège, 30 avril 2007, *R.D.C.*, 2008/4, p. 335-336.

28. T. LAUWERS, “Recente uitbreiding van de aansprakelijkheid van bestuurders van handelsvennootschappen op diverse vlakken”, *N.N.K.*, 2008/1, p. 32.

29. Voy. aussi P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, “Société anonyme”, *Rép. Not.*, Tome XII, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 553; P. COPPENS et F. T'KINT, “Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.*, 2005/3, p. 579-580.

30. J.-F. GOFFIN et G. DE SAUVAGE, *Le point sur le droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 158.

31. Voy. en ce sens : J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 272; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, Gent, Larcier, 2016, p. 721.

32. Liège, 30 avril 2007, *R.D.C.*, 2008/4, p. 335-336; Liège, 21 mai 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 349; Bruxelles (9e ch.), 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009/7, p. 305; Gand (7e ch.), 6 novembre 2006, *D.A.O.R.*, 2007/82, p. 208; Bruxelles (9e ch.), 22 mars 2005, *J.L.M.B.*, p. 341-346; Comm. Charleroi (4e ch.), 19 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/20, p. 958; Comm. Malines (6e ch.), 5 mars 2009, *T.R.V.*, 2010/1, p. 71-76; Comm. Liège, 26 juin 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 224, note M. DELVAUX.

sociaux; le non-paiement des charges fiscales et sociales (art. 265, § 1er, al. 4 et § 2, al. 4 C.soc.)⁽³³⁾; le fait pour un administrateur de société d'émettre des chèques non provisionnés sans s'assurer auprès de la banque qu'ils pourront être honorés⁽³⁴⁾.

En revanche, il a été jugé que le simple fait de n'avoir pas pris les mesures structurelles indispensables au moment où les administrateurs auraient dû se rendre compte des difficultés de la société, n'est pas constitutif d'une faute grave et caractérisée⁽³⁵⁾. De même, il a été jugé que le non-paiement des charges sociales et fiscales ne constitue pas une faute grave et caractérisée s'il est involontaire et est la conséquence de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise⁽³⁶⁾. A cet égard, il faut néanmoins garder à l'esprit les présomptions légales prévues par l'article 265, § 1er, alinéa 4 et § 2, alinéa 4 du Code des sociétés. La décision de prolonger des activités déficitaires ne constitue pas nécessairement une faute de gestion grave et caractérisée lorsqu'elle est examinée à la lumière des circonstances dans lesquelles se trouvaient les administrateurs au moment de la décision de prolongation et des difficultés qui ont entravé la politique de redressement menée⁽³⁷⁾.

Dans un cas similaire, la Cour de cassation de France a déclaré dans un arrêt très récent que *"constitue une faute de gestion le fait pour un dirigeant d'avoir tenu une comptabilité irrégulière ayant pour objet ou pour effet de masquer les pertes réelles de la société, sans qu'il soit besoin de rechercher si ce manquement aux prescriptions légales était ou non volontaire; (...) qu'en affirmant que ces irrégularités sont constitutives d'une simple 'erreur d'appréciation qui ne saurait servir de fondement à la condamnation réclamée', la cour d'appel a violé l'article L. 624-3 du code de commerce"*⁽³⁸⁾.

23. En l'espèce, les gérants de la SPRL LS ont commis trois fautes graves et caractérisées. D'abord, ils ont enfreint les principes élémentaires de comptabilité des entreprises en ne comptabilisant pas la contrainte décernée par la TVA à la fin de l'année 2008. En conséquence, l'assemblée générale a autorisé la distribution de dividendes importants en 2009 et 2010

en violation des dispositions légales relatives aux bénéfices distribuables (art. 320, § 1er du Code des sociétés). Enfin, ils n'ont pas respecté les obligations découlant de la procédure de sonnette d'alarme prévue par l'article 332 du Code des sociétés, aux termes duquel l'assemblée générale doit être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social.

4.3. La faute grave et caractérisée doit avoir contribué à la faillite

24. L'article 265 du Code des sociétés suppose aussi de démontrer que la faute a contribué à la faillite. La faute grave et caractérisée doit être, au moins, l'une des causes de la faillite, sans en être nécessairement la cause unique⁽³⁹⁾. Par voie de conséquence, la faute ne peut pas être prise en considération si la faillite était déjà inéluctable avant qu'elle ne soit commise. Il en sera de même si la faute a seulement eu pour effet de retarder la faillite ou si elle n'a pas eu pour conséquence d'accroître le passif ou de réduire l'actif de la société⁽⁴⁰⁾.

A titre illustratif, dans une affaire similaire, la Cour d'appel de Gand a ainsi considéré que le lien causal n'était pas démontré dans la mesure où le non-respect de formalités liées à la perte du capital social est certes constitutif d'une faute, mais qu'il n'a fait que retarder la faillite, sans y contribuer⁽⁴¹⁾. Dans une telle hypothèse, toutefois, la présomption de l'article 332, alinéa 4 du Code des sociétés pourrait trouver à s'appliquer (en cas de non-respect de la procédure de la sonnette d'alarme).

25. Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel retient que le passif de la faillite de la SPRL LS est essentiellement constitué par la créance de la TVA, de sorte que les fautes graves et caractérisées relevées ci-dessus ont nécessairement contribué à sa faillite qui, chronologiquement, a d'ailleurs directement suivi la signification du jugement qui rejetait l'opposition formée contre la contrainte décernée par l'administration de la TVA.

33. M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. Not.*, T. XII, Liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2.

34. Mons (20e ch.), 10 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2009/16, p. 735.

35. Gand (7e ch.), 14 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012/1, p. 89.

36. Liège (7e ch.), 13 janvier 2004, *D.A.O.R.*, 2005/2, p. 52.

37. Liège (7e ch.), 13 janvier 2004, *D.A.O.R.*, 2005/2, p. 52.

38. Cass. Fr. (ch. comm.), 12 juillet 2016, n° 14-23310, www.juricaf.org.

39. M. COIPEL, "Les sociétés privées à responsabilité limitée", *Rép. Not.*, T. XII, Liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2; E. JANSSENS, "De aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement en het bijzondere geval van artikel 530 W. Venn.", *R.A.B.G.*, 2005/17, p. 1588; Bruxelles (9e ch.), 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009/7, p. 305; Liège, 1er février 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 179.

40. Y. DE CORDT *et alii*, *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 460.

41. Gand, 21 décembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 739.

26. Toutes les conditions de l'application de l'article 265, alinéa 1er du Code des sociétés étant réunies, la Cour d'appel a, de manière cohérente, prononcé la condamnation personnelle et solidaire des gérants au paiement des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

5. Conclusion

27. En conclusion, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence majoritaire relative à l'action en comblement de passif. S'agissant du régime d'exemption de responsabilité pour les gérants de petites SPRL, la Cour rappelle l'obligation incombant aux gérants de petites SPRL de disposer d'une comptabilité et de la tenir de manière régulière conformément aux principes comptables applicables lorsqu'ils entendent, notamment, bénéficier de l'exception prévue par l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés. Cette obligation prend tout son sens lorsque les gérants d'une SPRL en faillite doivent être en mesure de prouver le cumul des deux seuils comptables prévus par l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés.

28. Toutefois, cet arrêt de la Cour d'appel de Liège présente un raisonnement intéressant qui, à notre sens, mérite d'être souligné. Les juges d'appel écartent l'application du régime d'exception prévu par l'article 265, alinéa 2 du Code des sociétés par un contrôle de la régularité de la comptabilité tenue par la société au-delà de la période de contrôle légalement fixée par cette disposition relative au calcul de la moyenne du chiffre d'affaires. En d'autres termes, la Cour estime qu'il y a lieu d'écarter le régime d'exception prévu pour les SPRL de petite taille lorsque l'irrégularité comptable commise avant la période légale de contrôle constitue "*un manquement grave*" qui fausse irrémédiablement et durablement la comptabilité des trois exercices précédant la faillite de la société. Partant du constat de l'irrégularité des comptes antérieurs aux trois exercices précédant la faillite - ou, pour le dire simplement, lorsque le ver est dans le fruit -, la Cour considère que l'examen de la comptabilité afférente à la période légale de contrôle ne pourra de toute évidence pas se révéler probant pour valider le cumul des seuils comptables.

Arnaud Houet⁽⁴²⁾ et Olivier Mareschal⁽⁴³⁾

42. Avocat au barreau de Bruxelles.

43. Avocat au barreau de Bruxelles.