

Note

La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire: article 1382 du Code civil ou XX.227 du CDE? Et quid en période de coronavirus?Diego Lambrecht¹**I. INTRODUCTION**

1. Jusqu'il y a peu, la loi n'organisait pas de responsabilité spécifique des dirigeants pour poursuite fautive ou déraisonnable d'une activité déficitaire (en dehors des quelques responsabilités particulières instaurées par le Code des sociétés ou d'autres lois: *infra*, n° 7).

Dès lors, doctrine et jurisprudence ont – fréquemment et souvent par facilité – recouru à l'article 1382 du Code civil pour sanctionner un tel comportement. L'arrêt annoté de la cour d'appel de Liège du 27 novembre 2019 en est une nouvelle (et rare) illustration.

2. La présente note a pour objet de rappeler brièvement les faits et la décision de la cour avant d'en (re)tirer certains enseignements et de formuler à ce sujet quelques observations, notamment eu égard aux nouvelles règles du Code de droit économique (« CDE ») en matière de responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'activités déficitaires (art. XX.227 CDE) et à la crise sanitaire actuelle.

II. LES FAITS PERTINENTS PRÉCÉDANT L'ARRÊT ANNOTÉ

3. Les faits pertinents peuvent se résumer comme suit.

En 2005, madame A.F. (appellante) a acquis la totalité des parts de son époux dans la SPRL JT NEWS, constituée le 24 avril 2000, pour l'exploitation d'une boulangerie.

Avant la création de cette société, la même boulangerie, y compris son matériel et tous les autres éléments de son fonds de commerce, a été exploitée pendant plus d'une dizaine d'années par l'époux de madame A.F. (avec l'aide de celle-ci, le cas échéant, en tant que co-gérante), d'abord sous forme de SPRL et ensuite en tant que personne physique, toutes deux déclarées en faillite.²

Depuis 2006, la SPRL JT NEWS s'est trouvée en permanence dans une situation financière plus que précaire (avec des pertes continues et accumulées ayant mené à une importante perte reportée/globale), tel que cela ressort de ses docu-

ments comptables et sociaux. Par ailleurs, certains documents obligatoires étaient manquants, tels que les comptes annuels pour les exercices 2014 et 2015 ou encore le rapport spécial visé à l'article 332 du Code des sociétés qui n'a (presque) jamais été préparé alors qu'il aurait dû l'être. En outre, les (rares) mesures de redressement évoquées (trop) succinctement dans différents procès-verbaux, à supposer déjà qu'elles soient assez concrètes, n'ont jamais été effectivement suivies d'effet.

4. Dans ces circonstances, le curateur de la faillite de la SPRL JT NEWS, prononcée le 29 octobre 2015, a cité l'associé-gérant unique en dommages et intérêts pour poursuite déraisonnable d'activité et non-respect de l'article 332 du Code des sociétés.³

¹. Avocat au barreau de Bruxelles, Willkie Farr & Gallagher LLP.

². Au sujet d'une (des) faillite(s) antérieure(s) relative(s) à la même exploitation, voy. Liège, 19 octobre 2004, *R.D.C.-T.B.H.*, 2006/4, pp. 426-430.

³. L'action en dommages et intérêts pour poursuite déraisonnable d'activités déficitaires est souvent accompagnée de – ou combinée avec – la violation d'articles du Code des sociétés instaurant des responsabilités spécifiques: voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2019, p. 1489, n° 2194; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, « La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant la réorganisation judiciaire », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthémis, 2018, p. 686 *ab initio*; S. JACMAIN et C. DE BOE, « L'article 37 de la loi sur la continuité des entreprises: nouveaux développements et mise en perspective au regard de la responsabilité – en particulier en matière fiscale et sociale – des dirigeants d'entreprise », *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, p. 537, n° 12 *in fine*, p. 539, n° 13 et p. 541, n° 15 *ab initio*; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd. de l'ouvrage de O. RALET, Bruxelles, Larquier, 2012, p. 127; Gand, 24 octobre 2005, *T.R.V.*, 2005, 473. A tout le moins le non-respect (d'un) de ces articles spécifiques peut-il constituer un élément déclencheur (*trigger*) d'une faute de *wrongful trading* au sens de l'art. 1382 C. civ. ou, comme nous le verrons, de l'art. XX.227 CDE (T. VANDENBERGHE, *De Vennootschap & de aansprakelijkheid van haar bestuurders bij insolventie*, Gand, Larquier, 2019, pp. 79 et 115-120, nos 100 et 150-156 et les références citées). Voy. *infra*, n° 10, 1^{er} tiret, *in fine*.

La masse des créanciers aurait, selon le curateur, subi un dommage (une certaine augmentation du passif de la société) qui, sans cette poursuite fautive, ne serait pas survenu tel qu'il s'est réalisé. Le curateur a réclamé à ce titre une somme provisionnelle de 44.000 EUR constituant la moyenne entre

les pertes dans les différents comptes annuels et le passif global au 9 décembre 2016 cliché à 52.464 EUR.

5. Par jugement du 4 septembre 2018, le tribunal de commerce de Liège, division Namur, a jugé recevable et fondée la demande du curateur.

III. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DE LIÈGE

6. La cour d'appel de Liège a confirmé le jugement susmentionné. A l'appui de sa décision, dont les principes se retrouvent dans le résumé de l'arrêt repris dans la présente revue, la cour s'est principalement référée à l'ouvrage de J.-F. Goffin de 2004⁴ ainsi qu'à un arrêt de la cour d'appel de

Mons de 1985.⁵ En réalité, la cour d'appel de Liège a, dans l'arrêt annoté, repris quasi littéralement les mêmes termes, raisonnements et références que dans son arrêt de 2004 au sujet d'une faillite antérieure similaire dans laquelle la même madame A.F. était aussi impliquée.⁶

IV. LE CONTEXTE JURIDIQUE DE L'ARRÊT ANNOTÉ: PRINCIPES (PRÉ)EXISTANTS

7. *Responsabilités particulières.* Avant le 1^{er} mai 2018, la loi n'organisait pas de responsabilité spécifique des dirigeants pour poursuite fautive ou déraisonnable d'une activité déficitaire, en dehors des cas où cette responsabilité coïncidait avec ou était couverte par d'autres responsabilités particulières instaurées:

- par l'ancien Code des sociétés (ou « C. soc. ») remplacé entre-temps par le Code des sociétés et des associations (ou « CSA »). On pense en particulier à l'action pour faute de gestion de l'ancien article 262 du C. soc. reprise désormais à l'article 2:56, alinéa 1^{er}, du CSA⁷ (qui ne peut être exercée que par la société et non

par des tiers⁸, sauf si la faute présente un caractère extracontractuel⁹), à l'action en comblement de passif visée anciennement à l'article 265 (pour la SPRL) du C. soc. et désormais à l'article XX.225 du CDE (en cas de faute « grave et caractérisée »: *infra*, n° 10, 3^e tiret), ou encore à l'action pour non-respect de la procédure de la sonnette d'alarme prévue anciennement à l'article 332 (pour la SPRL) du C. soc. et désormais à l'article 5:153 (pour la SRL) du CSA (si l'actif net est (ou risque d'être) réduit en-dessous d'un certain seuil: *infra*, n° 10, 1^{er} tiret).¹⁰ Cette dernière action peut, à l'instar d'autres actions éventuelles que nous ne déve-

4. J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^e éd. de l'ouvrage de O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 75 (pp. 127 et s.) et n° 119 (p. 203). Nous nous baserons dans la suite de la présente note sur la 3^e édition de cet ouvrage, parue en 2012.

5. Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261, qui considère notamment que: « La poursuite d'une activité gravement déficitaire au-delà du raisonnable constitue une faute des administrateurs qui, en plus de la méconnaissance des intérêts de la société, méconnaissent en ces circonstances ceux des tiers: un administrateur prudent et avisé ne peut se désintéresser des conséquences dommageables qui résulteront à coup sûr pour les créanciers de la poursuite d'une activité alors que tout espoir de redressement est perdu, que l'obstination ne peut conduire qu'à amplifier les pertes; les conséquences dommageables d'une pareille attitude sont évidemment prévisibles. » Cet arrêt reprend quasi littéralement les termes d'un arrêt antérieur: Mons, 16 mai 1979, *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 158 (spéc. p. 189). Pour une autre analyse (factuelle) circonstanciée du comportement des dirigeants et du « moment charnière » (*infra*, n° 16, 1^{er} tiret) à partir duquel la poursuite d'activités peut être jugée fautive; voy. Anvers, 8 mars 1994, *R.D.C.B.*, 1995, p. 37; Gand, 7 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, 217 (note M. DELVAUX). Dans ces arrêts, les juges d'appel d'Anvers et de Gand, qui ont la prérogative/mission d'apprécier subjectivement les faits mais marginalement (*infra*, n° 16 *in fine*, note 101), ont estimé que ce « moment charnière » n'avait pas été franchi.

6. *Supra*, note 2: Liège, 19 octobre 2004, *R.D.C.-T.B.H.*, 2006/4, pp. 426-430. La cour d'appel de Bruxelles s'est, elle aussi, largement inspirée de cet arrêt de 2004 dans une autre affaire: Bruxelles, 4 décembre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, 120 (note M. DELVAUX), spéc. § 9-10 de l'arrêt.

7. La prolongation d'activités déficitaires a déjà été considéré comme une faute de gestion: Liège (7^e ch.), 13 janvier 2004, *D.A.O.R.*, 2005, p. 144 (et note D. GOL, pp. 55-59); voy. aussi Comm. Courtrai (5^e ch.), 19 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, p. 218; Gand (21^e ch.), 25 juin 1999, *T.R.V.*, 2004, p. 60; Civ. Mons, 29 avril 2003, *F.J.F.*, 2003, p. 1000; tous cités par J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 276, note 1269.

8. H. CULOT, L. CULOT, Y. DE CORDT, J.-M. GOLLIER, A. HANNOUILLE, N. KONINGS, F. MAGNUS, G. PARISIS, G. DE PIERPONT, K. VAN DE VELDEN et S. WOLFF, *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 427, note 1404. Cette action ne peut en principe pas être introduite au nom de la société si la décharge a été octroyée au(x) gérant(s) ou administrateur(s) (G. LINDEMANS, *Schuldeiser & rechtspersoon. Actio pauliana en aansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers van vennootschappen en verenigingen*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 433-444, n° 566; J. VANANROYE, « 't Amendement – Aansprakelijkheidsvorderingen bij wrongful trading: de 'uitsluitende bevoegdheid van de curator' betekent niet 'alleen de curator' », *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 249, n° 3, 2^e tiret; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 287, n° 292; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 240, n° 153 *medio*). A noter en outre que si le curateur n'introduit pas cette action, les créanciers ne pourront (en cas de faillite) pas introduire cette action par voie oblique sur la base de l'art. 1166 C. civ.: voy. G. LINDEMANS, *o.c.*

9. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, pp. 294-297, n°s 588-592.

10. T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 80-116; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 280, note 1297 (et la jurisprudence y citée) et pp. 284-285, n°s 567 et 570; S. JACMAIN et C. DE BOE, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, pp. 537-539, n° 13; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 653-667.

loppons pas ici¹¹, être introduite sur la base de l'article 2:56, alinéa 3 du CSA (anciennement art. 263 C. soc. pour la SPRL). Cet article permet en effet à la société ou aux tiers, y compris la masse des créanciers représentée par le curateur¹², de poursuivre les administrateurs solidairement pour violation du Code ou des statuts¹³, en l'occurrence pour violation de l'ancien article 332 du C. soc. (art. 5:153 nouveau CSA);

- ou par d'autres lois. On pense en particulier à l'action pour absence d'aveu ou aveu tardif de faillite au-delà du délai légal d'un mois prescrit par l'ancien article 9, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites, remplacé par l'article XX.102 du CDE¹⁴, à l'article XX.23, § 3, du CDE applicable lorsque les comptables externes ou réviseurs « constatent des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de

l'activité »¹⁵, ou encore à l'action pour manquement à l'obligation de paiement du précompte professionnel ou de la TVA sur la base des anciens articles 442^{quater} du Code des impôts sur les revenus et 93^{undecies} du Code de la taxe sur la valeur ajoutée¹⁶, tous deux remplacés entre-temps par une disposition unique: l'article 51 du Code du recouvrement.¹⁷

8. *Responsabilité de droit commun: article 1382 du Code civil.* Dès lors, doctrine et jurisprudence ont – fréquemment et souvent par facilité¹⁸ – recouru à l'article 1382 du Code civil pour sanctionner les dirigeants ayant poursuivi déraisonnablement une activité déficitaire irrémédiablement condamnée.¹⁹ L'arrêt annoté en est une nouvelle (et rare²⁰) illustration.

V. LE CHOIX DE LA COUR D'APPEL DE LIÈGE: RÉFLEXIONS AU REGARD DE LA POURSUITE DÉRAISONNABLE D'ACTIVITÉS DÉFICITAIRES FONDÉE SUR L'ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL (ET LA SONNETTE D'ALARME)

9. *Le curateur agit au nom de la masse.* Dans l'arrêt annoté, la cour rappelle d'abord que le curateur agit en l'espèce (non pas au nom de la société, mais) au nom de la masse²¹ et qu'il exerce les droits communs à l'ensemble des

créanciers et non les droits individuels de ceux-ci²², lors même que ces droits seraient cumulés.²³ Elle rappelle aussi que le préjudice collectif²⁴, commun à l'ensemble des créanciers et donc distinct de leur préjudice individuel, consiste

11. Voy. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 426 qui mentionne, dans le contexte d'entreprises en difficulté, les obligations prévues à l'art. 3:6, § 1^{er}, 6^o, CSA (anciennement art. 96, § 1^{er}, 6^o, C. soc.) et aux art. 2:52 et 3:69 CSA (anciennement art. 138 C. soc.); sur ces deux derniers, comp. *infra*, note 15. Voy. aussi T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 79 et 117-120, n^{os} 100 et 152-156 et les références citées; C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, « Questions choisies en matière de responsabilité des administrateurs dans le nouveau Code des sociétés et le Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 728-729. Voy. égal. art. 5:142 à 5:144, 6:115 à 6:117 et 7:212 du CSA, qui ont introduit une nouvelle réglementation relative aux distributions faites dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives et les sociétés anonymes.

12. Voy. not. concernant la sonnette d'alarme: T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 107, n^o 139.

13. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, pp. 277-286, n^{os} 557-571.

14. Voy. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 427, n^o 557; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 76-79, n^{os} 95-99; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 647-653. Notons que pour les associations et fondations, l'obligation de faire aveu de faillite ne s'applique pas (art. XX.102 CDE).

15. Dans ce cas, ces professionnels du chiffre en informent l'organe d'administration et si ce dernier ne prend pas les mesures nécessaires dans le mois, les premiers peuvent en informer par écrit le tribunal. Cette disposition est quasi identique à celle de l'art. 3:69 CSA (*supra*, note 11) qui concerne quant à lui les constats faits par les « commissaires ». Sur le caractère « grave et concordant » des faits: *infra*, note 89.

16. S. JACMAIN et C. DE BOE, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, pp. 543-545, n^o 16.

17. P. MALHERBE et M. LEMERLE, « Du recouvrement de l'impôt en Belgique », *R.E.I.D.F.*, 2019/2, p. 209.

18. S. JACMAIN et C. DE BOE, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, p. 537, n^o 12 *in fine*.

19. Ce fondement de responsabilité reste possible subsidiairement (*infra*, n^o 10, 3^e tiret, spéc. note 47). Il trouve son origine dans les « *procès en responsabilité dirigés contre des banquiers accusés d'avoir, par l'octroi de crédit, artificiellement prolongé la survie d'une entreprise moribonde et d'avoir ainsi permis l'aggravation de ses pertes* » (J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 668, n^o 32 *in fine* et la doctrine citée).

20. C. ALTER et L. BERMOND, « Section 1. Les actions en responsabilités regroupées sous le Titre VII », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 141-142.

21. Sur la double casquette du curateur et les critiques à ce sujet, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 286 et s.

22. Elle reprend ainsi littéralement certains passages de l'arrêt dit « UNAC » (Cass., 12 février, 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 639), considéré comme « l'arrêt de principe » en la matière (J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 249, n^o 3; F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 263 *in fine*). Concrètement, cet arrêt UNAC consacre l'absence d'exigence de caractère proportionnel du dommage: l'action du curateur au nom de la masse est recevable peu importe que le dommage ait atteint les créanciers de manière uniforme ou non, ou que l'un d'eux ait commis une faute ou non. A ce sujet, y compris les arrêts confirmatifs ultérieurs et les critiques, voy. not. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 263-266 et la doctrine (critique) y citée en note 1497. Voy. aussi *infra*, note 25 et *infra*, n^o 12, 3^e tiret.

23. Elle reprend ainsi les enseignements de l'arrêt SEFI selon lequel le cumul des droits individuels, sur base duquel le curateur ne peut pas agir, n'équivaut pas aux droits communs des créanciers: Cass., 2 mars 1995, *Arr. Cass.*, 1995, p. 247; *Bull.*, 1995, p. 250; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1195; *Pas.*, 1995, I, p. 250; *R.W.*, 1995-1996, p. 538 (et note); *R.D.C.*, 1995, p. 569 (et note). A ce sujet, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 263, n^o 273 *in fine*, p. 277 (note 1579) et pp. 265-266 et la doctrine (critique) y citée en notes 1501 et 1502.

24. A ce sujet, voy. de façon critique: F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 290-296; J. VANANROYE, G. LINDEMANS & R. VERHEYDEN, « Vordering tot reconstructie van de boedel: (bestuurs) aansprakelijkheid in actio pauliana » in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, 2017, pp. 131 et s. Voy. aussi *infra* note 193.

dans l'aggravation du passif.²⁵ Nous renvoyons, pour le surplus à ce sujet, au n° 12, 2° et 3° tirets.

10. Faute au sens de l'article 1382 et non d'une autre disposition spécifique. En ce qui concerne la faute, la cour semble n'avoir retenu ici que le manquement à la norme générale de prudence de l'article 1382 du Code civil et non l'éventuelle violation par l'associé-gérant²⁶ unique d'une des dispositions légales spécifiques mentionnées ci-avant (*supra*, n° 7). La plupart de ces dispositions spécifiques contiennent pourtant des obligations de résultat²⁷, de sorte que leur violation est généralement plus aisée ou claire à établir qu'une violation de la norme générale de prudence.²⁸ Pensons en particulier:

- *au non-respect de la procédure de sonnette d'alarme.* Cette procédure est organisée à l'article 332 du Code des sociétés pour la SPRL (aujourd'hui remplacé par l'art. 5:153 CSA pour la SRL). Rappelons que deux obligations y sont prévues à charge de l'organe d'administration lorsque l'actif net est (ou risque d'être) réduit en-dessous d'un certain seuil: celle de convoquer l'assemblée générale dans les 2 mois²⁹ et celle de rédiger un rapport spécial exposant les mesures proposées. L'arrêt annoté ne fait pas état d'une vio-

lation de la première obligation mais uniquement de la seconde: le rapport spécial aurait été tantôt absent, tantôt insuffisant (*supra*, nos 3 et 4). Or, contrairement au défaut de convocation de l'assemblée (*supra*, note 29), l'absence ou insuffisance de rapport spécial ne crée pas de présomption de lien causal avec le dommage subi ensuite par les tiers. Tout au plus l'absence³⁰ de rapport pourrait-elle – encore que cela ne soit pas limpide au regard de la qualité du curateur comme représentant non pas de la société³¹ en l'espèce mais de l'ensemble des créanciers³² (*supra*, n° 9) – engendrer la nullité de la décision de l'assemblée générale, ce qui pourrait entraîner une (présomption de) responsabilité des administrateurs.³³ Toutefois, même dans ce cas, l'administrateur poursuivi pourrait (aisément?) se défendre en invoquant par exemple que la poursuite des activités aurait de toute façon été votée³⁴, la sonnette d'alarme ne contenant qu'une obligation de convoquer l'assemblée et de préparer un rapport et non celle de cesser les activités.³⁵

L'on comprend donc pourquoi la cour ne s'est pas attardée davantage sur l'éventuel non-respect de la procédure de la sonnette d'alarme invoqué par le curateur. Quelle est alors la plus-value de l'arrêt annoté à

^{25.} La cour se fonde ici aussi sur l'arrêt *UNAC* précité (*supra*, note 22). Signalons toutefois que la notion de préjudice collectif a été affinée: il peut consister non seulement en une aggravation de passif, ce qui était le cas en l'espèce, mais aussi – même si la cour ne l'a pas précisé, sans doute parce que ce n'était pas pertinent en l'espèce – en une diminution/disparition ou absence (d'augmentation) d'actif. « La formulation 'diminution ou absence' d'actifs trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour de cassation du 24 octobre 2002. La formule utilisée par la Cour est la suivante: 'Que les droits communs des créanciers sont les droits qui résultent du préjudice causé par la faute d'autrui qui augmente le passif ou diminue l'actif de la faillite (...) Qu'un tel préjudice peut également découler de la faute d'autrui à la suite de laquelle l'actif qui aurait dû se trouver à la disposition des curateurs ne se trouve pas réellement dans la masse.' » (Doc. parl., Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 103-104). A ce sujet, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 267-269, n° 275 (et les autres arrêts confirmatifs y cités); J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 680-682 (et les exemples). *Infra*, n° 29.

^{26.} L'arrêt annoté n'indique pas clairement en quelle qualité la personne a été condamnée: en tant qu'associé ou en tant que gérant? Il fait cependant peu de doute, selon nous, que c'est en tant que gérant. En effet, la responsabilité d'associé n'est en principe pas susceptible d'être mise en cause, sauf si celui-ci était également gérant de fait: voy. E. GOLDSCHMIDT, *Aandeelhoudersaansprakelijkheid*, Gand, Larcier, 2018, p. 270, n° 445, p. 273, n° 447 (note 1174), pp. 295-296, n° 488-491; M.-F. CARLIER, « De buitencontractuele aansprakelijkheid van de vennoten t.a.v. de schuldeisers van de vennootschap », *T.R.V.*, 1995, (617), 627-628 et les références. Sur la responsabilité des dirigeants de fait, voy. égal. *infra*, note 146.

^{27.} G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 426.

^{28.} J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 127 et 137; S. JACMAIN et C. DE BOE, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, pp. 538-540.

^{29.} Si cette obligation n'est pas respectée, une « arme importante » (T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 107) est offerte au curateur puisque le dommage subi par les tiers (qui coïncide avec l'aggravation du passif entre le moment où l'assemblée aurait dû être convoquée et celui où l'action en responsabilité est intentée: J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, pp. 284-285, not. note 1316) est, sauf preuve contraire, présumé résulter de l'absence de convocation de l'assemblée (art. 5:153, § 3, CSA pour la SRL). Voy. aussi J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 662-665.

^{30.} A distinguer des cas où le rapport est tardif, incomplet ou insuffisant: T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 95, note 254 et les références citées; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 661.

^{31.} Cette dernière peut en effet être présumée avoir, par le biais de ses organes, approuvé ce non-respect (fut-ce implicitement) par le biais de la décharge notamment: J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 249, n° 3, 2° tiret. Dans le même sens: *supra*, note 8.

^{32.} L'exposé des motifs du CSA précise, certes en ce qui concerne l'action contre la société visant à déclarer nulle une de ses décisions (art. 2:44 CSA), que « les tiers, tels que les créanciers ou les membres du personnel, n'ont pas intérêt au respect des règles de droit relatives à la forme des résolutions des personnes morales » (Doc. parl., Chambre, 2017-2018, Doc. 54-3119/001, p. 54). A ce sujet, voy. not. D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée: au-delà de la suppression du capital », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1006, note 150 (et les références à l'exposé des motifs du CSA, à la doctrine et à la jurisprudence); R. HOUBEN et A. SNYERS, « De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht », in *Le projet de Code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 227-228, n° 27; S. DE DIER, « Nietigheid van besluiten van een rechtspersoon: zijn outsiders vorderingsgerechtigd? », in *De vennootschaps- en verenigingsrechter / Le juge des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 131-189; X. DIEUX, « Relativité contractuelle, aquilienne ou institutionnelle dans le droit des sociétés par actions (autres que les coopératives): Nullité des décisions et responsabilités des dirigeants » in *Liber Amicorum...*, Bruxelles, Larcier, à paraître (titre provisoire).

^{33.} J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 285 (et la réf. en note 1318 à P. HAINAUT-HAMENDE); T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 95 *in fine*.

^{34.} J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 285, n° 570 (et les références citées); T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 107-113, nos 140-146 (et les références citées).

^{35.} En ce sens, voy. not. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 426, n° 556, 2° tiret.

ce sujet? La cour rappelle l'importance de rédiger soigneusement les rapports spéciaux et de bien les circonstancier de manière concrète.³⁶ Plus encore, elle impose une exigence (minimale) de *contenu* quant au rapport spécial, à défaut de quoi l'article imposant un tel rapport, en l'occurrence l'article 332 du C. soc., ne serait pas respecté³⁷ (et la décision y relative potentiellement nulle: *supra*). La cour considère en effet que des « *formules de style totalement creuses (...) ne rencontrent nullement le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés puisque l'appelante n'y expose pas concrètement les mesures qu'elle compte adopter en vue de redresser la situation financière de l'entreprise* ». ³⁸ La limite entre un rapport suffisant et insuffisant paraît fine, certes, mais étanche. Un rapport peut notamment être extrêmement court, sommaire ou brouillon (voire imprécis)³⁹, du moment qu'il contient – fut-ce dans les grandes lignes⁴⁰ – des propositions ou mesures de redressement qui paraissent *a priori* concrètes, cohérentes et réalisables. Elles ne peuvent donc pas être creuses, abstraites, imaginaires ou fantaisistes. Cela étant dit, si le non-respect de l'article 332 du C. soc. n'a en l'espèce pas été retenu en tant que tel par le juge, il aura à tout le moins conforté ce dernier dans sa décision de condamner l'associé-gérant unique pour poursuite déraisonnable d'activités déficitaires. L'arrêt annoté précise en effet que ce non-respect témoigne d'une « *désinvolture coupable dans le chef de [l'associé-gérant unique]* ». Il peut donc s'agir d'un élément déclencheur (*trigger*)⁴¹;

- à l'*aveu tardif de faillite* (*supra*, n° 7, 2° tiret). Sans doute le curateur n'a-t-il pas agi sur cette base en raison du fait que la faute à prouver dans le cadre de cette action peut être plus difficile à démontrer – et se situe à un moment ultérieur – par rapport au « moment charnière » (*infra*, n° 16, 1^{er} tiret) de la faute en cas de poursuite déraisonnable d'activités déficitaires sur la base de l'article 1382. Dans ce dernier cas, il suffit en effet de démontrer que la faillite était devenue inévitable, sans nécessairement que les conditions de faillite (cessation de paiement et ébranlement de crédit) aient effectivement été réunies, comme le requiert l'*aveu tardif de faillite*⁴²;
- à la *faute grave et caractérisée permettant l'action en comblement de passif*. Cette action peut notamment être introduite, selon la cour d'appel de Liège, en cas de « *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* ». ⁴³ Elle peut aussi l'être en cas de « *poursuite d'une activité gravement déficitaire sans aucune chance de redressement* »⁴⁴, mais elle n'aurait pas pu être introduite en l'espèce. En effet, elle ne s'applique pas à certaines petites entreprises, à savoir « (...) lorsque l'entreprise en faillite, a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de 3 ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a

³⁶ Dans le même sens: C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, p. 145, n° 38; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 72, 79, 95-96, n°s 88, 100, 121-122; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 660-661.

³⁷ Certains ont déjà estimé qu'une telle exigence minimale de contenu s'appliquait, sous le contrôle subjectif et marginal du juge (J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 661, n° 24). D'autres constatent plutôt, tout en le regrettant, que « *geen inhoudelijke vereisten worden gesteld aan de voorgestelde saneringsmaatregelen* » (T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 96, *in fine*).

³⁸ En l'espèce, le rapport spécial se bornait à préciser: « *Il est donc impératif de poursuivre le redressement de la situation financière. (...) La société a repris ses activités. Ce qui lui permet de connaître pour 2006, un résultat positif. La société devrait connaître pour chaque exercice suivant un résultat qui doit lui permettre de redresser sa situation financière.* »

³⁹ J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 660 et la jurisprudence citée.

⁴⁰ T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 96 (et les références citées en note 257).

⁴¹ Dans le même sens: T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 79 et 115-116. Voy. *supra*, note 3.

⁴² Voy. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 427 et 440-441, n°s 557 et 579.

⁴³ Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019/1, p. 78. La cour semble donc considérer aujourd'hui la poursuite déraisonnable d'activités déficitaires (ou le *wrongful trading*) comme une faute « *grave et caractérisée* » en soi, ce que certains avaient déjà suggéré (voy. not. D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen – Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2020, p. 820 et réf.; J. DANIEL et D. CORNIL, « La responsabilité des dirigeants de sociétés au regard du Code des sociétés et des associations et du Livre XX du Code de droit économique », *Pli jur.*, 2019/50, p. 44, n°s 52-53). Il n'en irait autrement que (i) si l'on interprétait la notion de « *poursuite irréfléchie* » différemment (plus étroitement) que celle de « *poursuite déraisonnable* », ou (ii) si la faute, pour être grave, nécessitait tant une augmentation du passif qu'une diminution de l'actif (à lire à la lettre la conjonction « *et* » utilisée dans cet arrêt de 2018). Nous aurions toutefois tendance à exclure ces deux hypothèses trop littéralistes. Ce qui précède bouleverse la tendance, majoritaire jusqu'ici, selon laquelle une faute de *wrongful trading* ne serait que « *caractérisée* » (voy. not. I. VEROUUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Kluwer, 2019, p. 1448, *in fine* et, non sans ambiguïté/incertitudes, p. 1442 *in fine*; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 647 *ab initio*.) voire seulement aquilienne (comme pourrait le laisser penser l'arrêt annoté; dans le même sens, voy. D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX: een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, pp. 372-373, n° 687 et C. ALTER & L. BERMOND, *o.c.*, 2017, p. 141, n° 35), mais en tout cas sans être nécessairement « *grave* ». A ce sujet, voy. aussi *infra*, n° 16, dernier al.

⁴⁴ Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019/1, p. 78. Dans le même sens, voy. not. Bruxelles, 15 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 305; Liège, 8 mai 2003, *J.D.S.C.*, 2006, 133; Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, n° 6632, p. 329; Comm. Bruxelles, 17 mai 1983, *R.D.C.B.*, 1984, 554. Voy. égal.: C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, pp. 127 et 141; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 428-429; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 25-53; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 647 *ab initio* (note 2); A. JANSEN et W. DAVID, « Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions ? », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 484-485, n° 78; R. HOUBEN et A. SNYERS, *o.c.*, 2018, pp. 248-254, n°s 63-73. Comp. *supra*, note 43 et *infra*, n° 18, dernier al.

pas dépassé 370.000 EUR » (art. XX.225, § 2, CDE remplaçant presque mot pour mot l'ancien art. 265, § 1^{er}, al. 2, C.soc. qui était applicable au moment des faits: *infra* 2^e tiret, spéc. note 50).⁴⁵ C'est sans doute pour cette raison que, dans l'arrêt annoté, le curateur, bien que très probablement en présence de fautes graves et caractérisées⁴⁶, n'a invoqué, outre l'article 332 du C. soc. (*supra*, 1^{er} tiret), que la responsabilité de droit commun⁴⁷ qui, certes, permet aussi d'obtenir une indemnisation⁴⁸, mais généralement⁴⁹ moins élevée que celle de l'action en comblement de passif (*infra*, note 168). Cela étant, l'article XX.227 du CDE, que nous aborderons ci-après, ne reprend pas la même exception que celle de l'ancien article 265 du C. soc. reprise à l'article XX.225 du CDE (ce qui pose d'ailleurs question: *infra*, n° 20). Cet article XX.227 pourrait donc notamment être invoqué avec succès par un curateur en présence de petites sociétés pour obtenir plus que ce qu'il parviendrait à récupérer sur base de l'article 1382 du Code civil. Nous nous interrogeons ci-après à ce sujet;

- à une faute au sens de l'article XX.227 du Code de droit économique (*infra*, n°s 14 et s.). Pourquoi le curateur n'a-t-il pas en l'espèce invoqué ce nouvel article à la place de l'article 1382 du Code civil? Parce que ce nouvel article ne s'applique pas aux faillites qui, comme en l'espèce, ont été ouvertes avant le 1^{er} mai 2018.⁵⁰ Par ailleurs, même s'il avait déjà été en vigueur, il n'est pas sûr que le curateur l'aurait invoqué. En effet, d'une part, le délai de prescription⁵¹ de l'action introduite sur la base de l'article XX.227 pour-

rait, selon une certaine lecture⁵² qui n'emporte toutefois pas la préférence⁵³, commencer à courir plus tôt que celui de l'action menée sur la base de l'article 1382 du Code civil. D'autre part, on imagine la réticence des curateurs à l'idée d'être les premiers à invoquer un nouvel article XX.227 déjà controversé⁵⁴ ou de se retrouver devant la Cour constitutionnelle à ce sujet ... Le résultat pourrait néanmoins être *in fine* le même, tant au niveau de la détermination de la faute (*infra*, n° 16) que (de l'ampleur) du dommage (*infra*, n° 33, 1^{er} tiret), si un curateur devait à l'avenir invoquer l'article XX.227 du CDE plutôt que l'article 1382 du Code civil, même s'il pourrait – théoriquement – obtenir une indemnisation plus élevée sur la base de l'article XX.227 lequel n'exige pas de lien de causalité (*infra*, n° 28).

11. Le moment de survenance de la faute. La cour a fixé au 1^{er} janvier 2010 le moment (charnière) à partir duquel la poursuite de l'activité doit être considérée comme déraisonnable et donc fautive. La notion de faute, ainsi que la détermination du dommage qui en résulte, est étroitement liée à ce « moment charnière » (*infra*, n° 16, 1^{er} tiret).

12. Le dommage (et son ampleur). Concernant la fixation du dommage, quelques nuances supplémentaires auraient pu être faites par la cour, et ce à plusieurs niveaux:

- d'une part, les faits énoncés dans l'arrêt ne permettent pas, à eux seuls, de vérifier exactement comment le curateur a concrètement calculé le montant de 44.000 EUR (*infra*, note 180), même si on peut essayer de le

⁴⁵. Cette exception en faveur des dirigeants de certaines petites entreprises était déjà reprise dans le Code des sociétés pour la SRL et la SCR, mais pas pour la SA comme c'est désormais le cas. Concernant l'hypothèse où, pour déterminer si une société tombe ou non sous cette exception, la comptabilité serait absente, non probante ou irrégulière; voy. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 267; I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1438; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1527, n° 2246; A. JANSEN *et* W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 488-489, n° 84 et réf. (qui citent notamment une décision rappelant les critères d'une comptabilité régulière: Liège, 25 février 2016, *T.R.V.-R.P.S.*, 2017/1, pp. 73 et s.).

⁴⁶. Il suffit de lire, dans le résumé de l'arrêt annoté repris dans la présente revue, à quel point les fautes étaient en l'espèce nombreuses, flagrantes, répétées et sérieuses. Par ailleurs, voy. aussi *supra*, note 43.

⁴⁷. Art. 1382 C. civ. Cette responsabilité reste possible: A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1536 *in fine*; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 432, n° 564 (et la doctrine citée dans sa note 1839); J.-F. GOFFIN *et* A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 686-687, n° 58; D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, p. 816, n° 439.

⁴⁸. Dans cette mesure, nous ne partageons pas l'affirmation/critique selon laquelle « een 'kennelijk grote fout' zonder gevolgen blijft bij kleine ondernemingen. Wordt het onvergeeflijke toch vergeeflijk omdat het in een kleine onderneming gebeurt? » (J. VANANROYE, « Aansprakelijkheid voor 'wroegful trading' en 'kennelijk grote fout' in het WER: een ruimer toepassingsgebied én ruimere vrijstellingen », 2 mars 2018, www.corporatefinancelab.org/2018/03/02).

⁴⁹. Comp. *infra*, n° 28, 2^e tiret, dern. al.

⁵⁰. A ce sujet: A. JANSEN *et* W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 482-483, n° 75 (et les réf.).

⁵¹. En vertu de l'art. 2:143, § 1^{er}, 4^e tiret, CSA, la prescription est toujours de 5 ans « zowel voor de contractuele als de buitencontractuele vorderingen » (J. DELANOTE, *o.c.*, 2019, p. 115). Voy. aussi A. JANSEN *et* W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 481-482, n° 73; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE *et* H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 310, n° 616; R. HOUBEN *et* A. SNYERS, *o.c.*, 2018, pp. 284-287, n°s 129-133. Le point de départ du délai dépend notamment du caractère instantané ou continu de la faute. Appliqué à l'art. XX.227 CDE en particulier, voy. *infra*, notes 52 et 53. Les dirigeants de fait ne bénéficieraient en revanche pas de cette prescription: D. VAN GERVEN, « Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders », *T.R.V.*, 2013, p. 175, n° 5 (et réf.); *infra*, n° 26 *in fine*.

⁵². *Infra*, n° 41, notamment notes 260 et 261.

⁵³. « La poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire (art. XX.227) peut être considérée comme 'un ensemble de faits indivisibles' (voir en ce sens: Bruxelles, 4 décembre 2008, R.D.C., 2009, pp. 960-964). La prescription commence dans une telle hypothèse à courir soit lorsqu'il n'est plus déraisonnable de poursuivre l'activité (hypothèse marginale en pratique parce qu'en pareil cas, il est peu probable que la responsabilité des dirigeants soit mise en cause), soit le jour où les activités déraisonnablement poursuivies ont cessé. » (I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1421 *in fine* (et réf.), approuvé par A. JANSEN *et* W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 482, n° 73, *in fine* qui citent en outre Trib. entr. Liège (div. Liège), 11 septembre 2019, inédit, A/18/03845). Dans le même sens, *infra*, note 150.

⁵⁴. Notons que la règle équivalente au Royaume-Uni, dont s'est inspiré notre législateur, est presque « restée lettre morte » (T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 76, n° 94 et la référence citée à A. VANHEES).

deviner. Selon la cour en effet, « *le curateur réclame une somme de 44.000 EUR, laquelle constitue la moyenne entre les différentes pertes dans les différents comptes annuels et le passif global au 9 décembre 2016 cliché à 52.464 EUR* ». Regardons donc d'abord les « *différentes pertes* ». D'après les comptes annuels publiés, les pertes annuelles à partir de 2010, moment (charnière) de survenance de la faute, s'élèvent à 3.339 EUR pour l'exercice 2010, à 4.510 EUR en 2011, à 9.813 EUR en 2012 et à 9.457 EUR en 2013. La perte totale accumulée pour ces 4 années est donc de 27.119 EUR, ce qui fait 6.779,75 EUR en moyenne par an. Si l'on se base sur cette moyenne annuelle pour les exercices 2014 et 2015, dont les comptes annuels ne sont pas publiés (et « *pas disponibles* » comme le signale la cour), la perte totale accumulée de 2010 à 2015 inclus, soit des 6 derniers exercices avant la faillite, serait de 40.679,5 EUR. Le curateur, suivi par la cour, semble ensuite – sans que nous ne comprenions réellement pourquoi – vouloir faire une moyenne entre ce dernier montant et celui du « *passif global au 9 décembre 2016 cliché à 52.464 EUR* », moyenne qui est de 46.571,25 EUR. Quoi qu'il en soit, nous ne sommes donc pas loin du montant de 44.000 EUR réclamé par le curateur. Les quelques centaines d'euros de différence pourraient être liées à l'un(e) ou l'autre ajustement ou nuance⁵⁵;

- d'autre part, la détermination du dommage aurait, d'après nous, dû se faire en tenant compte d'un *arrêt hypothétique* des activités au moment (charnière) de la faute, ce qui n'a hélas pas été fait en l'espèce. La cour rappelle pourtant d'abord à juste titre que le dommage – qui, sans la faute de l'associé-gérant unique, « *ne serait pas survenu tel qu'il s'est réalisé* »⁵⁶ – consiste en « *l'augmentation du passif résultant de la poursuite fautive* »⁵⁷ (*supra*, n° 4). mais la cour semble s'être ensuite contentée, à tort selon nous, mais à l'instar d'une fraction de la doctrine et de la jurisprudence⁵⁸, de faire correspondre ce préjudice à l'augmentation du passif net subie entre le moment (charnière) où l'activité aurait dû être arrêtée et celui où elle l'a effective-

ment été. Or, ce ceci manque de nuances: « *Mogelijk heeft de onderneming in de tussenperiode immers verliezen ondergaan die ook zouden zijn ontstaan gedurende de vereffening of het faillissement indien de onderneming tijdig was stopgezet. Die moeten dus buiten beschouwing blijven. Enkel de verarming waarvan de verweten voortzetting een noodzakelijke oorzaak is geweest, kan dan ook als verhaalsbenadeling worden aangemerkt. 1773 De juiste vergelijking lijkt ons bijgevolg die tussen het rechtspersoonvermogen op het ogenblik van de rechterlijke beoordeling enerzijds, en het hypothetische vermogen zoals dat zou hebben bestaan op het ogenblik van de rechterlijke beoordeling als de onderneming tijdig was stopgezet anderzijds.* »⁵⁹ (nous soulignons);

- soulignons ensuite que la jurisprudence UNAC, qui a été appliquée en l'espèce (*supra*, n° 9), demeure critiquée (*supra*, note 22). Dès lors, on peut se demander si la cour n'aurait pas, en l'espèce, dû s'écarter de cette jurisprudence et donc examiner la situation particulière – y compris l'attitude éventuelle – de chacun des créanciers pour l'évaluation du préjudice collectif⁶⁰. En effet:

« *Une simple comparaison des situations comptables de l'entreprise à deux périodes différentes n'apparaît pas à cet égard suffisante pour établir la mesure du préjudice dont les administrateurs peuvent se voir réclamer réparation. (...)*

Les difficultés insurmontables que soulève l'évaluation du préjudice éprouvé par chaque créancier conduisent toutefois souvent les tribunaux à négliger ces distinctions et à condamner les dirigeants fautifs à la réparation d'un dommage évalué arbitrairement sur la base de l'augmentation du passif net de la société entre le moment où l'activité aurait dû être arrêtée et celui où elle l'a effectivement été (voy., Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, R.D.C., 1997, p. 643; Liège, 3 décembre 1998, J.D.S.C., 2001, p. 221, obs.; Liège, 8 mai 2003, inédit, R.G. 813/2002, p. 6).

Cette tendance de la jurisprudence est particulièrement affirmée lorsque l'action en responsabilité est

⁵⁵ P. ex., la faillite est intervenue en octobre, et non point pile à la fin d'un exercice. Par ailleurs, nous ne disposons pas de certain(e)s documents ou informations susceptibles d'expliquer ces ajustements, tels que le procès-verbal de vérification des créances reprenant « *tout le passif[qui] (...) couvre la période d'octobre 2010 [à] octobre 2015* ».

⁵⁶ En ce sens, voy. not. Cass., 27 octobre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, liv. 3, n° 15.459; Cass. (3^e ch.), 8 janvier 2018, C.17.0075.F, *Bull. ass.*, 2019/2, p. 187; *R.G.A.R.*, 2018/4, n° 15471; *R.W.*, 2018-2019, 38, p. 1502 (somm.); Cass. (2^e ch.), 30 septembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, liv. 2, n° 15.266; Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, liv. 12, p. 2457; Liège (18^e ch.), 26 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2016, somm., liv. 16, p. 766; *Chron. D.S.*, 2017, liv. 4, p. 154, note P. BRASSEUR. Plus généralement, voy. C. DELFORGE, M. DEFOSSE, C. DELBRASSINNE, S. LARIELLE, A. LELEUX, S. MORTIER, N. VANDENBERGHE, L. VANDENHOUTEN et J. VAN ZUYLEN, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité aquilienne (art. 1382 et 1383 du Code civil) – (2015-2016) », *R.C.J.B.*, 2019/4, pp. 210-230.

⁵⁷ Voy. cependant *supra*, note 25.

⁵⁸ Voy. la doctrine et jurisprudence citées par G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 417-418, note 1771. Comp. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 240, n° 153.

⁵⁹ G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 417-418, n° 545 (et, dans le même sens, la doctrine y citée dans ses notes 1772 et 1773). Dans le même sens, voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 291, n° 583.

⁶⁰ Il faut distinguer les créanciers dont la créance est née avant le moment (charnière) où l'activité aurait dû être arrêtée et ceux dont la créance est née après ce moment. Il y a aussi ceux qui, par leur propre faute, ont concouru à la réalisation du dommage. Tant de situations susceptibles d'influencer l'ampleur du préjudice collectif. En ce sens, voy. not. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 240-241 et les développements, exemples et références y repris(e)s, notamment à P. VAN OMMESSLAGHE et à J. JEENEN. Comp. D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, p. 817, n° 439.

menée, après la faillite de la société, par le curateur agissant au nom de l'ensemble des créanciers. »⁶¹;

- enfin, on ignore si la cour a en l'espèce été modératrice ou proportionnée dans la fixation du montant du dommage (*infra*, n° 28, 2^e tiret 3^e al. et *infra*, n° 43, 2^e al., *in fine*). Pour le savoir, il aurait notamment fallu connaître la situation (financière) personnelle de l'associé-gérant unique. Or, l'arrêt annoté n'est pas (assez) éclairant à ce sujet. Il fait seulement état de faillites antérieures et de problèmes de santé de l'associé-gérant unique. Ce type d'informations (non chiffrées) ne suffit pas.

13. Présomption (simple?) de lien causal entre faute et dommage ultérieur. Certains extraits de l'arrêt annoté⁶² suggèrent que le lien causal entre faute et dommage doit être prouvé par la victime, comme le requiert l'article 1382 du Code civil.⁶³ Pourtant, il s'avère que la cour a *de facto* présumé ce lien causal, du moins pour une partie du dommage (*supra*, n° 12, 2^e et 3^e tirets et *infra*, note 180). Cette présomption – simple, osons-nous espérer (*infra*, note 180) – de lien causal pour une partie du dommage, en particulier celle correspondant à l'aggravation du passif net ou à la diminution ou absence d'actif depuis le moment (charnière) où la

poursuite est devenue fautive, semble appliquée fréquemment par les juges dans ce domaine.

Sans doute cela pourrait-il se justifier au nom du fait que la certitude du lien de causalité ne doit pas être absolue ou scientifique⁶⁴: il suffit en effet que le lien de causalité soit conforme à une « certitude judiciaire »⁶⁵. Cette dernière correspond à un « haut degré de vraisemblance »⁶⁶ ou « très élevé »⁶⁷, ou à un lien de causalité « hautement vraisemblable »⁶⁸, même dans les cas où il n'est « pas permis de valider scientifiquement à 100% »⁶⁹ ou si la position contraire, rejetée, « reste toutefois théoriquement possible ».⁷⁰ Selon certains juges, même un « degré élevé de probabilité »⁷¹ (correspondant au critère du cours normal des choses) peut suffire, mais cela ne fait pas l'unanimité⁷² de sorte que la limite/frontière se situe ici. Ne suffisent en tout cas pas, « une probabilité de 50% »⁷³ ou une simple « possibilité ».⁷⁴

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que cette « haute vraisemblance » du lien causal doit être démontrée par la victime. Or, ceci n'est pas toujours vérifié (avec la même rigueur) par les juges de sorte que, *de facto*, une présomption (simple) s'installe souvent.

⁶¹. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 240-241, n° 153. Dans le même sens: J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 292, n° 583. Comp. T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 71-72, n° 87. *Contra*: G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 435, n° 568 *in fine*. A ce sujet, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 263-267, n° 274.

⁶². La cour rappelle en effet que le dommage – qui, sans la faute de l'associé-gérant unique, « ne serait pas survenu tel qu'il s'est réalisé » – consiste en l'augmentation du passif « résultant » de la poursuite fautive (*supra*, n° 4). Il s'agit de la théorie de l'équivalence des conditions, laquelle doit cependant être nuancée, notamment, par la théorie de l'alternative légitime: *infra*, note 273.

⁶³. A ce sujet, voy. C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, pp. 664-669.

⁶⁴. Civ. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 29 février 2016, *Con. M.*, 2016, liv. 2, p. 97, note I. REUSENS; *J.L.M.B.*, 2016, liv. 41, p. 1954, note G. GENICOT; *Rev. dr. santé*, 2015-2016, liv. 5, p. 370, note C. LEMMENS.

⁶⁵. A ce sujet, voy. génér.: C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, pp. 669-678. Cette exigence est parfois considérée comme trop fastidieuse pour les victimes et « impliquant une solution 'du tout ou rien' favorisant le responsable potentiel » (C. BORUCKI *et al.*, « Section III. – Lien de causalité », in GROUPE DE RECHERCHE GROTIUS-POTHIER, « Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité extra-contractuelle: quelques suggestions pour le législateur et le juge », *R.D.I.D.C.*, 2020/2, pp. 167-168, n° 95) ou, à l'inverse, alourdissant sa sanction (comme nous venons de le voir).

⁶⁶. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONONCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 364 et s. et les références citées.

⁶⁷. Mons (4^e ch.B), 12 octobre 2016, *Dr. pén. entr.*, 2017, liv. 2, p. 151.

⁶⁸. Bruxelles, 24 mai 2016, *Con. M.*, 2017, liv. 4, p. 159, note I. REUSENS.

⁶⁹. *Ibid.*

⁷⁰. Civ. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 29 février 2016 (*supra*, note 64).

⁷¹. Civ. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 29 février 2016 (*supra*, note 64); Pol. Bruxelles (fr.), 27 octobre 2016, *E.P.C.*, 2017, liv. 25, III.2; Bruxelles, p. 115; Civ. Bruxelles (11^e ch.), 2 février 2015, *R.G.A.R.*, 2015, liv. 7, n° 15.207. Voy. aussi: Pol. Bruxelles (fr.), 2 avril 2015, *E.P.C.*, 2016, liv. 24, III.4. Bruxelles, p. 7.

⁷². *Contra*: Corr. Liège (14^e ch.), 2 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, liv. 10, p. 459, *erratum* précisant qu'il s'agit de la juridiction civile in *J.L.M.B.*, 2016, liv. 12, p. 574: « Une probabilité (fut-elle élevée) entre la faute et le dommage est insuffisante pour fonder une condamnation. »

⁷³. Pol. Bruxelles (fr.), 2 avril 2015 (*supra*, note 71).

⁷⁴. Civ. Bruxelles (fr.) (11^e ch.), 29 février 2016 (*supra*, note 64).

VI. L'ARTICLE XX.227 DU CDE

A. Le texte légal

14. Texte. Inspirée du régime britannique dit de *wrongful trading*⁷⁵ (et avec quelques ressemblances avec d'autres régimes encore⁷⁶), cette nouvelle disposition constitue la consécration légale des pratiques existantes, à quelques nuances ou renforcements près⁷⁷:

« § 1^{er}. En cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance d'actif, les administrateurs, gérants, délégués à la gestion journalière, membres du comité⁷⁸ de direction ou du conseil de surveillance, actuels ou anciens, et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de diriger l'entreprise, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à l'égard de la masse [à concurrence de l'insuffisance d'actif⁷⁹], si:

a) à un moment donné antérieur à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite;

b) la personne concernée avait à ce moment l'une des qualités visées ci-dessus; et

c) la personne concernée n'a pas, au moment visé sous a), agi comme l'aurait fait un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

§ 2. L'action visée par cet article relève de la compétence exclusive du curateur.

§ 3. L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une diminution ou d'une absence d'actif est répartie proportionnellement entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférences.

L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une aggravation du passif est répartie proportionnellement entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférences.

Toute répartition s'effectue déduction faite des frais de la masse.

§ 4. Lorsque la personne, visée au paragraphe 1^{er}, qui est déclarée personnellement obligée est titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie une copie du jugement à l'ordre ou à l'institut.

§ 5. Le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise déclarée en faillite est une ASBL, AISBL et fondation qui tient une comptabilité simplifiée conformément aux articles 17, 37 et 53 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes. »

15. Interprétation. Les travaux préparatoires⁸⁰ suggèrent que pour connaître la portée de cette responsabilité et pour fixer l'ampleur de l'indemnisation, on peut utilement se référer à la jurisprudence⁸¹ et à la doctrine⁸² existantes en matière de responsabilité pour poursuite fautive d'activités déficitaires fondée sur l'article 1382 du Code civil. Comme nous le verrons (*infra*, nos 24 et s.), l'article XX.227 du CDE va en réalité plus loin, ce qui lui donne d'ailleurs une plus-value considérable par rapport à l'article 1382 du Code civil.⁸³

B. Ce qui ne change (presque) pas

16. La faute. Une première chose qui demeure fondamentalement inchangée par rapport à l'article 1382 du Code

⁷⁵ En particulier de l'art. 214 du *Insolvency Act* au Royaume-Uni: www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/214/enacted. Voy. not. A. VANHEES, « 'Wrongful trading' in België en UK: hoe bezorgd moeten bestuurders zijn voor het nieuwe artikel XX.227 WER? », 20 décembre 2017, www.corporatefinancelab.org/2017/12/20/; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 56-58, n°s 67-69.

⁷⁶ Pour une analyse de droit comparé, en particulier en comparaison avec les régimes en vigueur en France, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis (dont il ressort que, parmi ces 3 pays, seule la France dispose d'un régime équivalent au nôtre), voy. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 446-457. Voy. aussi D. KONSTANTINOV, « Wrongful Trading: Comparative Approach (England and Wales, Russia and the USA) », 2(1) *BRICS LJ* (2015), cité par I. VEROUSTRATE et al., *o.c.*, 2019, p. 1445.

⁷⁷ Ces renforcements sont en réalité considérables (*infra*, n°s 22 à 31) et visent notamment à garantir un fonctionnement sain des entreprises et à contrebalancer l'allègement des conditions de constitution d'une société, et d'une SRL en particulier, sous le nouveau Code des sociétés et des associations: *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, 2407/004, p. 60.

⁷⁸ Lisez plutôt « conseil de direction » au lieu de « comité de direction » (*infra*, n° 26).

⁷⁹ *Infra*, n° 28, 2^e tiret.

⁸⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, 54-2407/001, 105.

⁸¹ Voy. entre autres la jurisprudence citée, résumée et/ou commentée par les auteurs suivants: A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1486-1489; C. DELFORGE, M. DEFOSSE et al., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, pp. 554-555, n° 101; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 430, note 1825 et p. 445, note 1885; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 60; S. BRIJS, K. DE SMET et S. JACMAIN, « Responsabilité des administrateurs et interdiction professionnelle dans le droit des faillites réformé », *In foro*, 2018/1, n° 58, p. 11, note 14; S. DE GEYTER, « Bestuurdersaansprakelijkheid voor en na faillissement », in *De vennootschap in de verschillende takken van het recht*, Gand, Larcier, 2013, p. 73, n° 21, note 67.

⁸² Voy. entre autres les auteurs suivants qui abordent ce thème en profondeur: VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 58-64; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 432-446; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 127-135, n°s 83-87 et pp. 237-242, n°s 150-153; M. WYCKAERT et F. PARREIN, « Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid? », in K. GEENS, M. WYCKAERT et V. COLAERT (eds.), *Vennootschaps- en financieel recht in Themis*, Bruges, die Keure, 2011, 1-36.

⁸³ Ledit art. 1382 reste invocable subsidiairement, comme le confirme implicitement l'arrêt annoté: *supra*, n° 11, 3^e tiret, spéc. note 47.

civil, c'est l'appréciation de la faute, laquelle se fait par rapport à la norme générale de prudence.⁸⁴

L'article XX.227, § 1^{er}, a) et c), du CDE précise, en concordance avec les enseignements traditionnels antérieurs de l'article 1382, les conditions – proches d'ailleurs de celles de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil⁸⁵ – dans lesquelles le dirigeant (de fait) sera considéré comme fautif. Ce sera le cas si les trois conditions suivantes sont réunies:

- à un moment donné antérieur à la faillite, « *il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite* » (art. XX.227, § 1^{er}, a), CDE). La détermination de ce moment, qu'on peut appeler le « moment charnière »⁸⁶, est probablement l'élément le plus important et en même temps le plus difficile à établir⁸⁷, d'autant plus que ce moment peut difficilement (sauf cas exceptionnel: *infra*, n° 25 et note 291) être clairement figé dans le temps.⁸⁸ Il se situe nécessairement *après* celui d'une (simple) menace à la continuité – au sujet de laquelle l'organe de gestion doit d'ailleurs délibérer en vertu de l'article 2:52 du CSA⁸⁹ – et *avant* celui de la (déclaration de) faillite.⁹⁰ Il s'agit plus précisément du moment où il est devenu évident que l'entreprise est devenue raisonnablement impossible à sauver ou irrémédiablement compromise ou condam-

née (*reddeloos verloren*)⁹¹, à savoir en cas de menace persistante à la continuité en dépit ou en l'absence de mesures de redressement raisonnables et, le cas échéant, complémentaires.⁹² Dans l'*arrêt annoté*, la cour ne raisonne pas différemment⁹³: elle y déplore l'absence – répétée et fautive – de mesures (concrètes) de redressement⁹⁴ et en conclut que la poursuite d'activité est devenue fautive « *au-delà de l'année 2009* ». On en déduit que le « moment charnière » a en l'espèce été fixé au 1^{er} janvier 2010, soit plus de 5 ans avant la faillite. L'*arrêt annoté* s'inscrit ainsi dans la lignée d'arrêts antérieurs (*supra*, note 6), même si une fixation si/trop lointaine du moment charnière par rapport à celui de la faillite n'a pas toujours été admise⁹⁵, ce qui est évidemment une question de cas par cas.

Par exemple, prenons un cas où le moment charnière est franchi mais où le dirigeant poursuit néanmoins (fautivement) l'activité et où, ensuite, un évènement inespéré se produit, grâce auquel l'entreprise sort du rouge et est à nouveau florissante pendant plusieurs années (comp. *infra* n° 39). Si, après ces années de nouvelle vie prospère, l'entreprise finit néanmoins par tomber en faillite pour d'autres raisons, peut-on reprocher au dirigeant de n'avoir pas initialement mis fin aux activités (avant l'évènement inespéré) et prendre ce moment charnière initial en compte? Nous ne le

84. La question centrale est donc toujours de savoir si le dirigeant a agi comme une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances: G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 430-431, n° 561 et p. 435, n° 569; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 71 *medio*; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 678, n° 45.

85. L'action paulienne peut donc servir de source d'inspiration: G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 435-446 (spéc. nos 571-576, 584, 585, 588).

86. Aussi appelé « *point de non-retour* » (traduction libre) ou « *omslagpunt* » (par G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 415, n° 541) ou encore « *moment of truth* » ou « *kantelpunt* » (par T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 57 et 71).

87. Voy. not. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 239 *in fine*; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 668-669, n° 33.

88. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 444, n° 585: « *Aangezien het om een functioneel criterium gaat, bestaat er geen vast moment in de tijd waarop een onderneming reddeloos verloren is.* » Voy. aussi *infra*, note 150.

89. Pour déterminer à quel moment il existe des « *faits graves et concordants* » (art. 2:52 et 3:69 CSA et art. XX.23, § 3, CDE: *supra*, note 15) qui menacent la continuité, on peut s'inspirer des normes ISA (*International Standards on Auditing*), en particulier de la norme ISA 570 intitulée « Continuité de l'exploitation » (G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 441-442). Celle-ci reprend notamment une liste non exhaustive d'indicateurs (non décisifs) « *susceptibles de jeter un doute important sur la capacité de l'entité à poursuivre son exploitation* », parmi lesquels: capitaux propres ou fonds de roulement négatif, états financiers historiques ou prévisionnels montrant des flux de trésorerie d'exploitation négatifs, ratios-clés financiers défavorables, perte d'exploitation significative ou détérioration importante de la valeur des actifs utilisés pour générer les flux de trésorerie, départ de cadres dirigeants supérieurs sans remplacement, sinistres non (suffisamment) assurés lors de leur survenance, etc. (ISA 570, § A.3). Sur le caractère obligatoire des normes ISA (pour les réviseurs d'entreprises), voy. D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, « Relations entre le commissaire et la direction (management) », in *Le commissaire et les autres organes ou comités de l'entité contrôlée*, ICCI, 2019, p. 14, n° 20, note infrapaginale 28 (et les références).

90. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 439-442. Voy. aussi *infra*, note 289. Concernant l'hypothèse d'une procédure de réorganisation judiciaire, voy. C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants en droit de l'insolvabilité », *Séminaire Vanham & Vanham*, 1^{er} décembre 2016, pp. 44-45; S. JACMAIN et C. DE BOE, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, pp. 545-547, n° 18; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 261-265, spéc. n° 172.

91. Voy. not. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 442-443.

92. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1486-1487, n° 2191 (et les nombreuses réf.); J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 668-669, n° 33 (et réf.); G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 442-443 et les références, notamment à l'arrêt de 2004 (visé *supra*, note 2) qui mentionne à raison que la « *question de l'absence d'élaboration de mesures sérieuses de redressement est intimement liée à celle de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée* ».

93. La cour considère que: « *La faute apparaît précisément lorsqu'il devient certain que l'erreur d'appréciation initialement excusable se perpétue, se répète, s'amplifie (voir en ce sens, Mons, 20 mai 1985, Rev. prat. soc., p. 282).* » Voy. égal. les exemples jurisprudentiels *supra*, note 5.

94. La cour ne mentionne pas explicitement que la situation de la société était devenue irrémédiablement compromise ou impossible à sauver, mais cela paraissait évident en l'espèce et donc pas nécessaire à préciser. A tout le moins, plusieurs indicateurs (*supra*, note 89) étaient-ils manifestement et continuellement réunis en l'espèce.

95. Voy. not. Gand, 11 mai 2015, *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 439 et s. (note J. VAN EETVELDE), cité et nuancé par G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 444, n° 585. Cet arrêt dispose notamment: « *Het is niet omdat de bestuurders (...) op de hoogte waren van de ongunstige financiële situatie van hun bedrijf op 15 maart 2011, dat zij toen reeds wisten dat bepaalde leveranciers nooit zouden betaald worden, dat hun procedure WCO finaal niet zou slagen en dat hun vennootschap haar betalingen zou staken en op 20 oktober 2011 failliet verklaard zou worden.* »

pensons pas. Cela nous paraîtrait notamment contraire à l'esprit de la règle dite de wrongful trading et au caractère continu que la faute doit en principe présenter (*infra* note 150). La continuité de la société, dans ce cas, n'aurait d'ailleurs, pendant la période de prospérité, plus été menacée (de façon persistante);

- le dirigeant savait ou devait savoir que le moment charnière était atteint. Cette connaissance est toutefois quasi automatiquement attribuée au dirigeant au moment charnière, une fois ce moment établi.⁹⁶ Ceci nous paraît néanmoins devoir être nuancé. En effet, l'arrêt annoté (*supra*, note 93), qui reproduit à cet égard les termes de l'arrêt de 2004 (*supra*, note 2), précise que la première « erreur d'appréciation » est « initialement excusable ». Elle n'est donc pas sanctionnée et ne le sera que si elle « se perpétue, se répète, s'amplifie »⁹⁷;
- le dirigeant n'a pas, dès qu'il savait ou devait savoir que le moment charnière était atteint, agi comme l'aurait fait un « administrateur » (lisez plutôt « dirigeant »⁹⁸) normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Il aurait en effet alors dû mettre un terme aux activités⁹⁹ (notamment en cessant les paiements et en faisant ensuite aveu de faillite), en principe dès ce moment charnière (ou dans le meilleur délai raisonnable suivant celui-ci, compte tenu des circonstances) ou, par exception, après une brève poursuite d'activités si une telle poursuite se justifie.¹⁰⁰

Il nous semble donc que la faute de l'article XX.227 du CDE se situe quelque part entre la simple faute aquilienne d'une part, et la faute grave et caractérisée de l'article XX.225 du CDE d'autre part, quoique plus proche de cette dernière (*supra*, spéc. notes 43 et 88 et 97). En tout état de cause, l'appréciation de la faute se fera de façon marginale – le juge ne substituant pas son appréciation à celle du dirigeant, mais sanctionnant une attitude manifestement déraisonnable – et *ex ante*.¹⁰¹ Le comportement des créanciers pourrait à cet égard être pris en compte, selon le cas.¹⁰²

17. Action individuelle du créancier pour son préjudice propre ou personnel. Concernant les possibilités d'action du créancier individuel, il n'y a pas de réel changement non plus: « *Ook op dit vlak innoveert artikel XX.227, § 2 dus niet: een schuldeiser heeft geen eigen vordering voor zijn aandeel in de collectieve schade (conform het gemeen recht en in tegenstelling tot de opgeheven lex specialis voor aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout); en een schuldeiser heeft ook geen afgeleide vordering ten voordele van de boedel (opnieuw conform het gemeen recht en in tegenstelling tot de nieuwe lex specialis voor aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout). Wat § 2 niet betekent, is dat een schuldeiser geen eigen vorderingsrecht zou hebben voor individuele schade.* »¹⁰³

Cette dernière phrase, qui rappelle l'existence d'un droit d'action individuelle des créanciers pour leur préjudice personnel (mais pas pour leur portion dans le préjudice collectif¹⁰⁴), mérite que l'on s'y attarde. Certains auteurs interprètent en effet le nouvel article XX.227, § 2, du CDE comme

⁹⁶ G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 443-444, n° 584 et les nuances et références citées, notamment à l'arrêt de 2004 (visé *supra*, note 2).

⁹⁷ Il s'agit d'indices supplémentaires suggérant que la faute est ou doit être continue (*infra*, note 150) et caractérisée (*supra*, note 43).

⁹⁸ N. THIRION, P. MOINEAU & D. PASTEGER, « Ile partie – Le nouveau droit des entreprises en difficulté (livre XX CDE) », in *Chroniques notariales – Volume 67*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 517, note 766; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1449, n° 1992, approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, T.R.V.-R.P.S., 2020, p. 494, n° 100. *Infra* note 220.

⁹⁹ C'est d'ailleurs ce que confirme l'arrêt annoté: « La faute est constituée par un manquement à l'obligation générale de prudence qui aurait commandé de mettre un terme aux activités sociales. »

¹⁰⁰ P. ex. parce qu'elle pourrait permettre une vente contrôlée ou sereine d'actifs. Voy. Gand, 25 janvier 2010, J.D.S.C., 2012, p. 158; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 444-446, nos 586-588 et les références citées, notamment à l'arrêt de 2004 (visé *supra*, note 2). Comp. J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 238-240, n° 152.

¹⁰¹ J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 678, n° 46; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 438, n° 574; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 18 et p. 72, n° 87 et les références citées (not. à l'art. 2:56 CSA); A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, T.R.V.-R.P.S., 2020, p. 494, n° 100; D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, pp. 813-814, n° 438. On peut à cet égard se permettre un parallèle avec le droit administratif et plus particulièrement avec le contrôle marginal qu'exerce le juge administratif en cas d'« erreur manifeste d'appréciation », à savoir celle qui est incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise (à ce sujet, voy. F. BELLEFLAMME & J. BOURTEMBOURG, « Légalité, motivation, proportionnalité », in S. BEN MESSAOUD & F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 448-449 et réf.; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 177; X. DIEUX, *o.c.*, à paraître). Un rapprochement similaire peut également être fait avec le droit du travail (à ce sujet, voy. not. S. LEQUEU, « Licenciement manifestement déraisonnable et contrôle 'marginal' du juge », *B.J.S.*, 2018/605, p. 5; A. GIELEN, H.-F. LENAERTS, B. VANSCHOEBEKE, J.-Y. VERSLYPE, G. WILLEMS & A. WITTERS, « Chapitre 10. – Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 441-442, n° 13; S. GILSON & F. LAMBINET, « 8 – Fifteen shades of C.C.T. 109. Les 15 degrés du 'manifestement déraisonnable' » in *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 352-354). Comp., concernant l'article XX.225, A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1530, n° 2250: « [Le juge] est ainsi 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 (Liège, 25 février 2016, D.A.O.R., 2016/119, p. 68; R.P.S.-T.R.V., 2017/1, p. 73). »

¹⁰² T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 71-72, note 180; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1486, n° 2191 (et réf. citées dans sa note 216). Comp. avec nuances: G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 435, n° 568.

¹⁰³ J. VANANROYE, *o.c.*, T.R.V.-R.P.S., 2018, p. 250 *in fine*.

¹⁰⁴ Voy. les arrêts cités *infra*, notes 108 et 111. Voy. égal. *infra*, n° 18.

excluant un tel droit¹⁰⁵, à tort selon d'autres¹⁰⁶ auxquels nous nous joignons.

Rappelons en effet, comme le résume F. George dans sa thèse de doctorat, jurisprudence et doctrine à l'appui, « *que les créanciers sont admis à solliciter l'indemnisation d'un préjudice propre indépendant de la perte de leur créance. On parle alors de préjudice personnel, distinct du préjudice collectif* ». ¹⁰⁷ Cette distinction vise donc à éviter que le créancier « *réclame en réalité une indemnité pour le fait que sa créance dans la faillite n'est pas honorée, et qu'il réclame donc une indemnité pour sa part dans le dommage collectif* » ¹⁰⁸, ce qui aboutirait en réalité à créer *de facto* un privilège là où il n'y en a pas et serait donc contraire à l'égalité des créanciers. ¹⁰⁹ *A contrario*, un créancier gagiste par exemple, jouissant d'un privilège spécial, peut ainsi agir individuellement pour récupérer le produit de réalisation du gage. ¹¹⁰

Mais l'exigence d'un préjudice propre des créanciers, « *indépendant de la perte de leur créance* », a été interprétée de manière très (trop) souple par la jurisprudence ¹¹¹, de sorte que cette exigence n'en est en réalité (presque) plus une. Elle a été pratiquement vidée de sa substance, ce que beaucoup d'auteurs regrettent. ¹¹² Il est ainsi (devenu) possible pour un créancier (p. ex. l'Etat belge) d'une société faillie d'agir individuellement contre ses dirigeants pour récupérer le non-

paiement fautif de sa créance (d'impôts p. ex.). ¹¹³ Or, une telle action ne vise en réalité, d'un point de vue économique, pas un prétendu paiement indépendant de la perte de créance ni un dommage propre, mais bien une part dans le préjudice collectif. ¹¹⁴ Aussi regrettable soit-il, tel est néanmoins l'état actuel de la jurisprudence, transposable à l'action individuelle d'un créancier pour son dommage résultant de la poursuite fautive d'une activité déficitaire. ¹¹⁵

Compte tenu de ce qui précède, et en particulier de l'interprétation jurisprudentielle (trop) large donnée à la notion/condition de préjudice personnel, les créanciers disposent *de facto* d'une arme potentiellement plus puissante que celle dont ils sont privés dans le cadre de l'article XX.227 du CDE (à savoir l'action dite dérivée ou subsidiaire: *infra*, n° 18). Cela pose d'ailleurs accessoirement la question de savoir si l'action dérivée prévue à l'article XX.225 du CDE est réellement utile.

18. Monopole du curateur: pas d'action dérivée des créanciers. L'article XX.227, § 2, du CDE précise que l'action visée relève de la compétence exclusive du curateur. Précisons d'emblée que ce monopole du curateur ne couvre que la créance collective, sans préjudice donc du droit de recours de créancier(s) individuel(s) pour son/leur dommage personnel. ¹¹⁶

¹⁰⁵. C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, pp. 144-145.

¹⁰⁶. Nous renvoyons aux explications et précisions éclairantes des auteurs suivants: J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 251, n° 5 et la jurisprudence et la doctrine citées (not. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, 677, n° 44 et p. 687), approuvé par I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1451 et par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 494, n° 104; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 68 et 63 (et réf.). Voy. égal. Cass., 28 mars 2014, *J.T.*, 2014, p. 543; Cass., 29 octobre 2004, *R.W.*, 2007-2008, p. 500; Cass., 5 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 817.

¹⁰⁷. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 275, n° 280. En d'autres termes, les créanciers pourront agir individuellement mais à condition que l'action « *se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif* » ou qu'elle « *repose sur des liens juridiques propres au créancier qui l'invoque* » (Bruxelles, 12 janvier 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 142.). Pour le surplus, voy. D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, pp. 812-813, n° 437 et p. 822 et surtout F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 274-276, n°s 279-280 et les exemples et références cités(e)s.

¹⁰⁸. Cass., 17 janvier 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 321.

¹⁰⁹. Voy. l'arrêt d'appel (cité par F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 270 *ab initio*) qui a précédé – mais a été cassé par – l'arrêt (abordé *infra*) de Cass., 8 mars 1965, *Pas.*, 1965, II, p. 684.

¹¹⁰. Dans un sens similaire, voy. Cass., 8 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 885.

¹¹¹. Cass., 8 mars 1965, *Pas.*, 1965, II, p. 684; Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 427, *R.W.*, 2011-2012, p. 370 (note J. VANANROYE); Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160 (note B.T.S.). *Contra*: Cass., 17 janvier 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 321. Pour une synthèse, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 269-273, n° 277.

¹¹². Voy. les éminents auteurs cités par F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 270, note 1526 et p. 273, note 1538.

¹¹³. Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160.

¹¹⁴. D. WILLERMAIN, « Responsabilité des administrateurs en cas de faillite: absence de quasi-immunité des organes à l'égard du curateur et nouvelles précisions sur la notion de préjudice collectif » (note sous Cass., 2 octobre 2014), *Rev. prat. soc.*, 2015, p. 174.

¹¹⁵. J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 251, n° 5 (et les conditions que cet auteur énonce pour parler de « dommage individuel »); J. VANANROYE, note sous Cass., 19 octobre 1999, *T.R.V.*, 2000, pp. 458-459; Anvers, 3 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 753 (note); *R.P.S.*, 1992, p. 103 (et note de F. T'KINT). *Contra*: B. VOGLET, « Eléments d'appréciation quant à l'action en responsabilité dirigée par un créancier contre un tiers de la société faillie, en réparation du préjudice qu'il a subi du fait de la perte de sa créance » (note sous Comm. Charleroi, 2 septembre 1998), *R.D.C.*, 2000, pp. 640-641; T. BOSLY, « Préjudice collectif ou individuel: un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers » (note sous Cass., 5 décembre 1997), *R.C.J.B.*, 2000, p. 57; Civ. Namur, 18 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 125; Comm. Charleroi, 2 septembre 1998, *R.D.C.*, 2000, p. 637.

¹¹⁶. *Supra*, n° 17 (spéc. note 106). En cas d'actions tant du curateur pour le préjudice collectif que d'un créancier pour son préjudice personnel, il convient de veiller à ce que les dirigeants ne se retrouvent *in fine* pas à devoir payer/indemniser des montants non cumulables. Dans le même sens, mais dans le cadre de l'art. 1382 C. civ. où la preuve d'un lien causal est indispensable (contrairement à l'art. XX.227 CDE: *infra*, spéc. note 168), voy. J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, p. 251, n° 5, note 25 et la jurisprudence et la doctrine y citées; F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 271, note 1530 et pp. 276-277, n° 281.

Cette compétence exclusive du curateur est saluée par certains¹¹⁷ mais critiquée par d'autres.¹¹⁸ Selon ces derniers, la justification contenue dans l'*exposé des motifs* n'est pas convaincante.¹¹⁹ Ils estiment qu'il aurait fallu permettre au(x) créancier(s) individuel(s) de pouvoir, dans le cadre de l'article XX.227 aussi, introduire l'action « dérivée » ou subsidiaire que permet l'article XX.225 du CDE en cas d'inertie du curateur et dont la justification se lit comme suit dans les travaux préparatoires de l'article XX.225 (portant initialement le numéro XX.227, ce qui a pu induire en erreur certains¹²⁰): « Une action tendant à la reconstitution de la masse relève pratiquement par définition de la compétence du curateur. Toutefois, il est apparu dans le passé que les curateurs étaient parfois peu motivés pour initier de telles procédures souvent complexes. C'est pourquoi (...) les créanciers peuvent également introduire une telle action mais pour le compte de la masse. Les créanciers peuvent tirer un certain avantage de la procédure, comme il est indiqué dans l'article et notamment un remboursement des honoraires qu'ils ont payés à leur(s) avocat(s). ».¹²¹

Nous pensons qu'il n'y a *a priori* rien de choquant en soi – dans l'hypothèse (unique), analysée ici, de poursuite déraisonnable d'activités déficitaires¹²² – à ne prévoir une action dérivée qu'en cas de faute grave et caractérisée (et pour autant que la société faillie ait une certaine taille: *supra*,

n° 10, 3^e tiret). Traiter différemment – en l'occurrence plus sévèrement, puisqu'une possibilité supplémentaire d'action (dérivée) est prévue contre lui – un dirigeant ayant commis une faute grave et caractérisée ne paraît pas discriminatoire en soi.

Les créanciers sont-ils alors totalement démunis en cas d'inertie du curateur si la poursuite fautive d'activités déficitaires n'est pas « grave et caractérisée » dans le chef du dirigeant, à supposer qu'une telle hypothèse soit envisageable (*supra*, note 43)? Ne pourraient-ils pas alors, par exemple, sur la base de l'article 1382 du Code civil au lieu de l'article XX.227 du CDE, désigner tous ensemble un représentant unique, autre que le curateur inactif, pour agir en leur nom? Cette piste paraît séduisante – par exemple si on l'envisage en tant qu'action en réparation de la somme des préjudices individuels des créanciers, différente du préjudice collectif¹²³ – mais contraire aux « règles essentielles du droit de la faillite »¹²⁴ qui confèrent au seul curateur qualité pour agir au nom de l'ensemble des créanciers. Néanmoins, les créanciers n'en sont pas démunis pour autant. En effet, d'une part, comme le souligne F. George dans sa thèse de doctorat, d'autres expédients ont été suggérés par la doctrine¹²⁵: « Il reste en effet loisible aux créanciers de saisir le juge-commissaire (C. BERCKMANS, « *Schuldeisers en stilzitten curator* », *N.J.W.*, 2013, p. 490), de solliciter le remplace-

¹¹⁷. I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1451, approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 494, n° 104; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 68 (et p. 73 *ab initio* et p. 75 *in fine*), qui souligne à cet égard l'importance du curateur comme premier filtre (professionnel), en raison notamment de l'absence d'exigence de preuve de lien causal entre la faute et le dommage dans le cadre de l'art. XX.227 CDE, alors que l'art. XX.225 dDE (qui limite le monopole du curateur: *infra*, not. note 121) requiert la preuve d'un lien entre la faute (grave et caractérisée) et la faillite. Cet argument ne nous convainc pas car ce lien entre faute et faillite est généralement aisé à démontrer et il n'implique en outre pas qu'il faille un lien entre faute et dommage, ce dernier pouvant donc être tout aussi – voire plus – élevé que celui de l'art. XX.227 (*infra*, note 168).

¹¹⁸. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1538, n° 2262; J. VANANROYE, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, pp. 251-252, n° 6. Comp. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 677, n° 44.

¹¹⁹. L'*exposé des motifs* prévoit que: « Le but est d'éviter que tout intéressé puisse intenter une telle action dans un domaine exigeant une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise. » (projet de loi, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 105). Cette explication ne convainc/suffit pas car la situation de l'art. XX.227 CDE n'est pas nécessairement plus complexe que celle de l'art. XX.225 CDE où le curateur n'a pourtant pas de compétence exclusive puisque tout créancier individuel peut agir de façon « dérivée » à la place du curateur inactif (art. XX.225, § 3-4, CDE).

¹²⁰. Not. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 687 *in fine*.

¹²¹. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103. L'avantage de cette action dérivée est toutefois relatif, surtout par rapport à l'ancien texte de l'action en comblement de passif (art. 265 ancien C. soc. pour la SPRL) puisque l'action des créanciers n'était à l'époque pas subordonnée à l'inertie du curateur et que l'indemnisation obtenue, le cas échéant, leur revenait exclusivement, et non à la masse comme c'est le cas aujourd'hui (C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, *o.c.*, 2018, pp. 734-736; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 428, n° 558; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1529-1530, n° 2249 (et la doctrine citée); I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, pp. 1439, 1440 et 1451, reproduit par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 489-490, n° 86; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, pp. 352-354, n° 651-654 et pp. 356-357, n° 661-663; *infra*, note 216).

¹²². Pour rappel, nous laissons de côté ici les autres hypothèses de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite – autres que celle résidant dans la poursuite déraisonnable d'activités – que peut couvrir l'art. XX.225 CDE. Pensons p. ex. à la fraude fiscale grave et organisée, au non-paiement délibéré des charges sociales et fiscales, à l'absence de toute comptabilité, au désintérêt total dans la gestion, etc. (J. DANIEL et D. CORNIL, *o.c.*, *Pli jur.*, 2019/50, p. 41, n° 28 et réf.; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1513-1516; I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, pp. 1429-1432). Au sujet de toutes ces autres hypothèses, certaines critiques émises, en particulier celles à l'égard de l'exception (discriminatoire) de l'art. XX.225 CDE en faveur des dirigeants de certaines petites entreprises par rapport à celle de l'article XX.227, conservent toute leur pertinence (*infra*, n° 20).

¹²³. Comp. *supra*, note 23.

¹²⁴. J. HEENEN, « Préjudice collectif et action individuelle », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 230.1547. Dans le même sens: F. MOURLON-BEERNAERT, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 516; T. BOSLY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 42. A ce sujet, voy. F. GEORGE, *o.c.*, 2018, pp. 273-274, n° 278.

¹²⁵. Voy. F. MOURLON-BEERNAERT, *o.c.*, *R.D.C.*, 1998, p. 516; J. VANANROYE, « Vorderingsrechten van curator en individuele schuldeisers voor schade aan het vermogen van de gefailleerde » (note sous Cass., 7 novembre 1997), *T.R.V.*, 1998, p. 279; T. BOSLY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 42-43; I. VEROUSTRATE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, tome II, *Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 318; C. BERCKMANS, « *Schuldeisers en stilzitten curator* », *N.J.W.*, 2013, pp. 487 et s. En droit français, l'art. 620-20 C. comm. permet en cas de carence du mandataire, au créancier nommé contrôleur d'agir.

ment du curateur inactif (*Ibid.*, p. 491), de désigner un curateur ad hoc (*Ibid.*, p. 492) ou d'engager la responsabilité du curateur (*Ibid.*). »¹²⁶ D'autre part, rappelons l'interprétation large donnée par la jurisprudence au droit d'action individuel des créanciers (*supra*, n° 17), rendant d'ailleurs potentiellement inutile leur action dérivée en cas d'inertie du curateur.

19. Pas d'exception pour les dirigeants de certaines petites sociétés. Comme déjà annoncé (*supra*, n° 10, 3^e tiret), l'article XX.227 du CDE n'a, malgré une proposition en ce sens¹²⁷, pas instauré une exception en faveur des dirigeants de certaines petites entreprises – sociétés, A(IS)BL, fondations, etc. – identique à celle de l'article XX.225 § 2 du CDE. L'article XX.227 du CDE prévoit une exception, certes, mais uniquement en faveur des dirigeants d'ASBL, d'ASBL et de fondation ayant une comptabilité simplifiée conformément aux articles 3:47, § 2 et 3:51, § 2, du CSA¹²⁸ (art. XX.227, § 5, CDE).¹²⁹ Vis-à-vis d'eux toutefois, rappelons que l'article 1382 du Code civil (*supra*, note 47) et, dans quelques rares cas, l'article XX.225 du CDE (*infra*, note 130 *primo*) peuvent, quant à eux, toujours être invoqués.

20. Le fait que l'article XX.227 du CDE ne contienne pas la même exception que l'article XX.225 § 2 du CDE appelle des questions. Ces interrogations se posent non seulement au regard du principe constitutionnel d'égalité en général¹³⁰, du moins lorsque la faute grave et caractérisée réside ailleurs que dans la poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire (*supra*, note 122).¹³¹ Mais ces questions se posent aussi plus

spécifiquement, lorsque la faute grave et caractérisée réside précisément dans la poursuite d'une activité déficitaire, au regard de la possibilité pour le curateur de contourner aisément cette exception de l'article XX.225 du CDE, en agissant alors sur la base de l'article XX.227 du CDE pour obtenir la même chose (*infra*, n° 33). L'exception est donc, selon le cas, tantôt inégale tantôt inutile (du moins en présence d'un curateur actif¹³²).

Dans l'hypothèse où la poursuite déraisonnable d'activités déficitaires serait constitutive d'une faute grave et caractérisée (*supra*, note 122), ce qui sera souvent voire toujours le cas (*supra*, note 43), nous nous permettons de nuancer la position du professeur Vananroye. Selon lui, l'article XX.227 du CDE aurait dû prévoir autant voire plus d'exceptions que l'article XX.225 § 2 du CDE.¹³³ Nous pensons néanmoins que l'absence dans l'article XX.227 d'une exception en faveur des dirigeants de petites sociétés et, dans certains cas (*supra*, note 130 *primo*), de petites associations et fondations (contrairement à l'art. XX.225 où cette exception est comprise) pourrait tout à fait se justifier, mais – rappelons-le – dans la seule hypothèse d'une poursuite déraisonnable d'activités. Dans cette hypothèse en effet, comme déjà vu, le dirigeant de petite société – ou, dans certains cas (*supra*, note 130 *primo*), de petite association et fondation – ayant commis une faute grave et caractérisée échapperait, certes, à la responsabilité de l'article XX.225 (et donc essentiellement à l'action dérivée y prévue: *supra*, nos 18 et *infra*, n° 33), mais *pas* à la responsabilité de l'article XX.227 – qui permet, elle aussi, au curateur d'obtenir une indemnisation tout aussi élevée (sans lien causal avec la faute: *infra*, nos 28

¹²⁶ F. GEORGE, *o.c.*, 2018, p. 274, n° 278 *in fine* et réf.

¹²⁷ La proposition d'amendement en ce sens (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 5) fut rejetée (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 78).

¹²⁸ En réalité, le texte actuel de l'art. XX.227, § 5, CDE ne mentionne pas ces articles du CSA mais fait encore référence aux articles correspondants de l'ancienne loi du 27 juin 1921, abrogée entre-temps (A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1536, note 147). Le législateur devrait rectifier cette erreur (*infra*, note 220).

¹²⁹ Voy. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1522-1524 et 1536; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, pp. 349-350, n° 647 (et les questions pratiques posées). Cette exception était au départ aussi reprise dans les mêmes termes à l'article XX.225 du CDE, mais ces termes ont été supprimés au motif que l'exception plus générale dudit article XX.225 réglait déjà le sort des associations et fondations (*doc. parl. Ch.*, doc n° 54-3119/013, pp. 70-72; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 66, n° 81). Cette motivation, certes compréhensible, n'est pas convaincante au regard de l'égalité puisque, en conséquence, les associations et fondations exclues de l'article XX.225 ne sont pas nécessairement toutes exclues de l'article XX.227 alors qu'elles le devraient selon nous (*infra*, note 130 *primo*).

¹³⁰ Voy. not. T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 66-67, n° 81 et les travaux préparatoires et la doctrine critique y cités; P. DE WOLF, « La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre », *T.A.A.*, juin 2019, p. 34; C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, *o.c.*, 2018, p. 745; S. BRIJS, S. JACMAIN, K. DE SMET et A. VAN HOE, « Het nieuwe faillissementsrecht », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, p. 264, note 56. Il nous semble en réalité que l'exception de l'article XX.227 du CDE est source d'inégalités sous trois angles. Primo, parmi les associations et fondations visées par l'article XX.227, certaines ne sont pas visées par l'article XX.225 (ce qui est regrettable: *infra*, n° 20, dern. al.), et vice-versa aussi d'ailleurs (ce qui est moins déroutant: *infra*, note 133 et n° 21(iii)), ces deux articles utilisant des critères et seuils différents quant à leurs exceptions. Secondo, l'article XX.227 vise toutes les sociétés, quelle que soit leur taille, tandis que l'article XX.225 exclut de son champ d'application certaines petites sociétés (*infra*, n° 20, dern. al.). Tertio, en lien avec ce qui précède mais indépendamment de toute comparaison avec l'article XX.225, le fait que l'article XX.227 ne prévoit aucune exception pour les sociétés, même de petites tailles, alors qu'il en prévoit pour certaines petites associations et fondations, pose à lui seul déjà question (*infra*, n° 20, 3^e al.).

¹³¹ Nous pensons en effet que la critique au regard de l'égalité ne vaut pas dans l'hypothèse spécifique de poursuite fautive grave et caractérisée d'activité déficitaire puisque, dans ce cas, comme nous le verrons, l'exception en faveur des dirigeants de petites sociétés et, dans certains cas (*supra*, note 130 *primo*), de petites associations et fondations peut être aisément contournée. Voy. *infra* à ce sujet.

¹³² Nous laissons donc de côté l'utilité du droit d'action dérivé des créanciers prévu à l'art. XX.225 CDE puisque ce droit n'a d'utilité que lorsque le curateur est inactif: *supra*, n° 18 et *infra*, n° 33.

¹³³ J. VANANROYE, « Aansprakelijkheid voor 'wrongful trading' en 'kennelijk grove fout' in het WER: een ruimer toepassingsgebied én ruimere vrijstellingen », 2 mars 2018, www.corporatefinancelab.org/2018/03/02. Dans le même sens, voy. la doctrine citée *supra*, note 130. Rappelons néanmoins que, dans une certaine (petite) mesure, l'article XX.227 du CDE exclut de son champ d'application certaines associations et fondations non exclues par l'article XX.225 (*supra*, note 130 *primo*).

et 33, 1^{er} tiret)¹³⁴ – ni, comme le suggère d'ailleurs l'*arrêt annoté*, à la responsabilité de droit commun (*supra*, note 47). Épargner à ces dirigeants de petites sociétés – et, dans certains cas (*supra*, note 130 primo), de petites associations et fondations – une possibilité d'action supplémentaire (dérivée) des créanciers à leur encontre, seule plus-value de l'article XX.225 du CDE par rapport à l'article XX.227 du CDE dans cette hypothèse (*supra*, n° 18 et *infra*, n° 33), pourrait se justifier. Pensons, par exemple, à des justifications tenant à des raisons de solvabilité (ces administrateurs étant généralement moins solvables que des administrateurs de grandes sociétés) ou à la volonté de ne pas décourager davantage les entrepreneurs qui se lancent.¹³⁵

En revanche, la différence de traitement entre petites sociétés d'une part, et petites associations ou fondations d'autre part, les dirigeants de ces dernières bénéficiant de l'exemption de responsabilité de l'article XX.227 du CDE¹³⁶, est sujette à interrogations. La Cour constitutionnelle avait validé cette différence en 2014¹³⁷ mais principalement sur la base d'un argument/critère qui n'est plus de mise aujourd'hui. En effet, s'il était alors encore exact d'écrire que « *seules les sociétés commerciales peuvent être déclarées en faillite* »¹³⁸, ce n'est plus le cas aujourd'hui puisque les associations et fondations peuvent aussi faire faillite désormais. Reste à savoir si d'autres justifications, comme par exemple l'allègement des conditions de constitution de sociétés (*supra*, note 77) ou le but désintéressé des associations et fondations¹³⁹, seront considérées comme assez objectives pour « *éviter une censure – par la Cour constitutionnelle – en raison du traitement discriminatoire qui en résulterait entre les petites entreprises commerciales et les petites associations* ». ¹⁴⁰ Il est permis d'en douter.¹⁴¹ On voit donc ici un incitant supplémentaire en faveur de la reprise, à l'article XX.227 du CDE, de la même exception que celle de l'article XX.225 § 2 du CDE dont les seuils s'appliquent tant aux sociétés qu'aux associations et fondations. Il conviendrait néanmoins de vérifier dans ce cas si le « *chiffre d'affaires* » et le « *bilan* », tous deux utilisés pour le calcul

des seuils de l'exception de l'article XX.225 § 2 du CDE, peuvent bel et bien être assimilés, dans les petites associations et fondations, au « *montant des recettes autres que non récurrente* » et, respectivement, au « *plus grand des deux montants figurant sous les avoirs et les dettes* », comme le prévoit l'article I.1, 16° et 17° du CDE (voy. les travaux préparatoires cités en note 129), ou si, au contraire, pareille assimilation ne serait pas elle-même source d'inégalités.

Dans d'autres hypothèses, que nous ne développons pas dans la présente note, à savoir lorsque la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite réside ailleurs que dans la poursuite déraisonnable des activités (*infra*, note 122), la solution est évidemment différente et la critique de l'exception de l'article XX.227 par rapport à celle de l'article XX.225 § 2 du CDE au regard de l'égalité conserve sa pertinence. En effet, dans toutes ces autres hypothèses, il n'existe potentiellement pas de disposition *catch-all*, équivalente à l'arme puissante qu'est l'article XX.227 du CDE, permettant au curateur de contourner l'exception en faveur des dirigeants de certaines petites sociétés – et, dans certains cas (*supra*, note 130 primo), de petites associations et fondations – et de se retourner efficacement contre eux. mais il reste, ici aussi, l'article 1382 du Code civil (*supra*, n° 10, 3^e et 4^e tirets et note 47).

21. Notre suggestion serait donc, pour éviter toute manœuvre de contournement de l'exception de l'article XX.225 du CDE (*supra*, spéc. note 134), de (i) soit laisser les exceptions telles quelles¹⁴² dans les articles XX.225 du CDE et XX.227 du CDE mais à condition alors de modifier l'article XX.227 du CDE ou de l'interpréter en ligne avec l'article 1382 du Code civil (*infra*, n° 33), (ii) soit de prévoir exactement les mêmes (absences¹⁴³ d') exceptions pour les articles XX.225 et XX.227, (iii) soit de prévoir plus d'exceptions pour l'article XX.227 que pour l'article XX.225 (*supra*, note 133). Quoiqu'il arrive, il conviendrait de justifier objectivement la différence de traitement entre petites sociétés et petites associations (*supra*, n° 20, 3^e al.) pour que cette diffé-

^{134.} Certes, ce mécanisme de contournement pourrait être perçu comme pervers ou malsain, mais il n'en demeure pas moins possible dans l'état actuel. Dans cette mesure, nous ne partageons pas l'affirmation/critique selon laquelle « *een 'kennelijk grote fout' zonder gevolgen blijft bij kleine ondernemingen. Wordt het onvergeeflijke toch vergeeflijk omdat het in een kleine onderneming gebeurt?* » (J. VANANROYE, o.c., 2 mars 2018).

^{135.} Y. DESMYTTERE et F. HELSEN, « Art. XX.225 WER », in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek Economisch Recht, Boek XX. Insolventie van ondernemingen*, 2018, p. 4 (et leur note 4).

^{136.} Voy. à ce sujet Ph. T'KINT, « L'application du Livre XX du Code de droit économique aux associations », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 65-66.

^{137.} C.C., 25 septembre 2014, n° 133/2014, R.D.C., 2015, p. 122 (abrégé), cité par A. ZENNER, o.c., 2019, p. 1526, n° 2245 (note 113).

^{138.} C.C., 25 septembre 2014, n° 133/2014, B.11.

^{139.} Souvent accompagné d'un mandat non rémunéré ou bénévole des dirigeants, ce qui peut toutefois aussi se présenter dans les sociétés: *infra*, n° 29, dernier tiret (note 194).

^{140.} *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, Doc. 54-2407/004, p. 60.

^{141.} Plus généralement, concernant le peu de différences qui restent entre sociétés et associations, voy. not. l'étude de S. HARDY, « Les ASBL face aux réformes du droit de l'entreprise: entre changement de statut et rapprochements avec les sociétés », in Ph. BOSSARD (dir.), *Le Code des sociétés et des associations: contentieux et pratique*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 355-385; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, o.c., 2018, pp. 350-351, n° 649.

^{142.} Elles peuvent en soi se justifier, p. ex. pour épargner, aux dirigeants de plus petites structures (qui se lancent), généralement moins solvables que les dirigeants de grandes structures (*supra*), une plus lourde responsabilité que celle de droit commun.

^{143.} Supprimer purement et simplement toutes les exceptions risquerait cependant, entre autres, « *d'alourdir substantiellement la responsabilité des dirigeants des très nombreuses petites structures qui composent le monde associatif, dirigeants qui exercent généralement leur mandat à titre bénévole* » (I. VEROUSTRATE et al., o.c., 2019, p. 1420, n° 1961 in fine).

rence puisse, le cas échéant, être maintenue; en outre, la responsabilité de droit commun reste évidemment possible, de sorte qu'il n'y a pas d'impunité totale.

C. Ce qui change (réellement)

22. *Utilité en droit international privé: lex concursus.* La codification, dans le Code de droit économique, de la jurisprudence et de la doctrine existantes en matière de poursuite déraisonnable d'activités déficitaires, revêt déjà à elle seule une utilité particulière sur le plan du droit international privé: «*De meerwaarde van de wrongful-trading-bepaling ligt daarnaast in het feit dat ze – net als de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout – is opgenomen in het insolventierecht (zie J. VANANROYE, « Aansprakelijkheidsvorderingen bij wrongful trading: de 'uitsluitende bevoegdheid van de curator' betekent niet 'alleen de curator' », T.R.V.-R.P.S., 2018, (247) 248, nr. 1; J. VANANROYE en G. LINDEMANS, « Schuldeisersbescherming tegen misbruik van rechtspersonen: het insolventierecht geeft en het vennootschapsrecht neemt? », D.A.O.R., 2017, (4) 15-16). In grensoverschrijdende gevallen is de aanknopingsfactor voor die zogenoemde lex concursus het centrum van de voornaamste belangen (COMI) van de insolvente schuldenaar (daarover supra, nr. 101). Bijgevolg is die aansprakelijkheid niet weg te bedingen door te kiezen voor een bestuurdersvriendelijk vennootschapsrecht.* »¹⁴⁴

23. *Faillite d'une entreprise et pas seulement d'une société.* Nous ne nous attarderons pas sur cette nouveauté mais nous bornons à préciser que les articles XX.225 à

XX.227 du CDE ne s'appliquent pas aux entreprises personnelles physiques (art. XX.224 CDE).¹⁴⁵

24. *Personnes visées par la responsabilité*¹⁴⁶, en particulier le délégué à la gestion journalière et les membres des conseils de direction et de surveillance. Une autre nouveauté consiste à faire tomber le délégué à la gestion journalière (que nous dénommerons « délégué », parfois confondu avec le « CEO »¹⁴⁷) sous le coup de cette responsabilité.

Ceci paraît critiquable puisque la décision de cesser les activités et de faire aveu de faillite ne fait en principe pas partie de la gestion journalière¹⁴⁸, sauf à considérer des cas où cette décision devrait être prise d'urgence (*infra*, note 210).¹⁴⁹ Or, de tels cas nous semblent *a priori* difficilement envisageables en pratique.

En effet, rappelons que l'absence de prise de décision de cesser les activités n'est constitutive d'une faute pour poursuite déraisonnable d'activité déficitaire que si l'activité est devenue irrémédiablement condamnée/compromise ou *reddeloos verloren* et seulement (au plus tôt) à partir de ce moment (*supra*, n° 16). Or, ce moment charnière est difficile voire impossible à déterminer avec exactitude dans le temps (*supra*, note 88). Dès lors, il nous semble tout aussi difficile voire impossible de démontrer que la décision de cesser les activités et de faire aveu de faillite serait à ce point urgente (à partir de quand?) qu'elle ne pourrait attendre le temps minimum matériellement nécessaire pour réunir l'organe d'administration à ce sujet et qu'elle devrait donc nécessairement être prise, sans attendre cette réunion, par le délégué à la gestion journalière, à défaut de quoi ce dernier – même

¹⁴⁴ G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 432, n° 563. Voy. égal. D. VAN GERVEN et H. CULOT, « Chronique du droit des sociétés 2017-2018 – Kroniek vennootschapsrecht 2017-2018 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2018/6, pp. 506-507, n° 16; E. GOLDSCHMIDT, *o.c.*, 2018, pp. 281-282, n° 463. Voy. avec nuances: H. DE WULF, K. MARESCAU et H. VANHULLE, « Het nieuwe vennootschappelijk IPR en de procedure tot grensoverschrijdende omzetting: duiding, kanttekeningen en fiscale impact », in *Het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (r)evolutie? / Le Code des sociétés et associations: (r)évolution?*, Gand, Larcier, 2019, pp. 499-504, n°s 19-26.

¹⁴⁵ Pour plus de détails, voy. A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 479-481, n°s 69-71; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, p. 345, n° 640 (et les critiques émises).

¹⁴⁶ Concernant les dirigeants anciens, voy. not. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 669, note 73; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1522, note 98 (nous nous demandons cependant pourquoi cet auteur se plaint d'un manque de lien causal, alors qu'un tel lien n'est justement plus exigé par l'art. XX.227 CDE: *infra*, n° 28). Concernant le dirigeant de fait, voy. not. *supra*, note 26 ainsi que, plus généralement, J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 674-676; J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Gand, Larcier, 2019, pp. 83-86; E. GOLDSCHMIDT, *o.c.*, 2018, pp. 298-299; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 15-16, n° 15; A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 486, n° 81; A. SNYERS, « De (on)beperkte aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, pp. 552-558; D. VAN GERVEN, « Aansprakelijkheidsvordering tegen feitelijke bestuurders », *T.R.V.*, 2013, pp. 174-175. Quant à la question de savoir si un membre d'un comité (exécutif) quelconque – non organique mais néanmoins autorisé (en SA ou SRL) – peut être considéré comme un dirigeant de fait, on peut s'inspirer de D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, *o.c.*, 2019, p. 9, n° 14 *in fine*, spéc. note 13. Sur la même question mais à l'égard du comité de direction (amené à disparaître: *infra*, note 153); voy. *infra*, note 155.

¹⁴⁷ Voy. à ce sujet D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, *o.c.*, 2019, p. 8, n° 13 *in fine*.

¹⁴⁸ A ce sujet et en ce sens, voy. T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 65-66; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 671, n° 36; J. VANANROYE et R. VERHEYDEN, « De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER », in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Bruges, die Keure, 2018, (13), 30; I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1450, n° 1996, approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 494, n° 101 et réf.

¹⁴⁹ Les critères de l'« intérêt mineur » et de l'« urgence », limitant la gestion journalière, ne sont désormais plus cumulatifs mais alternatifs (voy. not. art. 5:79 CSA), contrairement à ce qu'exigeait anciennement la jurisprudence de la Cour de cassation. A ce sujet, voy. not. D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, *o.c.*, 2019, p. 8, n° 13 et les références citées (notamment à Ph. LAMBRECHT, « L'Amendement – Pour une définition légale de la gestion journalière », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 472).

en ayant immédiatement prévenu l'organe d'administration de la situation – commettrait une faute.¹⁵⁰

En d'autres termes, l'absence déraisonnable de prise de décision *rapide* ou *urgente*, par le délégué à la gestion journalière, de cesser les activités semble *a priori* difficile voire impossible à envisager ou démontrer (en tant que faute).

25. Néanmoins, on ne peut, fût-ce théoriquement, totalement exclure pareille situation. Imaginons par exemple l'hypothèse, assez inédite certes, où le moment charnière serait facilement déterminable avec précision (p. ex. en raison d'un événement instantané/soudain et gravissime qui ferait définitivement couler l'entreprise, tel une crise sanitaire mondiale paralysant l'économie: *infra*, nos 34 et s.) et où tout s'enchaînerait ensuite très vite. Dans cette hypothèse, le délégué pourrait engager sa responsabilité sur la base de l'article XX.227 du CDE, en particulier dans deux cas. Le premier est celui où il tarderait ou manquerait d'informer l'organe d'administration de la tournure rapide et tragique des événements (*infra*, not. note 152). Le second cas serait celui où, bien qu'ayant correctement informé l'organe d'administration, le délégué tarderait ou manquerait de décider seul de cesser urgemment les activités et de faire aveu de faillite alors qu'il savait ou devait savoir que, vu l'urgence, l'organe d'administration n'aurait matériellement pas le temps de se réunir – et d'en décider – sans que la situation (le passif net) ne se détériore encore davantage.¹⁵¹

Ceci étant dit, plus généralement, on « pourra néanmoins reprocher à la personne chargée de la gestion journalière de

ne pas avoir informé ou mal informé le conseil d'administration ». ¹⁵²

26. Les articles XX.225 à XX.227 du CDE, dans leur version française, visent notamment les « membres du comité de direction ou du conseil de surveillance ». *A priori*, les membres du comité de direction (amené à disparaître¹⁵³) sembleraient donc, non plus implicitement (*infra*, note 156), mais désormais expressément visés, ce qui serait nouveau. Cependant, le « comité » de direction doit en réalité plutôt être compris ici comme le « conseil » de direction.¹⁵⁴ La version néerlandaise des articles XX.225 à XX.227 du CDE, qui nous paraît plus correcte, utilise d'ailleurs le terme « *directieraad* » (conseil de direction) et non celui de « *directiecomité* » (comité de direction) employé dans la version française, laquelle nous semble à cet égard inexacte¹⁵⁵ et donc devoir être corrigée (*infra*, note 220).

En effet, ce sont les anciens articles 265 (pour la SPRL), 409 (pour la SCRL), 530 (pour la SA), 921 (pour la société européenne ou SE) et 986 (pour la société coopérative européenne ou SCE) du C. soc. – sur l'action en comblement de passif et celle en cas de dettes à l'O.N.S.S. – qui ont inspiré la rédaction des nouveaux articles XX.225 à XX.227 du CDE, avant d'être abrogés (et remplacés par ces derniers). Or, aucun de ces anciens articles ne visait, du moins expressément¹⁵⁶, les membres du comité de direction. En revanche, certains d'entre eux, à savoir les anciens articles 921 et 986 précités, visaient explicitement « tout membre du conseil de

^{150.} On pourrait d'ailleurs, même si le texte de l'art. XX.227 CDE semble suggérer l'inverse (*infra*, note 261), se laisser séduire par l'affirmation selon laquelle la faute résiderait dans le « maintien d'une situation fautive » (dans un sens similaire, voy. Liège (14^e ch.), 7 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016/6, pp. 278 et s., spéc. pp. 281-282) ou dans « un ensemble de faits indivisibles » (en ce sens: *supra*, notes 88 et surtout 53).

^{151.} L'exercice est donc potentiellement très délicat pour le délégué dans ce cas. En effet, s'il décide de ne pas cesser les activités, laissant cette décision à l'organe d'administration, cela pourrait lui être reproché, comme nous venons de le voir. A l'inverse, s'il décide de cesser à lui seul les activités sans attendre le feu vert officiel de l'organe d'administration, pareille décision pourrait aussi lui être reprochée s'il devait s'avérer que la cessation urgente des activités était une solution manifestement déraisonnable (*supra*, n° 16, 3^e tiret) et que l'organe d'administration n'a jamais autorisé ni ratifié cette cessation urgente. Le délégué se retrouve donc confronté, dans l'urgence et le stress, à deux options, chacune potentiellement génératrice de (lourdes) responsabilités pour lui, et aux effets potentiellement irréversibles (dans un sens similaire, voy. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 669, n° 33). Heureusement pour lui, le juge ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation marginal (*supra*, n° 16 *in fine*). On ne saurait néanmoins s'empêcher de vivement conseiller aux délégués, face à de tels dilemmes cornéliens, d'obtenir une approbation préalable, de quelque manière que ce soit compte tenu de l'urgence, du plus grand nombre possible d'administrateurs l'autorisant ou le soutenant dans ses démarches potentiellement irréversibles.

^{152.} M. DAVAGLE, « La responsabilité des dirigeants d'ASBL en cas de faillite », *B.J.S.*, 2018/609, p. 14. Dans le même sens: J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 671, n° 36, estimant que: « Dans un tel cas, ce n'est pas en soi la décision de poursuivre ou non l'activité qui peut être reprochée, mais éventuellement un manquement ou une négligence au niveau de l'information ou de la surveillance qui, en cas de condamnation, méritera une appréciation moins sévère. »

^{153.} Le comité de direction n'est plus reconnu en tant qu'organe par le CSA, mais il continue, le cas échéant, à exister pendant la période transitoire. A ce sujet, voy. not. E. POTTIER, T. L'HOMME, L. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1051.

^{154.} J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 289, n° 574.

^{155.} Une autre inexactitude similaire dans la version française se trouve p. ex. à l'art. XX.226, al. 1^{er}, *in fine* CDE. Il y est cette fois fait erronément mention de « comité de direction ou de surveillance » au lieu de « conseil de direction ou de surveillance ». Le concept de « comité de surveillance » est d'ailleurs inexistant/inconnu en droit belge. A nouveau, la version néerlandaise est plus exacte. Elle nous paraît donc devoir être préférée à la version française, et cette dernière corrigée.

^{156.} Tout au plus, les membres du comité de direction pourraient-ils être visés, non pas *expressément*, mais *implicitement*, et ce à travers la notion de dirigeant de fait (en ce sens, voy. not. T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 27, n° 28; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, p. 347, note 1405 et les réf.; E. GOLDSCHMIDT, *o.c.*, 2018, p. 347, n° 121). Sur les dirigeants de fait, voy. not. *supra*, note 146.

direction ou membre du conseil de surveillance »¹⁵⁷ (entre autres). Ce sont donc manifestement les membres de ces deux conseils, en cas d'administration duale dans la SE ou SCE ou désormais aussi dans la SA (art. 7:104 et s. CSA¹⁵⁸), que les articles XX.225 à XX.227 du CDE visent ou ont vocation à viser (expressément) à travers les termes « *leden van een directieraad of van een raad van toezicht* », traduits inadéquatement par « *membres du comité de direction ou du conseil de surveillance* ».¹⁵⁹

Une autre interprétation ne tiendrait pas la route. En effet, comment expliquer que le *comité* de direction (d'ailleurs amené à disparaître: *supra*, note 153) soit soudain expressément visé par les actions en comblement de passif et en cas de dettes à l'O.N.S.S. (et par la nouvelle action *wrongful trading*) et que son équivalent en système dualiste, le *conseil* de direction (amené à prendre de l'ampleur: *supra*, spéc. note 158) ne le soit soudain plus alors que son inséparable, le conseil de surveillance, reste quant à lui expressément visé?

Quoi qu'il en soit, même à suivre une telle interprétation illogique, les membres du conseil de direction pourraient (alternativement) aussi – comme ceux du comité de direction (*supra*, note 156) voire ceux de comités (exécutifs) non organiques (*supra*, note 146) – être considérés comme des dirigeants de fait. Ils seraient alors (implicite) visés par les articles XX.225 à XX.227 du CDE. Peut-être tout ce débat est-il donc *in fine* sans grande conséquence en pratique, sauf sous quelques aspects, par exemple en matière de prescription.¹⁶⁰

27. Concernant la répartition des compétences/tâches, et donc des responsabilités, entre conseil de direction et conseil de surveillance dans les structures dualistes, on peut s'inspirer des développements de Jean-François Goffin et Alicia Cauwenbergh. Ceux-ci analysent toutefois la question sous l'angle de l'ancien comité de direction (qui n'a pas encore tout à fait disparu: *supra*, note 153) mis en rapport avec le conseil d'administration dans le système moniste du C. soc. Ils écrivent à cet égard que « *les articles XX.225 (...) et XX.227 du CDE visent expressément les membres du comité de direction* »¹⁶¹, ce qui n'est toutefois pas exact selon nous (*supra*, n° 26). Néanmoins, leurs développements nous paraissent (en grande partie) transposables à l'administration duale. En effet, dans celle-ci aussi, le conseil de direction dispose de compétences exclusives¹⁶² (plus univoquement d'ailleurs que le comité de direction dans le système moniste du C. soc.¹⁶³) tout en étant soumis à une surveillance obligatoire.¹⁶⁴

Cependant, le juge ne paraît pas strictement tenu par une telle répartition (de responsabilités) compte tenu de sa grande liberté de pouvoir s'en prendre au(x) dirigeant(s) – et dans la proportion – de son choix¹⁶⁵ (sous certaines réserves certes¹⁶⁶).

28. *Le dommage et son ampleur (et l'absence de lien causal)*. Là où l'article XX.227 du CDE se distingue particulièrement de l'article 1382 du Code civil, c'est en matière de détermination (de l'ampleur) du préjudice. A cet égard, une nouvelle « *arme puissante* »¹⁶⁷ est offerte au curateur, sous plusieurs angles:

¹⁵⁷ En reprenant ces mêmes termes dans les art. XX.225 à XX.227 CDE, il nous semble donc que le législateur en 2017 n'a pas (nécessairement) voulu anticiper la possibilité d'une administration duale en SA qui sera ultérieurement introduite par le CSA (comme le suggèrent not. D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, p. 348, note 1408 et I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1434, n° 1976 et A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 486, n° 81), mais qu'il a (surtout) voulu couvrir les anciens art. 921 et 986 C. soc. Certes, l'on aurait tendance à oublier ces articles en raison du faible nombre de sociétés concernées: 99 SE et 6 SCE auraient été constituées à ce jour en Belgique, dont 70 respectivement 5 seraient encore actives. mais le législateur ne nous paraît pas les avoir oubliées pour autant.

¹⁵⁸ Voy. not. D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, *o.c.*, 2019, p. 9, n° 14 et, dans le même ouvrage, P.-A. FORIERS et N. TISSOT, « Relations entre le commissaire et le conseil de surveillance », pp. 54-55.

¹⁵⁹ Le législateur n'a pas expressément visé tout « *membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance* », comme il l'a p. ex. fait dans l'ancien art. 61, § 2, C. soc. concernant le représentant permanent. Cette disposition (entre-temps modifiée et remplacée par art. 2:55 CSA) visait initialement le seul « *comité de direction* » (voy. not. A.-C. EYBEN, « Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion », *Rev. prat. soc.*, 2003, pp. 131 et s.; E. LEROUX, « De vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder », *T. Not.*, 2003, pp. 502 et s.). Ce n'est que plus tard dans les années 2000, lors de l'instauration de la SE et la SCE, que cet art. 61, § 2, a été étendu aux « *membres du conseil de direction et du conseil de surveillance* » en raison de l'existence (possible) de tels organes dans ces SE et SCE (D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, 2016, p. 624, n° 327).

¹⁶⁰ *Supra*, note 51 *in fine*.

¹⁶¹ J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 671-674 (spéc. p. 672, n° 38).

¹⁶² *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, Doc. 54-3119/001, p. 238; E. POTTIER, T. L'HOMME, L. TU et G. VISEUR, *o.c.*, *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, pp. 1051-1054, spéc. n° 161 (et réf.); J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, pp. 612-615; P.-A. FORIERS et N. TISSOT, *o.c.*, 2019, pp. 54-55, spéc. n° 74; D. WILLERMAIN et D. LAMBRECHT, *o.c.*, 2019, p. 9, n° 14; C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, *o.c.*, 2018, p. 727, note 4. P.-A. FORIERS et N. TISSOT, *o.c.*, 2019, p. 52, n° 71, *in fine* (et réf.); J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 673, n° 39 (spéc. notes 81 et 82).

¹⁶³ Art. 7:109, § 1^{er} (et 7:111) CSA.

¹⁶⁴ *Infra*, n° 28, 2^e tiret et spéc. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1525, n° 2242 et p. 1530, n° 2250.

¹⁶⁵ *Infra*, n° 28, 2^e tiret et n° 43, 2^e al., *in fine* et 3^e al.

¹⁶⁶ T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 73, n° 89 *in fine* et p. 76, n° 94 *in fine*.

- *Pas de lien causal.* Premièrement, le curateur ne doit pas prouver de lien causal entre la faute et le dommage, ni même entre la faute et la faillite.¹⁶⁸ Il lui suffirait de démontrer « *dat er sprake is van een deficitair netto-actief en van een fout die voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden omschreven in voormelde wettekst* »¹⁶⁹ (*supra*, n° 16). Il ne doit donc pas démontrer que cet « actif net déficitaire », appelé aussi passif net (ou pour reprendre les termes des art. XX.227 et XX.225 du CDE, cette « insuffisance d'actif »)¹⁷⁰, a été causé(e) par la faute. On peut y voir, tant pour l'article XX.227 que pour l'article XX.225, une forme de *punitive damages* à l'encontre des dirigeants (*supra*, note 168).

Le préjudice indemnisable peut donc être potentiellement énorme, et sans aucun lien avec la faute¹⁷¹, ce que nous déplorons.¹⁷² Ne faudrait-il pas à tout le moins démontrer, outre une faillite (encore ouverte¹⁷³) et une insuffisance d'actif¹⁷⁴, que l'insuffisance s'est développée ou aggravée *après* le moment (charnière) de survenance de la faute, l'indemnisation ne pouvant alors couvrir que cette partie-là de l'insuffisance? Le

texte des articles XX.227 et XX.225 du CDE ne l'exige pas¹⁷⁵, ce que certains auteurs – que nous rejoignons – regrettent, du moins concernant l'article XX.227.¹⁷⁶

Le texte légal nous paraît lacunaire à ce sujet et les travaux préparatoires ne peuvent pas, selon nous, à eux seuls offrir une solution¹⁷⁷ lorsqu'ils font par exemple un renvoi général et abstrait à la jurisprudence antérieure (*supra*, n° 15).¹⁷⁸ Nous plaçons donc pour une clarification législative ou jurisprudentielle (i) imposant, outre la preuve d'une insuffisance d'actif (*supra*, notes 170 et 174), la preuve (supplémentaire) que cette insuffisance s'est développée ou aggravée depuis le moment (charnière) où la poursuite d'activités est devenue fautive et à condition de prendre en compte un arrêt *hypothétique* des activités à ce moment (*supra*, n° 12, 2^e tiret), et (ii) permettant de n'obtenir une indemnisation qu'à concurrence de cette partie de l'insuffisance et qu'en lien causal avec la faute, ce lien pouvant par exemple être présumé réfragablement depuis le moment (charnière), du moins concernant l'article XX.227 du

^{168.} L'art. XX.225 CDE quant à lui exige, contrairement à l'art. XX.227 et alors même qu'il vise des cas pourtant plus graves, un certain lien causal entre faute et faillite: il faut, mais il suffit de, prouver que la faute grave et caractérisée a « *contribué à la faillite* » (voy. à ce sujet: S. BRIJS, R. LINDEMANS, A. VAN HOE, K. PARIDAEN, A. ROELS et J. CARDINAELS, « Kroniek Insolventierecht 2019-2020 », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 587, n° 94 et la jurisprudence citée; A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 485, n° 80 et réf.; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1528, n° 2247 et réf.; I. VEROGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, pp. 1432-1433 et réf.; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 38-39 et réf.; J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 277-279 et réf.). Cette exigence est légère ou « *lâche* » (A. ZENNER, *o.c.*, p. 1528 *ab initio*). Elle implique toutefois, p. ex., qu'il se peut que le non-respect de la sonnette d'alarme qui aurait (seulement) *reporté* la faillite dans le temps, n'y ait pas nécessairement *contribué* (Gand, 21 décembre 2000, *R.D.C.*, 2001, pp. 739 et 743; *J.D.S.C.*, 2002, p. 200, note M. DELVAUX, résumé par A. ZENNER, *o.c.*, p. 1528, n° 2247). Une fois remplie, cette exigence n'empêche néanmoins pas le curateur de pouvoir, comme avec l'art. XX.227 CDE, réclamer au dirigeant une indemnisation (beaucoup) plus élevée que le dommage causé par sa faute (T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 26, n° 27; G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 428, n° 558 et la référence aux *punitive damages*). Il existe néanmoins une limite au montant de l'indemnisation récupérable: il ne peut pas dépasser l'insuffisance d'actif (*infra*, spéc. 2^e tiret).

^{169.} T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 72, n° 89. Dans le même sens: C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, p. 144, n° 37, i.

^{170.} « *La condition centrale posée par ces termes est que les créanciers ne soient pas intégralement payés* » ou « *que le produit net de la liquidation ne permette pas le paiement de tous les créanciers* » (I. VEROGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1428 (y compris sa note 2237 et la réf. à C. JASSOGNE et J.-Ph. LEBEAU). Dans le même sens: Ch. VAN BUGGENHOUT et O. CLEVENBERG, « L'action en responsabilité pour aggravation du passif ou diminution de l'actif de la masse », *R.D.C.*, 1995, p. 541 *ab initio*. En pratique, voy. A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 483, note 222.

^{171.} Voy. not. l'exemple d'une dette avec intérêts, cité plus loin, ainsi que l'exemple au n° 51.

^{172.} On pourrait en effet y voir une atteinte aux principes de sécurité juridique et d'égalité (*infra*, 2^e tiret) voire de proportionnalité (*infra*, n° 43, 2^e al., *in fine*, spéc. note 273).

^{173.} I. VEROGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1428 et réf. A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 483, n° 77 et réf. *Contra*: C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, *o.c.*, 2018, p. 732. *Infra*, note 181.

^{174.} Il suffit que le principe même de l'insuffisance d'actif soit établi, même si la mesure exacte de celle-ci ne l'est pas encore au moment où l'action est engagée (I. VEROGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1427, note 2236 et p. 1428; D. GOL, « Action en comblement du passif et appréciation de la faute » (note sous Liège, 13 janvier 2004), *D.A.O.R.*, 2005/74, p. 56, approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 483, n° 77; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van venootschapsbestuurders*, Anvers, Intersentia, 2009, 132). Dans ce cas, « *Une condamnation provisionnelle peut (...) être demandée*. » (A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1527, n° 2247; *infra*, notes 181 et 184). Notons que si cette condition/preuve d'insuffisance d'actif ne semble *a priori* pas requise lorsque l'action est fondée sur l'art. 1382 C. civ., elle l'est néanmoins selon nous dans ce cas-là aussi, fut-ce implicitement (*infra*, n° 28, 2^e tiret, dernier al.).

^{175.} A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1530, n° 2250 (spéc. note 133); G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 431, n° 562, 1^{er} tiret; C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, p. 144, n° 37, i. L'enseignement traditionnel, au contraire, l'exigeait (du moins en dehors de l'action en comblement de passif): G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 418, n° 546.

^{176.} D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, p. 373, n° 687; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 73 et 75.

^{177.} Il est d'ailleurs admis que « *les travaux préparatoires n'ont aucune valeur juridique propre* » (Ph. COENRAETS, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *C.H. CRISP*, n° 136, 1992/21, p. 22, *in initio*), que « *aucune directive contraignante ne vient régir le recours à ceux-ci* » (H. DUMONT et C. HOREVOETS, *Les droits constitutionnels en Belgique (volumes 1 et 2)*, 2011, p. 182 et la jurisprudence citée), que « *leur utilisation à des fins interprétatives n'est admise qu'avec réticence* » (A. CRUQUENAIRE, « L'interprétation de la loi selon la volonté du législateur: quand la clarté devient la condition *sine qua non* de l'interprétation juridique », in *Jérusalem, Athènes, Rome*, 2012, p. 299 et la doctrine citée), et qu'il se peut que « *les travaux préparatoires puissent induire en erreur* » (C.C., 11 juin 2015, n° 83/2015, B.4.1.).

^{178.} Les art. XX.225 et XX.227 CDE ont une formulation qui leur est propre à bien des égards, (fort) éloignée de la jurisprudence bâtie autour de l'art. 1382 qui exige d'ailleurs un lien causal entre faute et dommage, contrairement aux art. XX.225 et XX.227. L'on peine donc à transposer purement et simplement, et sans nuances, cette jurisprudence au nouvel art. XX.227 CDE.

CDE.¹⁷⁹ *L'arrêt annoté*, qui ne concerne cependant pas l'article XX.227 du CDE, va dans ce sens.¹⁸⁰

Certaines questions supplémentaires subsistent néanmoins. Par exemple, prenons l'hypothèse, sans doute théorique, d'une faillite avec insuffisance d'actif mais où, après le moment (charnière) de survenance de la faute alléguée, aucune dette sociale nouvelle ou complémentaire ne naîtrait (ni ne devenait exigible). Un curateur peut-il poursuivre avec succès les dirigeants dans ce cas? On pourrait en douter, à commencer au vu de la réunion obligatoire des conditions (préalables) de la faute (*supra*, n° 16). A supposer qu'il y ait faute, quelle serait alors l'étendue de l'indemnisation? Elle pourrait théoriquement s'étendre jusqu'à concurrence de la totalité des dettes sociales même si celles-ci, du moins leur montant principal inchangé, existaient déjà avant la survenance de la faute de ce dirigeant. C'est en tout cas la solution que prévoit ou suggère l'article XX.227 du CDE (*supra*, note 175). Nous le regrettons (*supra*, note 176) et estimons que dans l'exemple ici envisagé, le dirigeant ne pourrait tout au plus être condamné qu'aux seuls intérêts éventuellement échus après la survenance de sa faute, voire uniquement à une partie de ces intérêts s'il parvenait à prouver qu'une autre partie de ceux-ci ne résulterait pas de sa faute (*supra*, spéc. note 180). Un autre exemple est

celui d'une faillite avec insuffisance d'actif où un administrateur serait seul responsable non seulement de la totalité de l'insuffisance d'actif mais aussi au-delà (p. ex. pour d'importantes pertes subies avant même que l'actif net de la société ne soit devenu négatif), ou alors où le remboursement (provisionnel)¹⁸¹ par un administrateur jugé responsable s'avèrerait *in fine* trop élevé (comp. *infra*, note 184). Deux situations où l'article XX.227 du CDE montre ses limites mais où l'article 1382 du Code civil ne paraît pas non plus, selon nous, offrir de solution (*infra*, 2^e tiret *in fine*).

- *Seule limite à l'étendue du dommage: l'insuffisance d'actif.* Deuxièmement, et corrélativement à ce qui précède (vu l'absence de lien causal), en ce qui concerne l'ampleur du dommage à indemniser, celui-ci peut consister en « *tout ou partie des dettes sociales à l'égard de la masse* » (art. XX.227 CDE).

La version française de l'article XX.227 ne précise toutefois pas, comme le fait pourtant à juste titre la version néerlandaise du même article¹⁸² (à l'instar de l'art. XX.225 dans les deux langues), qu'il s'agit des dettes sociales « *à concurrence de l'insuffisance d'actif* ».¹⁸³ Nous présumons qu'il s'agit d'une omission du législateur¹⁸⁴, qu'il conviendrait de rectifier dans la version française (*infra*, note 220).

¹⁷⁹ Voy. l'exemple d'une dette avec intérêts cité *infra*. Voy. aussi *infra*, note 180 et *infra*, n° 33, 1^{er} et 2^e tirets. Il pourrait se justifier de rester plus punitif concernant l'art. XX.225 CDE (qui vise des cas de faute grave et caractérisée: voy. toutefois *supra*, note 43) et de ne pas y imposer – ou d'y présumer irréfragablement – un lien causal entre faute d'une part, et diminution d'actif ou aggravation de passif d'autre part: « *la faute grave des dirigeants doit avoir contribué à la faillite, mais pas nécessairement à l'insuffisance d'actif* » (J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 278 et les références, approuvé not. par Liège, 7 novembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 62). Comp. Cass., 18 juin 2013, *R.W.*, 2013-2014, n° 36, p. 1425. Voy. *infra*, n° 28, 2^e tiret.

¹⁸⁰ Même si la Cour se fonde sur l'art. 1382 C. civ. et non sur l'art. XX.227 CDE (*supra*, n° 10, 4^e tiret) et que les éléments factuels disponibles ne permettent pas de déterminer en détail comment le montant de l'indemnisation a été calculé (*supra*, n° 12, 1^{er} tiret), il semble néanmoins que celui-ci ait été calculé en tenant uniquement compte d'une période postérieure au moment charnière (de survenance de la faute) du 1^{er} janvier 2010 (*supra*, n° 16, 1^{er} tiret), en l'occurrence « *la période d'octobre 2010 [à] octobre 2015* ». Il semble en outre que la Cour ait présumé un lien causal entre la faute – à partir du 1^{er} janvier 2010 – et tout le préjudice, soit l'aggravation de passif, survenu(e) après cette date (*supra*, n° 13). Observons à cet égard que cette présomption de lien causal est réfragable selon nous et pourrait donc être renversée (comp. *supra*, n° 12, 2^e tiret, *supra*, n° 13 et J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *o.c.*, 2020, p. 291, n° 583). P. ex., une maladie de l'administrateur ou toute autre circonstance indépendante de sa volonté/faute le rendant (temporairement) incapable de mettre fin aux activités (et de faire aveu de faillite), pourrait/devrait selon nous être prise en compte par le juge pour diminuer, le cas échéant – à concurrence de l'aggravation de passif subie pendant la période (temporaire) d'incapacité – le préjudice réclamé par le curateur. En l'espèce, les problèmes de santé invoqués par l'associé-gérant unique ne semblaient pas de nature à le rendre incapable de mettre fin aux activités (et de faire aveu de faillite), de sorte que le juge ne les a apparemment pas pris en compte (à juste titre dans ce cas). Pensons également à la crise sanitaire du coronavirus ou COVID-19: *infra*, n°s 41 et 44.

¹⁸¹ I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1427, note 2236: « *Le fait qu'il ne s'agit pas d'une action en dommages-intérêts proprement dite, permet aussi de ne pas attendre la clôture de la faillite avant de faire droit à la demande en comblement du passif: Cass., 19 septembre 2014, Arr. Cass., 2014, n° 538, p. 1947, rendu en matière fiscale mais le raisonnement est le même.* » Voy. *supra*, notes 173 et 174. Cela étant, même une action sur la base de l'art. 1382 C. civ. semble pouvoir être introduite avant la clôture de la faillite (voy. not. *l'arrêt annoté*).

¹⁸² Voy. aussi G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 431, n° 562, 1^{er} tiret, *in fine*; E. GOLDSCHMIDT, *o.c.*, 2018, p. 296, n° 489; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 73, *medio* (et la doctrine y citée).

¹⁸³ Sur la condition – et mesure – d'insuffisance d'actif: J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 270, n° 177.

¹⁸⁴ Sans cette précision/présomption, une situation inédite pourrait se produire, dans laquelle la faillite, initialement déficitaire, se clôturerait en positif grâce au fait que l'administrateur fautif aurait été condamné (provisionnellement: *supra*, note 181) à rembourser l'ensemble des dettes sociales même au-delà de l'insuffisance d'actif (y compris donc les montants que la société aurait pu/dû, le cas échéant, rembourser elle-même). Une telle situation paraît toutefois incompatible avec la condition d'« insuffisance d'actif » de l'art. XX.227 CDE et avec le but de cette action qui « *n'est pas de sanctionner le dirigeant mais d'indemniser la masse du préjudice qu'elle a subi* » (I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1449, n° 1993). L'art. 1382 C. civ. resterait-il quant à lui invocable dans ce cas? Il semblerait que non (voy. *infra*).

Cette précision étant faite, notons par ailleurs que le juge se voit attribuer un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (important) en ce qui concerne la faute et son imputabilité, et qu'il statue en équité en ce qui concerne le montant de l'indemnisation.¹⁸⁵ Il peut en effet, comme pour l'action en comblement de passif¹⁸⁶, librement moduler la sanction selon son évaluation de la juste indemnité.¹⁸⁷ Ainsi, il pourrait par exemple décider de ne pas condamner un dirigeant pourtant fautif¹⁸⁸ ou de le condamner à l'intégralité du passif net¹⁸⁹ même sans lien avec la faute (voy. toutefois *infra*, n° 43, 2^e al., *in fine*). A cet égard, les mêmes critiques que pour l'action en comblement de passif (en cas de faute grave et caractérisée)¹⁹⁰ peuvent être *a fortiori* formulées pour l'action sur la base de l'article XX.227 du CDE (qui ne concerne pas nécessairement une faute grave et caractérisée, quoique: *supra*, note 43) (*supra*, 1^{er} tiret et spéc. note 172).

Confier au juge un pouvoir aussi étendu, et sujet à des limites aussi vagues et abstraites que l'« équité » ou la « juste indemnité » appelle des questions. Ainsi, il n'est plus tenu de vérifier/calculer (minutieusement) le montant du dommage résultant de la faute. Au contraire, il pourrait par exemple se contenter de condamner un dirigeant à une indemnisation bien plus élevée que celle de l'article 1382 du Code civil, et ce simplement sur la base de son « appréciation globale du cas d'espèce »¹⁹¹ ou, pour caricaturer un peu, de son seul *feeling*. Un dirigeant ne sait donc pas à quoi s'attendre

(ce qui est source d'insécurité juridique) et pourrait d'ailleurs théoriquement écoper d'une plus lourde condamnation qu'un autre dirigeant pourtant bien plus fautif, lequel pourrait même ne pas être condamné du tout (ce qui est source d'inégalité) (*supra*, note 172). Certes (sans préjudice des voies de recours, comme l'appel), des recours contributaires resteraient, le cas échéant, possibles entre eux, mais pareils recours entraîneraient une nouvelle procédure souvent longue, fastidieuse et couteuse (et donc rarement fructueuse) ... A l'inverse de l'article XX.227 du CDE, l'article 1382 du Code civil, invocable alternativement, ne paraît *a priori* pas quant à lui imposer que la responsabilité du dirigeant soit limitée au montant total du passif net (*supra*, note 174 et comp. note 184). Ce serait sans doute le seul¹⁹² avantage potentiel de cet article par rapport à l'article XX.227 du CDE (*supra*, 1^{er} tiret, *in fine*), lequel avantage serait toutefois relatif puisqu'en pratique, comme dans l'*arrêt annoté* d'ailleurs, le dommage résultant de la poursuite fautive est rarement, voire jamais, supérieur au passif net. En réalité, nous pensons que cet avantage de l'article 1382 du code civil n'existe d'ailleurs pas et que le montant total du passif net plafonne tout autant l'action fondée sur cet article. En effet, dans ce cas aussi, le curateur agit au nom de la masse et non point au nom de la société ou de ses actionnaires: « En l'absence d'un passif net (...), ni les créanciers individuellement, ni la «masse des créanciers» ne subiraient en tous cas pas de préjudice puisque cela signifie-

¹⁸⁵. Liège, 20 février 2018, *D.A.O.R.*, 2019/1, p. 78, cité et approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 486, n° 82 et réf. Dans le même sens et à ce sujet, voy. S. BRIJS *et al.*, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 587, n° 95 et la jurisprudence citée; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, pp. 1434-1435, n° 1977; A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1525, n° 2242 et p. 1530, n° 2250; J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 678-679, n° 47; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, pp. 355-356, n°s 658-660, p. 369, n° 680 *in fine* et pp. 373-374, n° 688; D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, p. 814 *medio* et p. 822. Comp. Y. DESMYTTERE et F. HELSEN, « Art. XX.227-228 WER », in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek economisch recht, Boek XX. Insolventie van ondernemingen*, 2018, pp. 7-8 et réf.

¹⁸⁶. Y. GODFROID, « La liquidation des entreprises en difficulté », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, 2019, Anthemis, p. 158. Le juge pourrait donc condamner les dirigeants à la *totalité* des dettes sociales à concurrence de (la totalité de) l'insuffisance d'actif (voy. not. Cass., 18 juin 2013, *R.W.*, 2013-2014, n° 36, p. 1425; Comm. Liège, 2 septembre 2002, *inédit*, R.G. 362/2000, p. 5), même si leur faute était sans lien avec l'insuffisance d'actif et sans lien avec le dommage (*contra* et minoritairement: déclarations du ministre M. VAN ELSLANDE et position de F. T 'KINT, citées par J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, p. 280), pour autant toutefois qu'elle soit grave et caractérisée et qu'elle ait contribué d'une manière ou d'une autre à la faillite (*supra*, 1^{er} tiret, spéc. note 179).

¹⁸⁷. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103 *ab initio*. Il a un « pouvoir modérateur »: *infra*, note 212.

¹⁸⁸. Cette hypothèse devrait rester exceptionnelle: I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1434, n° 1977, approuvé par A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 486, n° 82.

¹⁸⁹. Cette hypothèse doit toutefois, elle aussi, rester exceptionnelle, sous peine de manquer d'équité et « de tomber dans l'arbitraire et décréter un 'cautionnement' de fait » (Comm. Liège, 7 juin 2010, *inédit*, R.G. n° A/09/1032). A ce sujet et en ce sens, voy. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 678-679, n° 47.

¹⁹⁰. *Supra*, note 186, et plus généralement: J.-F. GOFFIN, *o.c.*, 2012, pp. 277-280, n°s 181-182.

¹⁹¹. Liège, 8 septembre 2011, *inédit*, 2010/R.G./246, cité par A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1530, n° 2250.

¹⁹². Outre l'avantage potentiel lié au caractère continu plutôt qu'instantané de la faute civile, pouvant potentiellement allonger le délai de prescription: *supra*, n° 10, 4^e tiret, spéc. note 52 et *supra*, n° 29, *in fine*, spéc. note 150; *infra*, note 260.

rait que la faillite est in boni ». ¹⁹³ Qu'advierait-il alors si le dirigeant était néanmoins (provisionnellement) condamné à un montant (qui s'avèrerait *in fine*) supérieur à cette limite? Le dirigeant devrait alors, sans préjudice des voies de recours (comme l'appel) pouvoir se retourner, à concurrence de ce supplément, contre la société voire, en cas de clôture de la faillite (en positif), contre ses actionnaires.

- *Circonstance atténuante*: mandat non rémunéré d'administrateur. Troisièmement, toujours concernant l'ampleur de l'indemnisation, qui doit être fixée par le juge au cas par cas, il s'observe que: « *De manière surprenante, il a été reconnu lors des discussions parlementaires que le caractère non rémunéré d'un mandat d'administrateur peut être pris en compte comme 'circonstance atténuante'.* » (Doc. parl., Chambre, 2016-2017, 2407/004, 58). Dans la jurisprudence anciennement en vigueur en matière de responsabilité des administrateurs ce critère ne donnait pas lieu à une appréciation plus indulgente (voir M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Anvers, Intersentia, 2009, 132). » ¹⁹⁴

29. Répartition de l'indemnisation entre créanciers. En ce qui concerne la répartition, entre les créanciers, de l'indemnisation obtenue ¹⁹⁵, l'article XX.227 du CDE reprend la distinction – contenue dans l'action en comblement de passif de

l'article XX.225 ¹⁹⁶ – entre la réparation d'une diminution ou absence d'actif d'une part ¹⁹⁷, et la réparation d'une aggravation de passif d'autre part (*supra*, note 25). La première est répartie proportionnellement entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférence (droit commun), tandis que la seconde est répartie proportionnellement entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférence, ce qui déroge au droit commun ¹⁹⁸ (art. XX.227, § 3, calqué sur l'art. XX.225, § 5, du CDE).

La justification de cette distinction/dérogation – certes contenue dans les travaux préparatoires concernant l'action en comblement de passif (art. XX.225) mais transposable à l'article XX.227 puisqu'il reprend exactement la même règle (*supra*, n° 28, 1^{er} tiret) – est la suivante: « *Pour rencontrer les préoccupations des créanciers chirographaires, respecter le plus possible le principe de l'égalité entre créanciers et inciter ces mêmes créanciers à introduire les actions.* » ¹⁹⁹ L'application du droit commun pour répartir (la partie de) l'indemnisation couvrant une diminution ou disparition d'actifs s'explique quant à elle par le souci de préserver le droit des créanciers privilégiés affectés par la disparition d'actifs sur lesquels repose leur garantie. ²⁰⁰

La distinction/dérogation identifiée ci-dessus a déjà été approuvée par certains ²⁰¹ mais critiquée par beaucoup d'autres auteurs ²⁰², notamment au regard du principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 Const.) ou à la

¹⁹³ Ch. VAN BUGGENHOUT et O. CLEVENBERG, *o.c.*, *R.D.C.*, 1995, p. 541 ab initio. Dans un sens similaire, voy. J. SPREUTELS, concl. sous Cass., 5 décembre 1997, point 11 (cité par T. BOSLY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2000, p. 49); J. HEENEN, « Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou une aggravation du passif de la masse », *R.C.J.B.*, 1983, p. 33 et les solutions proposées; J. RONSE, « La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif », *R.P.S.*, 1979, p. 295, *in fine*, qui écrit que dès lors que « le curateur agit pour la masse créancière », son action « n'est pas enrayée par la décharge et, en outre, (...) elle ne peut conduire à aucun avantage pour les actionnaires ». Dans le même ordre d'idées, le « préjudice collectif » est souvent défini comme l'atteinte portée au patrimoine du failli en tant que, ou (osons-nous ajouter) dans la mesure où, ce patrimoine constitue le gage commun des créanciers, et le curateur puise le fondement de son droit d'agir contre les tiers, dont la faute a affecté la consistance de ce patrimoine, dans sa mission légale de reconstitution de ce patrimoine en vue du désintéressement des créanciers (X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: derniers développements », *Rev. Not.*, 2006, p. 266 et réf.; J. VANANROYE, « Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting », note sous Cass., 4 février 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 372, n° 2, al. 3 et 5 (et réf.); contra, voy. J. VANANROYE, G. LINDEMANS & R. VERHEYDEN, *o.c.*, 2017, pp. 131-132, n° 24). Il faut en déduire selon nous que la responsabilité (de wrongful trading) du dirigeant/tiers sur la base de l'article 1382 ne peut excéder le passif net. Voy. aussi *supra*, note 184 et spéc. la citation de I. VEROUGSTRAETE *et al.*

¹⁹⁴ S. BRIJS, K. DE SMET et S. JACMAIN, *o.c.*, *In foro*, 2018/1, n° 58, p. 12, note 16. Voy. aussi à ce sujet, A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1523; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, pp. 351-352. Comp. Ph. T'KINT, *o.c.*, in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, 2017, pp. 64-65 (et réf. à C.C., 19 décembre 2007).

¹⁹⁵ Les art. XX.225, § 5 et XX.227, § 3, CDE « précise[nt] comment le montant obtenu lors d'une condamnation doit être réparti » (Doc. parl., Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103).

¹⁹⁶ A ce sujet, voy. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1530-1533.

¹⁹⁷ *Supra*, note 25. P. ex. le détournement de certains biens, matériel ou machines ou encore « une vente d'un bien à vil prix ou (...) l'annulation de l'apport en nature d'un bien » (A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1533, n° 2253). Voy. aussi J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 681-682, n° 51-52 (et les possibles difficultés de distinction).

¹⁹⁸ Certains l'abordent comme une « possibilité [de principe] de déroger aux causes de préférence, pour revenir à la règle de l'égalité » (J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 682-683, n° 53).

¹⁹⁹ Doc. parl., Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103. Cette justification ne convainc pas (voy. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 684-685, n° 55). Le dernier argument/objectif cité, à savoir celui visant à « inciter ces mêmes créanciers à introduire les actions », ne vaut d'ailleurs que pour l'art. XX.225 et non pour l'art. XX.227 CDE car ce dernier, comme déjà vu (*supra*, n° 18), n'offre pas aux créanciers la possibilité d'introduire une action dérivée: T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 74, n° 92.

²⁰⁰ Doc. parl., Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103.

²⁰¹ S. BRIJS, K. DE SMET et S. JACMAIN, *o.c.*, *In foro*, 2018/1, n° 58, p. 9 (et leurs justifications).

²⁰² T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 52-53 et 74 (et réf.); J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 680-685; C. ALTER et L. BERMOND, *o.c.*, 2017, p. 145, n° 37; C.-A. LEUNEN et G. VISEUR, *o.c.*, 2018, pp. 736-737; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *o.c.*, 2019, pp. 1435-1436; N. THIRION, P. MOINEAU & D. PASTEGER, *o.c.*, *Chron. Not.* – vol. 67, 2018, p. 514, n° 244 *in fine*. Voy. aussi V. VERLAECKT, « Verminderen van actief is niet hetzelfde als vermeerderen van passief. Schade bij het kennelijk onredelijk verderzetten van een verlieslatende activiteit », 21 mars 2018, www.corporatefinance-lab.org/2018/03/21/.

lumière des difficultés pratiques qu'elle risque d'engendrer. Il se pourrait donc que la Cour constitutionnelle soit un jour saisie de la question à l'initiative de créanciers disposant d'un privilège général, comme l'administration fiscale. Entre-temps, des solutions pragmatiques ont déjà été proposées. Par exemple: « *Si l'action est introduite en invoquant précisément uniquement les deux situations globales de l'entreprise, il devrait s'agir d'une augmentation du passif et la répartition devrait se faire de manière proportionnelle.* »²⁰³

30. Solidarité possible. Une autre nouvelle faculté est offerte au juge dans le cadre de l'article XX.227 du CDE par rapport à l'article 1382 du Code civil. En cas de pluralité de dirigeants/administrateurs condamnés, le juge peut les condamner solidairement²⁰⁴ (moyennant motivation²⁰⁵), alors qu'en droit commun de la responsabilité, tant les dettes contractuelles qu'extracontractuelles sont en principes divisibles. Ceci doit néanmoins être nuancé, sous deux angles: « *Aansprakelijkheid is immers wel hoofdelijk respectievelijk in solidum wanneer de fouten van de aangesprokenen gemeenschappelijk of samenlopend zijn. Dat is vrij snel het geval bij bestuurders van een reddeloze onderneming, aangezien zij worden geacht op de hoogte te zijn van de financiële toestand van de onderneming. Voorts zijn bestuurders die een reddeloze onderneming voortzetten, sowieso hoofdelijk aansprakelijk als ze daarmee ook het WVV overtreden* »²⁰⁶

31. Plafond de responsabilité (art. 2:57 CSA)? L'article 2:57 du Code des sociétés et des associations instaure une nouvelle limite de responsabilité des administrateurs, appelée aussi le plafond ou *cap* de responsabilité.

Ce même article précise explicitement que ce nouveau plafond ne s'applique qu'en cas de faute légère accidentelle

(art. 2:57, § 3, CSA), mais il précise aussi que le *cap* s'applique en cas de responsabilité sur la base de l'article XX.227 du CDE.²⁰⁷

Or, ces deux précisions nous paraissent difficilement conciliables. En effet, nous²⁰⁸ n'apercevons *a priori* pas comment l'article XX.227 du CDE, à supposer déjà qu'il puisse couvrir des fautes moins graves qu'une faute « grave et caractérisée » au sens de l'article XX.225 du CDE (*contra*: note 43), pourrait être enclenché sur la base d'une (simple) faute légère accidentelle comme le requiert pourtant l'article 2:57, § 3, du CSA. La justification à ce sujet dans les travaux préparatoires n'est pas convaincante, ou du moins pas suffisante.²⁰⁹ Peut-on en effet envisager une hypothèse où la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée ne constituerait qu'une faute légère inhabituelle ou accidentelle? Nous ne le pensons pas, d'une part parce qu'il serait selon nous dans ce cas question, non pas de faute « légère », mais plutôt d'une faute (grave et) caractérisée (*supra*, note 43). La décision de cesser les activités (et de faire aveu de faillite) n'est d'ailleurs pas une décision légère ou mineure.²¹⁰ D'autre part, la faute peut difficilement être « accidentelle » ou « inhabituelle » en cas de poursuite déraisonnable. Au contraire, elle est (à tout le moins) caractérisée (*supra*, note 43) et acquiert *de facto* un caractère habituel ou – à tout le moins – continu (*infra*, n° 41 *in fine*) puisqu'elle se perpétue dans la durée, le moment de la faute ne pouvant généralement pas être déterminé avec exactitude dans le temps (*supra*, note 88).

Par conséquent, il nous semble qu'en pratique, le *cap* ne s'appliquera jamais en cas de condamnation sur la base de l'article XX.227 du CDE.

Au demeurant, et de manière plus générale, le Conseil d'Etat avait déjà souligné que l'articulation de l'article 2:57 du CSA avec (entre autres) l'article XX.227 du CDE « *est*

²⁰³. I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1450, n° 1995.

²⁰⁴. Cette possibilité de responsabilité solidaire est, à l'instar d'autres particularités/dispositions de l'art. XX.227, calquée sur l'art. XX.225 CDE et donc sur l'ancien art. 265 C. soc. (pour les SPRL).

²⁰⁵. J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, p. 679, n° 47 *in fine*.

²⁰⁶. G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 431-432, n° 562, 3^e tiret.

²⁰⁷. La première version de l'art. 2:57, § 1^{er}, CSA prévoyait à tort que le plafond de responsabilité s'appliquait également à l'art. XX.225 CDE, mais cette erreur a entre-temps été rectifiée par l'art. 58, 1^o, de la loi du 28 avril 2020 transposant la directive (UE) n° 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive n° 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations (*M.B.*, 6 mai 2020). Sur la justification de cette rectification, voy. les amendements déposés le 28 janvier 2020 (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, Doc. 55-0553/004, p. 138) ainsi que le rapport de la première lecture du 19 février 2020 fait au nom de la Commission de l'économie, de la protection des consommateurs et de l'agenda numérique par Mme K. VERHELST (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, Doc. 55-0553/005, p. 32). La confusion provient sans doute du fait que dans sa première version (ensuite amendée), l'art. 2:57 CSA ne visait pas uniquement la faute accidentelle mais également la « *faute grave (caractérisée)* » (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, Doc. 54-3119/001, pp. 71-73 et 427). Voy. aussi D. PHILIPPE et I. KARATAS, « Bestuursaansprakelijkheid in het licht van het WVV en het WER », in *L'entreprise face à ses nouveaux défis / De nieuwe uitdagingen voor de onderneming*, IJE-IBJ, 2019, pp. 81-120, spéc. n° 39.

²⁰⁸. Dans le même sens: A. JANSEN et W. DAVID, *o.c.*, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 482, n° 74 *in fine*; I. VEROUSTRATE *et al.*, *o.c.*, 2019, p. 1442 *in fine*; T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 69, n° 84 (et p. 75); G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, p. 432, n° 562 *in fine* (et p. 429); J. DANIEL et D. CORNIL, *o.c.*, *Pli jur.*, 2019/50, p. 44, n°s 52-53.

²⁰⁹. « *En ce qui concerne la référence à l'article XX.227 du même code, celle-ci est conservée étant entendu que la limitation de responsabilité prévue par cet article ne s'appliquera, conformément au § 3 de l'article 2:57 du Code des sociétés et des associations, pas en cas de faute légère à caractère habituel, de faute grave, d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire.* » (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, Doc. 55-0553/004, p. 138).

²¹⁰. Pour des motifs similaires, une telle décision ne pourrait selon nous pas être considérée comme réduite aux seuls « *besoins de la vie quotidienne de la société* » ou à un « *intérêt mineur* ». Elle n'entre donc pas dans le champ de la gestion journalière, sauf urgence particulière (à ce sujet: *supra*, n°s 24-25).

problématique ».²¹¹ Il avait notamment identifié plusieurs exemples concrets de différences de traitement injustifiées, outre quelques incohérences.²¹²

D. Conclusion intermédiaire, réflexions et suggestions

32. Conclusion. Comme le résume Gillis Lindemans concernant l'article XX.227 du CDE: « *Kortom, de wrongful-trading-bepaling biedt de curator een aantal voordelen ten opzichte van andere aansprakelijkheidsgronden: ze legt de schade vast op een geobjectiveerde (en nogal punitieve) wijze en haar personele toepassingsgebied is erg ruim en staat niet (volledig) in functie van het (vaak vrij te kiezen) recht dat de rechtspersoon beheerst. Anders dan bij de aansprakelijkheid wegens kennelijk grove fout, is bovendien enkel de curator bevoegd om de vordering in te stellen.* »²¹³

33. Réflexions et suggestions. En définitive, compte tenu de ce qui précède, on pourrait se demander si, pour un curateur voulant agir contre un dirigeant pour poursuite fautive (grave et caractérisée) d'une activité déficitaire, l'article XX.225 du CDE présente encore véritablement une utilité ou plus-value par rapport à l'article XX.227 du CDE.²¹⁴ Cette dernière disposition permet en effet d'obtenir une indemnisation équivalente à celle de l'article XX.225, lequel couvre pourtant des cas plus graves, du moins selon certains (*contra supra*, note 43). Si, comme on l'a vu, l'avantage de l'article XX.225 ne réside pas dans (l'ampleur de) l'indemnisation, le curateur, confronté à une poursuite fautive grave et caractérisée d'activité déficitaire par un administrateur de société faillie en insuffisance d'actif, devrait alors pouvoir espérer tirer d'autres avantages à agir sur la base de cet article plutôt que sur la base de l'article XX.227. Or, cela ne semble pas être le cas. Pire encore, l'article XX.225 est curieusement plus contraignant que l'article XX.227 à d'autres égards: non seulement en ce qu'il impose la preuve d'une faute « grave et caractérisée »²¹⁵ et d'un lien entre celle-ci et la survenance de la faillite (*supra*, note 168), mais aussi et surtout parce qu'il ne peut pas être invoqué en cas de faillite de petites sociétés (*supra*, n° 10, 3^e tiret) ou de certaines petites asso-

ciations et fondations pourtant visées par l'article XX.227 (*supra*, note 130 primo).

Pour les créanciers, certes, l'article XX.225 du CDE offre l'avantage, contrairement à l'article XX.227 du CDE, de pouvoir être invoqué par eux en cas d'inertie du curateur. mais cette (unique) plus-value n'est qu'une maigre consolation, sans compter qu'elle doit être relativisée.²¹⁶

Par conséquent, de deux choses l'une:

- soit le texte actuel de l'article XX.227 du CDE est maintenu. Dans ce cas, il se peut que les juges se montrent timides, en particulier dans l'hypothèse où la faute ne serait pas grave et caractérisée, à supposer cette hypothèse envisageable (*supra*, note 43). Dans ce cas en effet, un réflexe naturel pour un juge serait alors de n'accorder des dommages et intérêts sur la base de l'article XX.227 – ou de l'article 1382 du Code civil²¹⁷ – qu'en lien temporel²¹⁸ avec la faute, conformément aux enseignements traditionnels (y compris l'*arrêt annoté*). L'article XX.227 offre au juge la faculté d'aller moins loin, mais aussi d'aller plus loin et de gonfler le montant de l'indemnisation jusqu'à concurrence de la totalité de l'insuffisance d'actif, même si elle ne résulte pas de la faute (voy. not. *supra*, note 212). Il ne s'agit toutefois que d'une faculté. Elle est d'ailleurs controversée (*supra*, n° 28, 1^{er} tiret et *infra*, n° 43, 2^e al., *in fine*) et sujette à une évaluation en équité qui, elle, semble être non pas facultative mais obligatoire comme le suggère notamment l'arrêt de 2018 précité (note 185) lorsqu'il se rallie à « La doctrine et jurisprudence majoritaires [qui] estiment que le juge doit statuer en équité » (nous soulignons). On peut dès lors deviner, sinon espérer, la tendance future des juges à n'user (exceptionnellement: *supra*, note 189) de cette faculté qu'en cas de poursuite fautive (très) « grave et caractérisée »²¹⁹ d'activités déficitaires, que ce soit sur la base de l'article XX.227 du CDE – pour les petites sociétés (*supra*, n° 20) ou pour certaines petites associations ou fondations exclues de l'article XX.225 mais pas de l'article XX.227 (*supra*, note 130 primo) – ou sur la base de l'article XX.225 du CDE;
- soit le texte de l'article XX.227 du CDE est modifié en vue d'y insérer l'exigence d'antériorité de la faute par

²¹¹ Doc. parl., Chambre, Doc. 54-3119/002, p. 14.

²¹² P. ex., « Les articles XX.225 à XX.227 précités ont pour objectif d'aggraver la responsabilité des dirigeants en cas de faillite en prévoyant qu'ils sont responsables non pas du dommage qu'ils ont causé par leur faute mais potentiellement de la totalité des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif (avec toutefois un pouvoir modérateur du juge). Prévoir une telle aggravation, puis dans un autre texte limiter la responsabilité des dirigeants n'est pas cohérent, et mine en conséquence la justification de l'une et de l'autre de ces règles. » (Doc. parl., Chambre, Doc. 54-3119/002, p. 16). Dans le même sens, voy. I. VEROUGSTRAETE et al., o.c., 2019, p. 1426.

²¹³ G. LINDEMANS, o.c., 2019, p. 432, n° 564.

²¹⁴ Dans le même sens: J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, o.c., 2018, p. 647.

²¹⁵ Même si cette preuve est, selon une certaine (nouvelle) tendance, relative (*supra*, note 43).

²¹⁶ Voy. G. LINDEMANS, o.c., 2019, p. 428, n° 558. Au sujet de cette action « dérivée », voy. *supra*, n° 18 (spéc. note 121) ainsi que T. VANDENBERGHE, o.c., 2019, pp. 31-33.

²¹⁷ Si la faillite concerne une A(I)SBL ou fondation avec une comptabilité simplifiée (*supra*, n° 19) ou si le curateur ou le juge décide, par timidité ou pour une autre raison (*supra*, n° 10, dernier tiret), de retenir cet art. 1382 plutôt que l'art. XX.227 CDE.

²¹⁸ Avec une présomption simple de lien causal valant à partir de la faute: *supra*, n° 12, 2^e et 3^e tirets, n° 13, et note 180.

²¹⁹ Ce qui serait, selon une certaine (nouvelle) tendance, toujours le cas: *supra*, note 43.

rapport au dommage (à prouver) et de la prise en compte d'un arrêt *hypothétique* des activités au moment de la faute et, dans ces limites, la présomption simple d'un lien causal entre faute et dommage (*supra*, n° 28, 1^{er} tiret, spéc. notes 179-180). Cette solution, accompagnée de l'une ou l'autre clarification²²⁰ ou adaptation²²¹ complémentaire, offrirait plus de sécurité

juridique et paraît au demeurant logique: elle ferait notamment disparaître la plupart des curiosités, incohérences et inégalités identifiées jusqu'ici. Or, n'est-ce pas ce que le législateur voulait? Sa volonté exprimée n'aurait-elle pas maladroitement dépassé sa volonté réelle lors de la rédaction de l'article XX.227 du CDE?

VII. LA POURSUITE (DÉRAISONNABLE?) D'ACTIVITÉS PENDANT LA CRISE SANITAIRE DU COVID-19

A. L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 15

34. Intérêt de la question. Dans le contexte actuel de la crise sanitaire du coronavirus (ou COVID-19), certains ont prédit qu'environ un commerce sur cinq risquerait la faillite²²², et un sur trois dans l'événementiel²²³, et que le nombre de faillites en Belgique devrait augmenter de 26% entre 2019 et 2021.²²⁴

35. L'arrêté royal. L'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 15 du 24 avril 2020²²⁵ a instauré un sursis ou moratoire légal qui protégeait temporairement, à savoir du 24 avril 2020 au 17 juin 2020, les entreprises contre, notamment, les citations en faillite forcées²²⁶ et certaines mesures de recouvrement forcées. Les initiatives volontaires restaient toutefois possibles²²⁷, voire même implicitement obligatoires

dans certains cas (comme nous le verrons). Cet arrêté royal a, quant à son principe, été globalement salué par certains²²⁸ mais vivement critiqué par d'autres.²²⁹

A l'instar des autres arrêtés dits de pouvoirs spéciaux adoptés dans le cadre de la crise sanitaire, cet arrêté, tant qu'il « *n'est pas confirmé par le législateur, ne relève donc manifestement pas de la compétence de la Cour [constitutionnelle]* ».²³⁰

36. Suspension de l'obligation de faire aveu de faillite. Ainsi, l'article 2 de cet arrêté royal concernait la suspension de l'obligation des « *dirigeants* »²³¹ de faire aveu de faillite. Il disposait que « *L'obligation visée à l'article XX.102 du même code [de droit économique] pour le débiteur de faire aveu de faillite est suspendue pendant la durée du sursis visé*

^{220.} Il conviendrait en effet, avant le point a) de l'art. XX.227 § 1^{er} CDE, de remplacer « *comité* » par « *conseil* » de direction (*supra*, n° 26) et d'ajouter que la responsabilité est limitée « *à concurrence de l'insuffisance d'actif* », comme c'est déjà le cas dans la version néerlandophone ainsi qu'à l'art. XX.225 (*supra*, n° 28, 2^e tiret). Il conviendrait aussi de préciser, comme le suggère le professeur Vananroye, que les créanciers individuels gardent leur droit d'action individuel (*supra*, n° 17) et de remplacer tant le mot « *administrateur* » au § 3 (*supra*, note 98) que la référence à la loi du 27 juin 1921 au § 5 (*supra*, note 128).

^{221.} Pensons notamment à l'exception en faveur des dirigeants de certaines petites sociétés, absente dans l'art. XX.227 CDE mais reprise à l'art. XX.225 CDE. Il pourrait se justifier de reprendre l'exception de l'art. XX.225 § 2 CDE dans l'art. XX.227 CDE (*supra*, n° 20, 3^e et 4^e al. et n° 21).

^{222.} Voy. not. J.-F. NOULET, « *Coronavirus en Belgique: un mois après la réouverture, un commerce sur 5 risque la faillite* », www.rtbf.be, 14 juin 2020; M. GEELKENS, « *Coronavirus: le robinet des faillites est ouvert* », *Le Vif*, 21 mai 2020; J.-P. BOMBAERTS, « *Un déferlement de faillites se profile après l'été* », *L'Echo*, 20 mai 2020; interview de P. TIMMERMANS (administrateur délégué de la FEB) dans *Le Soir* du lundi 7 septembre 2020 citant une analyse menée par la FEB et le bureau Graydon portant sur plus de 400.000 entreprises.

^{223.} Selon une étude du bureau « *Graydon* » détaillée le samedi 1^{er} août 2020 dans *L'Echo*.

^{224.} Selon une étude citée par J.-P. BOMBAERTS, « *Les faillites en Belgique pourraient bondir de 26% en 2021* », *L'Echo*, 20 juillet 2020.

^{225.} Arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 relatif à la suspension temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autre mesures pendant la durée de la crise Covid-19 (*M.B.*, 24 avril 2020) (ci-après aussi l'« *A.R. n° 15* »). Pour des commentaires de cet arrêté, voy. not. A. VAN HOE, « *Uitzonderlijke tijden, uitzonderlijke maatregelen* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/3, pp. 241-242; B. INGHELS et Z. PLETINCKX, « *Un moratoire pour les entreprises pendant la durée de la crise du COVID-19* », *J.T.*, 2020/18, p. 351; D. DE MAREZ, « *Een stormparaplu voor alle door de coronacrisis getroffen ondernemingen* », *R.W.*, 2019-2020, p. 1449; E. DIRIX, « *Pauzeknop voor coronafaillissementen en beslagen* », *Juristenkrant*, 2020, n° 408, p. 5; E. DIRIX, « *Corona en insolventierecht in België* », *T.V.L.*, 2020/27, éd. 3, pp. 203-206; F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « *Le sursis temporaire en faveur des entreprises. Commentaire de l'arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020* », *B.J.S.*, n° spéc. mai 2020, pp. 1-11; A.M. MENNENS et J.M.W. POOL, « *Flattening the insolvency curve. Het voorkomen van onnodige coronafaillissementen door wijziging van insolventierecht* », *T.V.L.*, 2020/22, éd. 3; A. ZENNER, « *Non au gel prolongé des faillites* », *La Libre*, tribune du 12 mai 2020.

^{226.} « *Mais une citation en faillite à l'initiative du ministère public ou d'un administrateur provisoire reste possible.* » (rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 1^{er} (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.734)). Voy. art. 1^{er}, 2^e tiret de l'arrêté royal.

^{227.} Voy. aussi le rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 1^{er} (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.734): « *Si l'entreprise convoquée accepte la déclaration de faillite, celle-ci est également possible.* ». Voy. art. 1^{er}, 2^e tiret de l'arrêté royal: « *(...) sauf (...) sur consentement du débiteur* » ainsi que son art. 2: « *Cette disposition ne déroge pas à la possibilité pour le débiteur de faire aveu de faillite.* »

^{228.} S. BRIJS et al., o.c., *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/5, p. 560, n° 2, *in fine*; D. DE MAREZ, o.c., *R.W.*, 2019-2020, p. 1449 *in fine*; E. DIRIX, o.c., *Juristenkrant*, 2020/27.

^{229.} Voy. not. A. ZENNER, « *Non au gel prolongé des faillites* », *La Libre*, tribune du 12 mai 2020.

^{230.} C.C., 4 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020/27, pp. 1244-1246 rendu à propos de l'arrêté royal n° 3. « *Tout tribunal peut donc l'écarter, sur la base de l'article 159 de la Constitution s'il en constate l'illégalité* » (Trib. Entr. fr. Bruxelles, 18^e ch., 5 mai 2020, *J.L.M.B.*, 2020/27, pp. 1271 et s. et note P. HENRY, rendu à propos de l'arrêté royal n° 2).

^{231.} Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 2 (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.735).

à l'article 1^{er} du présent arrêté, si les conditions de la faillite sont la conséquence de l'épidémie ou la pandémie²³² de COVID19 et ses suites. Cette disposition ne déroge pas à la possibilité pour le débiteur de faire aveu de faillite. »

Notons au passage que les mots « si les conditions de la faillite sont la conséquence de l'épidémie ou la pandémie de COVID19 et ses suites » semblaient *a priori* impliquer qu'une preuve devait être apportée, ce qui n'était pas tout à fait exact²³³ et ne devait de toute façon pas être trop fastidieux dans la plupart des cas.²³⁴

37. Mais maintien d'autres obligations. Faut-il déduire de cet article 2 que seule l'obligation des dirigeants de faire aveu de faillite au sens de l'article XX.102 du CDE²³⁵ – et la sanction pénale y assortie²³⁶ – était suspendue, et non point, par exemple, leur obligation de mettre un terme aux activités (et de faire aveu de faillite) découlant de l'article XX.227 du CDE ou d'une autre disposition ou règle, de droit commun notamment (le cas échéant)?²³⁷ Il semble que oui.²³⁸

En effet, le fait que l'aveu de faillite volontaire restait possible même pendant le moratoire lorsque, comme l'ajoutait subtilement le rapport au Roi, « c'est l'option la plus appropriée »²³⁹, paraissait transformer une simple possibilité en une obligation (implicite) si elle s'imposait en vertu d'un autre fondement que l'article XX.102 du CDE. Il se lisait d'ailleurs dans le rapport au Roi que « les abus éventuels peuvent toujours être combattus via l'action paulienne dans le cadre de la faillite et les autres actions de droit commun ».²⁴⁰

Soulignons néanmoins que, en droit des sociétés aussi, cer-

taines mesures préventives telles que la procédure de la sonnette d'alarme et les obligations en découlant, ont également été suspendues pendant le temps de la crise.²⁴¹

B. Application à la poursuite déraisonnable d'activités déficitaires par les dirigeants

38. Compte tenu de ce qui précède, la question se pose de savoir si, dans les faillites qui sont intervenues récemment ou qui interviendront dans les prochains mois à cause de la crise, les curateurs peuvent ou pourront poursuivre les dirigeants pour poursuite déraisonnable d'activités déficitaires et si oui, à concurrence de quels montants.

Il n'existe bien entendu pas de réponse préfabriquée à cette question complexe, et beaucoup dépendra des circonstances de chaque cas d'espèce, mais nous tentons néanmoins ci-dessous d'offrir quelques débuts de pistes à ce sujet.

1. L'activité est devenue irrémédiablement condamnée avant le début de la crise sanitaire

39. Hypothèse envisagée. La première hypothèse est celle où il serait démontré que l'activité était déjà, avant le début (des effets) de la crise sanitaire²⁴², devenue irrémédiablement condamnée ou inévitablement vouée à la faillite.²⁴³ Nous ne visons par contre pas ici les entreprises initialement insauvables qui ont été sauvées grâce à la crise, pour qui la

²³² Sur le choix des termes « épidémie » et « pandémie », voy. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, *o.c.*, *B.J.S.*, n° spéc. mai 2020, p. 3, n° 3.

²³³ Voy. B. INGHELS et Z. PLETINCKX, *o.c.*, *J.T.*, 2020, p. 351, n° 2.1. *ab initio*, p. 352, n° 3.2. et p. 353, n° 5.3.: « Même si le libellé de l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 15 pourrait laisser penser qu'il faudra démontrer que la continuité de l'entreprise est menacée par l'épidémie ou la pandémie de COVID-19 et ses suites, le rapport au Roi souligne qu'il n'en est rien. L'application de l'arrêté royal n° 15 est uniforme, automatique et immédiate. Nous l'avons déjà relevé, il n'était pas pensable d'imposer aux entreprises des conditions d'accès particulières ou d'exclure par principe certaines catégories d'entreprises. Cela dit, toute partie intéressée qui considère que l'entreprise ne tombe pas dans le champ d'application pourrait agir directement devant le président du tribunal de l'entreprise. » (p. 352, n° 3.2.). Voy. *infra*, note 234.

²³⁴ « Dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, le président pourra tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Par exemple, il vérifiera si le débiteur a été touché par la crise du corona et ses mesures. En particulier, il pourra tenir compte l'impact de la crise du corona sur l'entreprise, qui est objectivé sur la base des critères suivants: (i) si, suite à la crise du corona, le chiffre d'affaires ou l'activité du débiteur a fortement diminué, (ii) s'il y a eu recours total ou partiel au chômage temporaire ou complet et (iii) si les autorités ont ordonné la fermeture de l'entreprise du débiteur (...). [P]euvent également jouer un rôle (...) le fait que la dette soit née de contrats conclus après le déclenchement de la pandémie ou de l'épidémie de COVID-19. » (rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15 (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, pp. 28.733-28.734); dans le même sens, voy. not. Trib. entr. Liège (div. Namur), 2 juin 2020, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, p. 613, n° 7 et réf.). Sur les abus éventuels, *infra*, note 285.

²³⁵ *Supra*, n° 7, 2^e tiret et *supra*, n° 10, 2^e tiret.

²³⁶ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 2 (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.735).

²³⁷ *Supra*, n° 16, 3^e tiret.

²³⁸ Dans le même sens, et de manière (très) critique: A. ZENNER, « Non au gel prolongé des faillites », *La Libre*, tribune du 12 mai 2020. Ce dernier se demandait notamment pourquoi la responsabilité des dispensateurs de crédits en cas de faillite ultérieure a été allégée pendant le moratoire, mais pas celle des dirigeants.

²³⁹ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 2 (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.735).

²⁴⁰ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15, Commentaire de l'art. 1^{er} (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.734). Certes, cette précision concernait l'art. 1^{er} de l'arrêté royal, mais nous n'apercevons pas, *a priori*, pourquoi elle ne s'appliquerait pas de manière plus générale. Sur les abus éventuels, *infra*, note 285.

²⁴¹ Arrêté royal n° 4 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie COVID-19.

²⁴² A savoir avant la période dite « de confinement », donc avant le 19 mars 2020. L'art. 1^{er} de l'arrêté royal précise en effet que le sursis temporaire (du 24 avril au 17 juin 2020) s'applique aux entreprises « qui n'étaient pas en état de cessation de paiement à la date du 18 mars 2020 ». Le dirigeant poursuivi – ou le curateur – pourrait cependant (tenter de) défendre, preuve à l'appui, que la crise sanitaire ou ses effets se seraient fait ressentir pour l'entreprise concernée avant – ou après – cette date officielle, le cas échéant.

²⁴³ Il s'agit du « moment charnière » visé ci-avant: *supra*, n° 16, 1^{er} tiret.

crise aurait plutôt été une aubaine inespérée (voy. *supra*, n° 16, 1^{er} tiret, 2^e al.).

Notons, en lien avec cette première hypothèse (même si les conditions de la faillite ne sont pas les mêmes que les conditions d'une poursuite déraisonnable: *supra*, n° 10, 2^e tiret), que selon le rapport au Roi²⁴⁴, le moratoire temporaire « ne s'applique pas aux entreprises qui ont déjà été déclarées en faillite le jour de l'entrée en vigueur du présent arrêté » ni à celles « qui étaient déjà en cessation de paiement le 18 mars 2020 »²⁴⁵ puisque « [I]es problèmes de ces entreprises sont historiques et ne sont pas liés à la crise actuelle ». Il pouvait en outre être levé par un juge pour les entreprises qui en abusaient.²⁴⁶

40. La faute. Dans l'hypothèse envisagée ici, la faute sera – généralement²⁴⁷ – établie dans le chef du dirigeant qui n'aurait pas, (dans un délai raisonnable/réaliste) à partir du moment où l'entreprise est devenue impossible à sauver, mis un terme aux activités et fait aveu de faillite, et ce sur la base de l'article XX.227 du CDE (ou de l'art. 1382 C. civ.).²⁴⁸

En effet, dans ce cas, rien n'empêche un dirigeant, même en période de confinement, de mettre un terme aux activités (et de faire aveu de faillite). Il en irait toutefois autrement s'il parvenait par exemple à démontrer, à supposer que la faute soit continue (*infra*, n° 41, dern. al.), (i) qu'il serait plus opportun d'attendre avant d'arrêter les activités (*infra*, note

286), ou (ii) une cause étrangère exonératoire telle que la force majeure (qui retardera en conséquence le moment de survenance de la faute).

41. Force majeure? Concernant la force majeure, rappelons qu'en l'absence de définition légale, elle « peut être définie comme un événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendamment de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui ».²⁴⁹

Ainsi, dans l'hypothèse envisagée ici, le dirigeant pourrait par exemple essayer de prouver que le coronavirus, ou le confinement imposé par les pouvoirs publics dans ce contexte, aurait rendu (temporairement) impossible²⁵⁰ le respect de son devoir de mettre un terme aux activités (et de faire aveu de faillite). mais ceci semble *a priori* difficile à prouver²⁵¹, sauf par exemple si le dirigeant a été hospitalisé à cause du coronavirus.²⁵²

Et même si une telle preuve d'impossibilité (temporaire) parvenait à être apportée, encore faudrait-il, pour parler de force majeure, qu'il n'y ait pas eu de faute dans le chef du dirigeant. La force majeure ne peut en effet résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette

²⁴⁴. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.733 *medio*). Dans le même sens: « l'atteinte portée aux droits des créanciers sursitaires ne peut dépasser le cadre strict de la nécessité justifiée par la crise sanitaire du COVID-19 » (avis du Conseil d'Etat précédant l'arrêté royal n° 15, p. 28.739, *in fine*).

²⁴⁵. Cependant, la doctrine estime à juste titre que « (...) il conviendra d'établir l'existence d'une véritable cessation de paiement et non de simples difficultés de paiement. En effet, si des entreprises pouvaient, certes, rencontrer des difficultés avant la crise du COVID-19, il ne fait aucun doute que celles-ci se sont aggravées par l'effet de la crise » (F. GEORGE et N. OUCHINSKY, *o.c.*, B.J.S., n° spéc. mai 2020, p. 3, n° 4). Voy. aussi B. INGHELS et Z. PLETINCKX, *o.c.*, J.T., 2020, p. 352, n° 3.3. Pour des cas où le bénéfice du moratoire temporaire a été refusé, voy. Trib. entr. Gand (div. Bruges), 5 mai 2020, R.D.C.-T.B.H., 2020/3, pp. 242-245; Trib. entr. Liège (div. Namur), 2 juin 2020, T.R.V.-R.P.S., 2020, pp. 611-613.

²⁴⁶. Art. 1^{er}, al. 2, A.R. n° 15, justifié comme suit: « Afin d'éviter que cette règle ne dépasse son objectif et d'empêcher certaines entreprises de bénéficier indûment de cette protection (...) (par exemple pas d'impact de de l'épidémie ou la pandémie de COVID-19 ou déjà en état de cessation de paiements au 18 mars 202) » (rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.733)). Sur les abus éventuels, *infra*, note 285.

²⁴⁷. *Supra*, n° 16, 2^e et 3^e tirets.

²⁴⁸. Nous laissons de côté l'éventuel non-respect d'autres règles telles que la procédure de la sonnette d'alarme (*supra*, notes 10 et 12 et *supra*, n° 10, 1^{er} tiret), la responsabilité éventuelle du fondateur (T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, pp. 120 et s.), ou encore l'hypothèse d'une poursuite fautive « grave et caractérisée » d'activités, sujette quant à elle à une responsabilité supplémentaire: celle de l'art. XX.225 CDE (voy. toutefois *supra*, note 43). Notons juste à cet égard que cette faute grave et caractérisée se verrait, le cas échéant, appliquer le même sort que l'art. XX.227 CDE (*supra*, n° 33).

²⁴⁹. P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, tome II, vol. 2, coll. De Page, 2013, n° 966. Dans le même sens, voy. not. F. GLANSORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », J.T., 2020/18, p. 326 (et les références y citées); C. DELFORGE, M. DEFOSSE et al., *o.c.*, R.C.J.B., 2019/4, p. 715 (et la doctrine et jurisprudence y citées). Comp. A. HOET & S. VOET, « Overmacht door corona in contractuele relaties », R.W., 10 oktober 2020, pp. 203-214.

²⁵⁰. Concernant la condition d'impossibilité pour parler de force majeure (en matière contractuelle): « l'impossibilité doit s'apprécier de manière raisonnable et humaine » (P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 499); « il faut, mais il suffit, que l'exécution soit normalement impossible, eu égard aux circonstances et aux conditions de vie (...) En toutes choses, il y a mesure à tenir. Cette mesure est ici l'impossibilité réelle normale d'exécution et non l'impossibilité théorique absolue » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 562). La circonstance rendant non pas impossible mais seulement plus difficile ou plus onéreuse l'exécution de l'obligation, n'est pas constitutive de force majeure (Cass., 25 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782), mais là aussi, la doctrine fait preuve de nuance/réalisme: « Le débiteur peut invoquer la force majeure lorsqu'il ne pourrait atteindre le résultat prévu qu'en fournissant une prestation dépassant celle définie par les obligations contractuelles qui pèsent sur lui. » (P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1384; dans le même sens, voy. F. GLANSORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », J.T., 2020/18, pp. 326-327). Voy., en matière extracontractuelle plus spécifiquement: C. DELFORGE, M. DEFOSSE et al., *o.c.*, R.C.J.B., 2019/4, p. 715-716.

²⁵¹. A cet égard, notons en effet que l'aveu de faillite « se fait par voie électronique dans le registre ou exceptionnellement, par dépôt d'un acte au greffe lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire l'aveu par voie électronique » (art. XX.102, al. 2, CDE). A moins donc de démontrer que la plateforme électronique aurait été (temporairement) inaccessible – par exemple en raison d'un bug informatique d'une certaine durée – ou inutilisable par un administrateur normalement prudent et diligent, ou que certains documents indispensables pour faire aveu, tels que le bilan, seraient (temporairement) impossibles à établir ou obtenir, le dirigeant ne pourra pas se retrancher derrière une (simple) fermeture éventuelle des greffes pendant le confinement.

²⁵². Et même dans ce cas: « Si le créancier de l'obligation peut prouver que le débiteur a été contaminé au COVID-19 après avoir participé à une réunion festive ou autre – bref, qu'il a méconnu les interdictions et précautions récemment imposées – la force majeure n'aura pas beaucoup de chances d'être retenue. » (F. GLANSORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », J.T., 2020/18, p. 327 *in fine*).

volonté n'a pu « *ni prévoir ni conjurer* »²⁵³ ou « *ni prévoir ni éviter* ».²⁵⁴ Concernant l'imprévisibilité, dont la crise du coronavirus est d'ailleurs – ou du moins était initialement – raisonnablement empreinte²⁵⁵: « *La doctrine contemporaine y voit davantage un critère d'appréciation de la non-imputabilité plutôt qu'une condition proprement dite de la force majeure.* »²⁵⁶

C'est évidemment sur le débiteur, à savoir le dirigeant, que repose la charge de prouver cette absence de faute, mais cette charge est-elle lourde? Que doit-il prouver exactement? Selon F. Glansdorff: « *La tendance actuelle semble ressortir de la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2015 précité, qui exige du débiteur à tout le moins la preuve qu'il 'a fourni tous les efforts requis' pour éviter le dommage ou l'impossibilité d'exécution (voy. aussi J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, o.c., pp. 95 et 107; J. VAN ZUYLEN, o.c., n° 20 et s.). On est en quelque sorte entre l'obligation du moyen et l'obligation de résultat (...)* ».²⁵⁷ Dans le même sens, en matière quasi délictuelle spécifiquement, « *on requiert classiquement un événement 'irrésistible', dont on ne peut éviter ni la survenance ni les conséquences dommageables. Outre l'exigence d'irrésistibilité, la force majeure suppose qu'aucune faute ne soit commise tant dans la survenance de l'événement que durant la 'situation de crise'.* »²⁵⁸

C'est à la lumière de ces précisions que se pose la question de savoir si un dirigeant déjà en faute – parce qu'il aurait déjà pu et dû, avant l'impossibilité (temporaire) qui l'en empêche, mettre un terme aux activités irrémédiablement condamnées avant la crise sanitaire et faire aveu de faillite – peut encore se prévaloir de la force majeure d'une manière ou d'une autre. Cette question est délicate.²⁵⁹ Soit on considère – à tort semble-t-il²⁶⁰ (du moins si l'on se base sur l'art. 1382 C. civ.²⁶¹) – que la faute est instantanée, l'obliga-

tion sous-jacente n'existant qu'une seule fois. La faute serait alors consommée dès le moment (charnière) où la poursuite d'activités est devenue déraisonnable et que le dirigeant n'a pas mis un terme aux activités dans un délai raisonnable/réaliste à partir de ce moment charnière. Dans ce cas, si l'impossibilité (temporaire) commence après l'expiration du délai raisonnable/réaliste précité, la force majeure ne pourrait en principe plus être invoquée²⁶², aussi étrange que cela puisse paraître.²⁶³ Soit on considère au contraire, et à juste titre selon nous (du moins si l'on se base sur l'art. 1382 C. civ.), qu'on est en présence d'une faute continue (qui se répète à chaque instant), d'un ensemble de faits successifs et indivisibles, ou d'un maintien d'une situation fautive.²⁶⁴ Dans ce cas, la force majeure pourrait être invoquée par le dirigeant (pour la période d'impossibilité), et le préjudice (collectif) diminué en conséquence.²⁶⁵

42. Le dommage. Ce qui précède concernait principalement la faute. Voyons désormais ce qu'il en est du dommage, toujours dans la même hypothèse envisagée ci-dessus (*supra*, n° 39).

43. Envisageons d'abord le cas où, la poursuite d'activités étant déjà établie comme fautive, aucun événement de force majeure n'empêcherait le dirigeant de mettre fin aux activités et faire aveu de faillite (et donc de « raccourcir » sa faute pour en limiter les conséquences). Le dirigeant pourrait-il alors être condamné à toute l'aggravation du passif (ou toute la diminution ou absence de passif) subie(s) depuis le moment charnière de la faute (*supra*, n° 16, 1^{er} tiret), même s'il est évident que cette aggravation (ou cette diminution ou absence) n'aurait pas été aussi importante sans crise sanitaire?

Il n'existe pas de réponse univoque, du moins lorsque le dirigeant est poursuivi sur la base de l'article 1382 du Code

²⁵³ Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 767; Cass. (2^e ch.), 20 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 443; Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 584; Liège (3^e ch.), 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1687; tous cités par C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, o.c., *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 715. Voy. aussi Cass., 4 juin 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 1460; Cass., 8 septembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018 p. 521; cités par F. GLANSORFF, o.c., *J.T.*, 2020/18, p. 327. Voy. aussi Cass., 10 juillet 2019, *J.T.*, 2019, p. 660, cité par F. GEORGE et N. OUCHINSKY, o.c., *B.J.S.*, n° spéc. mai 2020, p. 7, n° 19, note 42.

²⁵⁴ Cass., 7 mai 2002, *R.W.*, 2005-2006, p. 257.

²⁵⁵ A. VAN HOE, o.c., *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/3, pp. 242, n° 3, note 9 (et réf.).

²⁵⁶ F. GEORGE et N. OUCHINSKY, o.c., *B.J.S.*, n° spéc. mai 2020, p. 7, n° 19, (ii), et réf. Dans le même sens: F. GLANSORFF, o.c., *J.T.*, 2020/18, p. 327, E (et réf.): « (...) d'autres qui considèrent qu'il y a des événements qui sont prévisibles mais qui n'en sont pas moins inévitables et donc constitutifs de force majeure, par exemple lorsqu'ils surviennent en temps de guerre ou lorsqu'ils sont constitutifs de 'périls de mer' (P. VAN OMMESSLAGHE, o.c., n° 970; F. GLANSORFF, o.c., note 52 et les réf.). L'imprévisibilité se confond en réalité avec les deux conditions de base de la force majeure, à savoir son caractère insurmontable et l'absence de faute du débiteur (P. VAN OMMESSLAGHE, o.c., n° 970). »

²⁵⁷ F. GLANSORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019/18, p. 357, n° 12. Comp. F. GEORGE et N. OUCHINSKY, o.c., *B.J.S.*, n° spéc. mai 2020, pp. 7-8, n° 19, (iii).

²⁵⁸ C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, o.c., *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 716 *in fine*.

²⁵⁹ Elle est différente de la question d'une aggravation de dommage résultant d'un événement postérieur et étranger à la faute, qui concerne plutôt le dommage que la faute et que nous aborderons donc plus loin. Dans ce dernier cas, en effet, la faute est ininterrompue.

²⁶⁰ D'ailleurs, les faits se prescriraient alors (partiellement) beaucoup plus vite, y compris ceux ayant mené à l'arrêt annoté. A ce sujet, voy. not. Liège (14^e ch.), 7 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016/6, pp. 278 et s. (spéc. pp. 281-282); *supra*, note 192.

²⁶¹ La réponse pourrait être différente pour l'art. XX.227 CDE car ce dernier semble suggérer que la faute serait plutôt instantanée. Il précise en effet qu'il y a faute si « la personne concernée n'a pas, au moment [charnière] visé sous a), agi comme l'aurait fait un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances ». *Contra: supra*, note 150.

²⁶² Cela dit, dans ce cas, il serait toutefois utile de vérifier s'il ne pourrait pas potentiellement être question – si l'on se base sur l'art. 1382 C. civ. voire même sur l'art. XX.227 CDE – d'aggravation de dommage résultant d'un événement postérieur et étranger à la faute (*infra*, n° 43).

²⁶³ Il paraît étrange – voire discriminatoire – en effet de réserver à un dirigeant qui, même trop tard, ne met pas fin aux activités déficitaires alors qu'il le pourrait, le même sort qu'à celui qui – certes trop tard – veut y mettre fin et faire aveu de faillite mais en est (temporairement) empêché.

²⁶⁴ A ce sujet, voy. Liège (14^e ch.), 7 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2016/6, pp. 278 et s. (spéc. pp. 281-282); *supra*, note 150.

²⁶⁵ *Infra*, n° 44 et *supra*, note 180.

civil. Dans ce cas en effet, on peut s'interroger s'il existe bien un lien causal (préssumé) entre la faute du dirigeant et la partie de l'aggravation de passif (ou de la diminution ou absence de passif) liée à la crise sanitaire ou au confinement, même si cela semble être le cas. Cette interrogation doit être mise en rapport²⁶⁶ avec l'obligation qu'a le juge, lorsqu'il évalue le dommage, de prendre en compte tous les événements, même postérieurs, qui ont pu aggraver ou améliorer la situation de la personne lésée, à condition que ces événements aient un lien avec le fait illicite/générateur ou (et)²⁶⁷ avec le dommage.²⁶⁸ *A contrario*, le dirigeant pourrait tenter de trouver du réconfort dans l'obligation du juge de ne pas tenir compte des événements postérieurs, ayant aggravé ou amélioré la situation de la victime, s'ils sont étrangers à la faute et (ou)²⁶⁹ au dommage. Il semble toutefois qu'une telle tentative de la part du dirigeant serait vaine dans l'hypo-

thèse envisagée ici.²⁷⁰ En effet, d'une part l'augmentation (de la partie) du passif net liée au coronavirus ne nous paraît pas (totalement) étrangère à la faute du dirigeant puisque sans la poursuite fautive des activités, ladite augmentation n'aurait pas eu lieu.²⁷¹ D'autre part, la crise du COVID-19 ne nous paraît pas non plus étrangère au dommage puisqu'elle exerce une influence sur celui-ci (soit l'aggravation du passif net ou la diminution ou absence d'actif) qui résulte de la faute.²⁷² *Quid* alors si l'aggravation du passif net (ou la diminution ou absence d'actif) est, à cause du coronavirus, devenue totalement démesurée? Nous pensons alors que d'autres arguments²⁷³, fondés par exemple sur la théorie de l'alternative légitime ou celle de la relativité aquilienne ou sur des principes tels que celui de proportionnalité ou de sécurité juridique, pourraient être pris en compte pour diminuer le montant démesuré de l'indemnisation à charge du dirigeant.

²⁶⁶. B. KOHL, « Chapitre VIII. Moment de l'évaluation et variation du dommage – Rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle – Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 371.

²⁶⁷. Il règne en jurisprudence une ambiguïté, source d'insécurité juridique, quant au caractère cumulatif ou alternatif de ces conditions, mais il semble que ce soit le caractère alternatif qui l'emporte, du moins pour le moment: voy. B. KOHL, *o.c.*, 2015, pp. 369-373 (et la jurisprudence et doctrine citées); C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 752 (et la jurisprudence citée). Nul ne sait si la crise sanitaire du coronavirus va amener les juges à inverser/revoir cette tendance à l'avenir...

²⁶⁸. A ce sujet, voy. not. l'analyse de B. KOHL, *o.c.*, 2015, pp. 369-395 (et les références citées); C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, pp. 751-752 (et la jurisprudence récente citée).

²⁶⁹. *Supra*, note 267.

²⁷⁰. A titre d'exemple comparatif, l'arrêt (de principe) de la Cour de cassation du 29 septembre 1948 (*Pas.*, 1948, I, p. 509) concernait la question de l'obligation pour le juge de prendre en compte le remariage de la veuve de la victime dans l'évaluation du dommage subi par celle-ci suite au décès de son mari. Le tiers fautif prétendait en effet dénier à ladite veuve un dommage matériel résultant de la perte de revenus de son défunt mari dès lors qu'elle jouissait désormais des revenus de son nouveau conjoint. La Cour de cassation a toutefois vu le second mariage comme étranger non seulement à la faute, mais également au dommage, de sorte qu'il ne peut avoir d'effet sur le montant des indemnités. Cette jurisprudence, quoique critiquée en doctrine, demeure constante. Voy. B. KOHL, *o.c.*, 2015, pp. 384-386.

²⁷¹. La Cour de cassation a encore récemment rappelé que la victime doit être indemnisée intégralement de son dommage, que ce dommage doit être évalué en comparant la situation de la victime avec celle qui aurait été la sienne sans la faute (Cass. (1^{re} ch.), 22 juin 2017, C.16.0282.F, cité par C. DELFORGE, M. DEFOSSE *et al.*, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 752).

²⁷². A titre d'exemple comparatif: « *L'aggravation de l'état du bien ou la destruction du bien, qui serait étrangère à la faute, pourra encore être prise en compte par le juge lorsqu'elle n'est pas étrangère au dommage.* » (B. KOHL, *o.c.*, 2015, p. 382).

²⁷³. Sur le principe de proportionnalité, le rapport au Roi précédant l'arrêt royal n° 15 insiste lui aussi notamment sur ce « *principe de proportionnalité* » (*M.B.*, 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.739). Au sujet de ce principe, voy. not. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité? », in *Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 569-589, spéc. p. 583, n° 22 (qui constate que ce principe a, dans une certaine mesure, été hissé « *au rang de principe général de droit prévalant en toutes matières* »); dans le même ouvrage, le regretté E. CEREXHE, « Subsidiarité, proportionnalité, souveraineté, concepts antinomiques? », pp. 201-211, spéc. p. 206 (« *En droit privé, la notion de proportionnalité n'est pas inconnue.* »); P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 123-131; V. VANNES, *Le droit de grève*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 83-96; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen Deel*, Malines, Kluwer, 2010, pp. 549-552; Cass., 24 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 686, pp. 2741, et s. (qui considère que: « *Le principe de proportionnalité requiert qu'il existe un lien raisonnable de proportionnalité entre les faits et la sanction disciplinaire infligée.* »). Sur la théorie de l'alternative légitime, selon laquelle « *le lien causal est exclu lorsque le dommage n'aurait pas été différent si on substitue au comportement fautif une alternative légitime (son exécution correcte)* » (J. VAN MEERBEECK, « Le coup de la panne n'est pas une alternative légitime », *Les pages*, 2019, n° 63 et les récents arrêts de cassation y cités); voy. not. R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité? », in F. GLANSORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97-164. Cette théorie nous semble toutefois avoir peu de chance de succès en l'espèce car elle requiert notamment que le juge détermine ce que le fautif aurait dû faire pour agir sans faute en faisant abstraction de l'élément fautif dans l'historique du fait dommageable, sans en modifier les autres circonstances (voy. not. Cass., 1^{er} octobre 2019, P.19.0575.N). Or, en l'espèce, une poursuite d'activités ne serait non fautive que dans l'hypothèse où l'entreprise serait encore « sauvable » (*supra*, n° 16, 1^{er} tiret). Cette hypothèse modifie les circonstances concrètes de la cause, autres que le seul élément fautif, et n'est donc pas invocable (Cass., 23 septembre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 496; Cass., 28 mai 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 1330). Sur la théorie de la relativité aquilienne – qui n'est certes, au regret de certains auteurs et contrairement à beaucoup de pays voisins, pas (expressément) reconnue en droit belge à ce jour mais néanmoins pas totalement étrangère à celui-ci, notamment parce que tantôt vue comme un élément d'appréciation de la faute, tantôt appliquée par quelques rares juridictions de fond, ou tantôt encore exprimée dans ou à la source de certaines règles comme le nouveau plafond de responsabilité des administrateurs (Doc. Parl. Ch., 2017-2018, doc n° 54-3119/001, p. 65) – voy. D. VERVOORT, « Het relativiteitsvereiste in het aansprakelijkheidsrecht: één zwaluw maakt de lente nog niet », note sous Gand, 14 janvier 2014, *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/7, pp. 729-736; C. BORUCKI *et al.*, *o.c.*, *R.D.I.D.C.*, 2020/2, spéc. pp. 165-167, n°s 92-94 et pp. 160-161, n°s 84-85; dans la même étude, voy. F. AUVRAY *et al.*, « Section II. – Fondements de la responsabilité extracontractuelle », *o.c.*, *R.D.I.D.C.*, 2020/2, p. 142; X. Dieux, « Relativité contractuelle, aquilienne ou institutionnelle dans le droit des sociétés par actions (autres que les coopératives): Nullité des décisions et responsabilités des dirigeants » in *Liber Amicorum...*, Bruxelles, Larcier, à paraître (titre provisoire). Cette théorie, à la supposer admise ou applicable, aurait peu de chances de venir au secours du dirigeant en l'espèce dans l'hypothèse où il faudrait considérer, à juste titre d'après nous, que le but de l'obligation générale (aquilienne) de prudence et de diligence, lorsqu'elle implique de cesser les activités (et de faire aveu de faillite), est de protéger la masse des créanciers.

Lorsque le dirigeant est poursuivi, non pas sur la base de l'article 1382 du Code civil mais sur la base de l'article XX.227 du CDE, la solution dégagée ci-dessus serait-elle différente? Pas fondamentalement. Elle serait même potentiellement pire pour le dirigeant²⁷⁴, sous réserve de ce que le juge, pour statuer en équité comme il semble en être tenu (*supra* n° 33, 1^{er} tiret), devrait alors selon nous utiliser son pouvoir de modérateur (*supra*, note 212 et n° 28, 2^e tiret, 3^e al., not. note 189).

44. Envisageons maintenant le cas du dirigeant – déjà fautif – qui s'est ensuite retrouvé pendant la crise en impossibilité (temporaire) de mettre fin aux activités et de faire aveu de faillite (et donc de « raccourcir » sa faute pour en limiter les conséquences). Le préjudice à sa charge, soit l'aggravation du passif net (ou la diminution ou absence d'actif) pendant cette période d'impossibilité, devra-t-il être diminué en conséquence? Normalement oui, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 4 *in fine*), du moins si le dirigeant est poursuivi sur la base de l'article 1382 du Code civil qui exige un lien causal – parfois présumé (*supra*, n° 13) – lequel ferait ici (temporairement) défaut.²⁷⁵ Si, par contre, le dirigeant est poursuivi sur la base de l'article XX.227 du CDE, la réponse pourrait être négative.²⁷⁶ Ici aussi, on pourrait toutefois espérer compter sur le rôle modérateur du juge (*supra*, note 212 et n° 28, 2^e tiret, 3^e al., not. note 189) imposé par l'équité (*supra*, n° 33, 1^{er} tiret) ou sur d'autres arguments, fondés par exemple sur la théorie de l'alternative légitime ou celle de la relativité aquilienne ou sur des principes tels que celui de proportionnalité ou de sécurité juridique, pour diminuer le montant éventuellement démesuré du préjudice (*supra*, n° 43, 2^e al., *in fine* et spéc. note 273).

2. L'activité est ou semble être devenue irrémédiablement condamnée pendant ou après la crise sanitaire

45. *Hypothèse envisagée.* La deuxième hypothèse est celle où il semblerait *a priori* que l'activité est *de facto* devenue irrémédiablement condamnée²⁷⁷ pendant ou (juste) après la crise sanitaire.²⁷⁸

46. *La faute.* La question de savoir si les éléments constitutifs de la faute sont réunis dans cette hypothèse, dépendra évidemment d'un cas à un autre.

47. Prenons par exemple le cas d'une société qui, avant le début de la crise sanitaire, n'était pas (encore) « irrémédiablement condamnée », ou « inévitablement vouée à la faillite » au sens de l'article XX.227 du CDE ou de l'article 1382 du Code civil (*supra*, n° 16, 1^{er} tiret)²⁷⁹, mais était néanmoins déjà « dans le rouge ».²⁸⁰ Si, pendant la période de crise, cette société devient impossible à sauver, la faute du dirigeant pourrait-elle être établie à ce moment se situant pendant (le moratoire temporaire de) la crise sanitaire? Cela ne nous semble pas exclu²⁸¹, mais à condition – au moins – que le curateur prouve²⁸² qu'il pouvait raisonnablement être prévu avec certitude que l'impossibilité de sauvetage aurait, quoi qu'il arrive, été constatée/établie (environ²⁸³) au même moment, même sans crise sanitaire.²⁸⁴ La crise sanitaire ne pourrait servir d'excuse pour mettre dans un coma artificiel les sociétés qui étaient déjà aux soins intensifs depuis un certain temps sans chance raisonnable de sauvetage.²⁸⁵ Gardons néanmoins à l'esprit que les autres conditions de la faute doivent

²⁷⁴ En particulier eu égard à l'absence de tout lien temporel ou causal nécessaire entre faute et dommage (*supra*, n° 28, 1^{er} tiret) – le dommage pouvant donc aussi inclure l'aggravation de passif (ou la diminution ou absence d'actif) subie avant le moment (charnière) où la poursuite d'activités est devenue fautive – et à l'étendue du dommage pouvant s'élever jusqu'à concurrence de la totalité de l'insuffisance d'actif, sans toutefois dépasser celle-ci (*supra*, n° 28, 2^e tiret).

²⁷⁵ Dans le même sens: *supra*, note 180.

²⁷⁶ En effet, la faute semble *a priori*, selon cet art. et une lecture possible de celui-ci (qui n'emporte pas la préférence: *supra*, note 150), avoir un caractère plutôt instantané (*supra*, n° 41, dernier al., spéc. note 261), quels que soient donc les événements ultérieurs (impossibilité ou non); aucun lien causal n'est en outre exigé entre faute et dommage (*supra*, n° 29, 1^{er} tiret); et l'indemnisation possible n'a d'autre limite que l'insuffisance d'actif elle-même (*supra*, n° 28, 2^e tiret). Pour les nuances et le surplus, voy. *supra*, n° 41, dernier al. et n° 43, 2^e et 3^e al.

²⁷⁷ Il s'agit du « moment charnière » visé ci-avant: *supra*, n° 16, 1^{er} tiret.

²⁷⁸ Sur les dates exactes à prendre en compte pour la crise: *supra*, note 242.

²⁷⁹ Dans le cas contraire: *supra*, n° 39.

²⁸⁰ Par exemple avec des problèmes d'insolvabilité sérieux – et non temporaires (*infra*, note 282) – ou en « menace de continuité » (*supra*, n° 16, 1^{er} tiret, spéc. note 89).

²⁸¹ Rappelons que le moratoire temporaire ne concerne en principe pas les obligations autres que celle de l'art. XX.102 CDE de faire aveu de faillite (*supra*, nos 36-37).

²⁸² Cette preuve, importante, nous paraît impliquer notamment de démontrer que les difficultés financières pré-crise de la société étaient déjà sérieuses et n'étaient pas que temporaires (sur le caractère temporaire des difficultés, voy. *infra*, note 288). La charge de la preuve semble, dans une certaine mesure, être inversée dans le contexte de la crise: « (...) lorsqu'il est démontré que l'entreprise n'est pas affectée par la pandémie ou l'épidémie » (rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.734)).

²⁸³ Il importe peu que la crise sanitaire ait ou non (légèrement) accéléré l'impossibilité de sauvetage/redressement, tant qu'il peut être prouvé que cette impossibilité serait de toute façon intervenue à un moment (charnière) pendant la période de crise, même si la crise en tant que telle n'avait pas eu lieu. C'est selon nous ce moment (charnière) – et non, le cas échéant, celui antérieur, avancé à cause de la crise – qui devra être pris en compte.

²⁸⁴ Comp. *supra*, note 245.

²⁸⁵ Dans un sens similaire: *supra*, n° 36, 2^e al., n° 37, 2^e al. et n° 39, 2^e al., où il est rappelé/suggéré que le régime du sursis temporaire ne devait bénéficier qu'aux sociétés qui étaient (réellement) impactées par la crise et non à celles qui ne l'étaient (presque) pas et qui voulaient « profiter » du régime. « Comme toujours, le président peut aussi réprimer les fraudes et tout abus de droit, par exemple lorsqu'il est démontré que l'entreprise n'est pas affectée par la pandémie ou l'épidémie. » (rapport au Roi précédant l'arrêté royal n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.734)). Voy. aussi F. GEORGE et N. OUCHINSKY, *o.c.*, B.J.S., n° spéc. mai 2020, p. 6, n° 11 (et n° 13, al. 6); A. VAN HOE, *o.c.*, R.D.C.-T.B.H., 2020/3, p. 242, n° 3 (et réf.).

aussi être réunies (*supra*, n° 16), ce qui ne sera peut-être pas toujours le cas ici²⁸⁶, sans préjudice en outre de la force majeure, le cas échéant (*supra*, n° 41).

48. Un autre exemple est celui d'une entreprise qui n'est pas en difficultés, qui fonctionne et paie ses dettes mais qui dispose de peu de liquidités. Pour ce type d'entreprises, et il y en a beaucoup, le moindre choc, tel la crise sanitaire du coronavirus, pourrait potentiellement les mettre en difficultés (financières) voire les faire couler.²⁸⁷ D'ailleurs, selon l'analyse de la FEB et de Graydon citée ci-avant (*supra*, note 222), 16% des entreprises qui étaient en bonne santé avant la crise sont aujourd'hui confrontées au risque de faillite. Même si, *de facto*, la crise sanitaire faisait (soudainement et) définitivement couler de telles entreprises, leurs dirigeants pourraient en général difficilement être mis en cause pour avoir poursuivi les activités pendant la crise (ou après: *infra*, n° 50).

En effet, il a déjà été suggéré en jurisprudence que des difficultés temporaires ne suffisent pas à rendre les dirigeants responsables.²⁸⁸

En outre, dans l'exemple ici envisagé, le caractère « irrémédiablement condamné » ou de « faillite inévitable », requis par l'article XX.227 du CDE et l'article 1382 du Code civil, ne sera généralement – même à supposer que les conditions de la faillite aient été (virtuellement) réunies pendant la période de moratoire²⁸⁹ – pas rencontré. Certes, il est vrai que les obligations des dirigeants en vertu de l'article XX.227 du CDE ou de l'article 1382 du Code civil

– à savoir, principalement, de mettre fin aux activités (et faire aveu de faillite) lorsqu'elles sont devenues irrémédiablement condamnées (*supra*, n° 16) – ne sont pas visées par le sursis temporaire de l'arrêté royal n° 15 et qu'elles pourraient donc s'appliquer en période de crise (*supra*, n° 37). mais dans l'exemple envisagé ici, il semble difficile pour un curateur de prouver que ce serait précisément pendant cet événement de crise du coronavirus que le « moment charnière » de la faute aurait été atteint, surtout « *compte tenu de la soudaineté et de l'ampleur de l'événement* ». ²⁹⁰ En effet, pourrait-on par exemple raisonnablement prétendre, dans un contexte si soudain et si particulier, que plus aucune mesure de redressement ne serait possible? Nous pensons que non. Néanmoins, on ne peut totalement l'exclure. Pensons en effet à une situation, à prouver rigoureusement par le curateur selon nous, où la crise aurait placé une société dans des difficultés à ce point graves qu'il ne serait manifestement plus raisonnable de prétendre qu'elle aurait la moindre chance d'être encore sauvée (après la fin du sursis temporaire ou de la crise en général) même avec des aides financières éventuelles.²⁹¹ Dans ce cas, sans doute exceptionnel, le moment charnière d'impossibilité de redressement et de faillite inévitable, première condition de la faute, serait atteint pendant la période de sursis/crise. En effet, « *de pures spéculations sur des évolutions positives ne justifient évidemment pas la continuation* ». ²⁹²

Gardons néanmoins à l'esprit que, même dans ce cas (exceptionnel), les autres conditions de la faute doivent aussi être

²⁸⁶. En effet, peut-être serait-il dans certains cas plus adéquat d'attendre que la crise et ses effets se résorbent, pour p. ex. revendre plus adéquatement et dans des meilleures conditions certains actifs (*supra*, n° 16, 3^e tiret).

²⁸⁷. Nous ne visons donc pas ici les entreprises dont la situation, qui était ou non déjà déficitaire avant la crise, s'est détériorée ou a continué à se détériorer pendant la crise mais sans rapport avec celle-ci, au point de devenir, par hasard à un moment se situant pendant la crise mais sans lien avec elle, impossible à sauver. Cela pourrait notamment être le cas si l'entreprise est active dans un secteur, comme celui de la vente en ligne, qui n'est pas du tout impacté par la crise (voy. toutefois *supra*, n° 36, 2^e al., spéc. note 233). Dans ce cas, le dirigeant doit agir comme en temps normal; la plupart de ses responsabilités n'étant d'ailleurs pas visées/suspendues par le sursis de l'A.R. n° 15 (*supra*, n° 37 et *supra*, note 285). C'est évidemment une question de preuve, et il appartiendra cette fois davantage au curateur, contrairement à d'habitude (*supra*, n° 13 et n° 28, 1^{er} tiret), de démontrer l'absence de lien entre la détérioration du failli et la crise sanitaire, comme le suggère l'extrait du rapport au Roi reproduit *supra*, note 285.

²⁸⁸. Comm. Anvers (23^e ch.), 19 mars 2010, *R.W.*, 2011-2012, n° 23, pp. 1049-1050 et, dans un sens similaire, *supra*, note 150. Au contraire, dans une conjoncture difficile, l'entrepreneur est même dans l'obligation d'exploiter les dernières chances raisonnables de sauvetage, tant vis-à-vis de son entreprise que de la société (A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1487-1488, n° 2192 et réf.; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *o.c.*, 2018, p. 369, n° 680 et réf.; comp. D. VAN GERVEN, *o.c.*, 2020, p. 815 et réf.).

²⁸⁹. A ce sujet, certains ont estimé, par le passé et avant l'adoption de l'art. XX.227 CDE, qu'en cas de faillite virtuelle, à partir du moment où l'entreprise se trouve effectivement en cessation de paiement même si la date judiciaire de cette cessation n'a été fixée que plus tard, les dirigeants sont responsables. Pourtant, il se pourrait que, même pendant cette cessation effective (potentiellement temporaire), l'entreprise ne soit pas irrémédiablement condamnée, comme souligné par G. LINDEMANS, *o.c.*, 2019, pp. 440-441, note 579 (et les références citées).

²⁹⁰. F. GLANSDORFF, *o.c.*, *J.T.*, 2020/18, p. 327 *in fine*. Rappelons d'ailleurs que la cessation de paiement, en tant qu'un des éléments constitutifs de l'état de faillite, doit être « *persistante* » (art. XX.99 CDE).

²⁹¹. Prenons pour exemple une société dont la situation financière s'est détériorée très vite depuis le début de la crise et que chaque jour/semaine, les pertes sont à ce point énormes, et le passif net global aussi, qu'il est devenu manifestement impossible de pouvoir raisonnablement espérer un redressement même après la crise et malgré des aides financières éventuelles (de la part des autorités, p. ex.). Un autre exemple est celui d'une entreprise qui, grâce au sursis ou à la suspension de certaines de ses obligations (financières, fiscales, sociales ou autres) pendant la crise, n'était pas en difficultés ou en cessation de paiement pendant le sursis. Il se pourrait néanmoins que, pour cette entreprise, à un moment pendant ledit sursis, il soit devenu flagrant qu'elle ne pourrait – compte tenu notamment de l'absence importante de rentrées financières pendant la crise comparée à l'importance de ses obligations, certes suspendues mais néanmoins existantes (et croissantes) – raisonnablement espérer se redresser après la crise lorsque toutes ses obligations redeviendront pleinement exigibles (malgré des aides financières éventuelles: J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, *o.c.*, 2018, pp. 668-669, n° 33). Dans ces deux exemples, le dirigeant – voire même le délégué à la gestion journalière: *supra*, n°s 24 et 25 – pourrait théoriquement être porté responsable. A nouveau, il s'agit de bien évaluer chaque cas et de tenir compte des incertitudes qui règnent. Un dirigeant pourrait-il ainsi raisonnablement espérer que les pouvoirs publics décident, non plus de suspendre, mais bien de supprimer certaines obligations (financières) périodiques échues pendant la crise, ou l'octroi d'aides financières (supplémentaires)? Tant d'éléments et d'incertitudes qui dissuadent à trop vite s'en prendre aux dirigeants ou aux délégués. Voy. A. ZENNER, *o.c.*, 2019, pp. 1487-1488, n° 2192 et réf.

²⁹². A. ZENNER, *o.c.*, 2019, p. 1488, n° 2193.

réunies (*supra*, n° 16), ce qui pourra aussi être contesté ici²⁹³, sans préjudice en outre de la force majeure, le cas échéant (*supra*, n° 41).

49. *A fortiori*, l'analyse qui précède peut être transposée, avec moins de nuances sans doute, au sort des dirigeants de sociétés prospères qui, soudain à cause de la crise, sont devenues insolvables et vouées à la faillite.

50. *Quid* si ces sociétés, en particulier celles visées aux n°s 49 et 50 ci-dessus, ont tenté ou tentent de se redresser après la période de moratoire temporaire ou après (les effets de) la crise sanitaire?

Dans ce cas, la situation est délicate et les choix à faire judiciaires et importants.²⁹⁴ L'on ne pourrait considérer trop vite, par exemple immédiatement après la période de moratoire temporaire, qu'une entreprise qui connaît des difficultés financières graves à cause de la crise est devenue irrémédiablement condamnée. Il faut – sauf si l'entreprise est déjà manifestement et irréversiblement devenue insauvable²⁹⁵ – laisser du temps au temps, surtout « *compte tenu de la soudaineté et de l'ampleur de l'événement* ». ²⁹⁶ C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil d'Etat avait suggéré d'instaurer, après le moratoire temporaire, une période de transition ou « période tampon » en soulignant les avantages²⁹⁷ et inconvénients²⁹⁸ d'une telle période, et l'équilibre acrobatique à trouver. Cette suggestion du Conseil d'Etat n'a pas été suivie.²⁹⁹

C'est la raison pour laquelle nous estimons que, en ces temps inédits de crise sanitaire, une réaction (fut-elle inédite) serait de, en principe, et sauf exceptions (*supra*, n° 47 et note 291), ne considérer une entreprise comme irrémédiablement condamnée qu'à partir du moment où elle le serait (encore) quelque temps après la fin du moratoire temporaire ou de la crise en général (*supra*, note 242). Combien de temps après? Cela pourrait notamment dépendre d'un cas ou secteur à un autre, le temps d'évaluer comment reprend l'activité concernée. Ce

n'est qu'après une telle évaluation qu'une entreprise pourrait selon nous, le cas échéant, être considérée comme irrémédiablement condamnée au sens des dispositions légales en question. Il est donc essentiel, pour les entrepreneurs en difficultés financières (graves), d'être alertes dans les prochains jours, semaines et mois et de rapidement, sans confondre avec précipitation, tirer les conclusions adéquates et prendre les mesures qui s'imposent, le cas échéant en initiant une PRJ voire une faillite ...

51. *Le dommage*. Dans les cas où, dans les hypothèses envisagées *supra* (n°s 47 à 50), la faute était établie à charge du dirigeant, les mêmes principes que ceux dégagés ci-avant peuvent être appliqués concernant le dommage (*supra*, n°s 42 à 44).

Soulignons à cet égard que c'est ici qu'intervient toute la pertinence des critiques de l'article XX.227 du CDE en ce qui concerne l'absence de lien d'antériorité et de lien causal (*supra*, n° 28, 1^{er} tiret) et l'absence de limitation du préjudice indemnisable (autre que la limite du passif net total: *supra*, n° 28, 2^e tiret).

En effet, prenons l'exemple d'une société qui a perdu énormément d'argent du 18 mars au 17 juin 2020 à cause du confinement imposé ou recommandé, qui a essayé de se redresser ensuite mais n'y arrive pas. Ensuite, un créancier la cite en faillite. Elle est déclarée en faillite le 17 septembre 2020 mais il s'avère par la suite que son dirigeant aurait dû cesser les activités (et faire aveu de faillite) 2 mois plus tôt, soit le 17 juillet 2020. Pourrait-il être condamné à l'intégralité du passif net, y compris l'aggravation (ou la diminution ou absence d'actif) résultant des pertes subies lors du confinement (et avant)? Non, si l'on se base sur l'article 1382 du Code civil (*supra*, n° 13), mais théoriquement oui si l'on se base sur l'article XX.227 du CDE (*supra*, n° 43, spéc. dern. al.). La différence entre les deux pourrait donc être potentiellement (et disproportionnellement³⁰⁰) gigantesque.

²⁹³. *Supra*, note 286.

²⁹⁴. Sur l'importance des choix et les nombreux éléments en jeu pour un dirigeant, voy. *supra*, note 151 ainsi que J.-F. GOFFIN, *o.c.*, p. 237, n° 150.

²⁹⁵. *Supra*, spéc. note 291. Similairement: *supra*, note 285 ainsi que l'avis du Conseil d'Etat précédant l'A.R. n° 15 visant les entreprises qui « *malgré le sursis accordé (...), n'arrivent pas à sortir des difficultés rencontrées et que, postérieurement audit sursis, il faille constater que ces entreprises remplissent les conditions de la faillite* » (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.737).

²⁹⁶. *Supra*, note 290.

²⁹⁷. « *Compte tenu de l'objectif poursuivi par l'arrêté, la question se pose de savoir si les auteurs du projet ne devraient pas envisager une période 'tampon' – dans une mesure justifiée et raisonnable au regard de l'objectif poursuivi – à l'expiration de la durée d'application du projet de nature à permettre aux entreprises de reprendre leurs activités sans être immédiatement assaillies par leurs débiteurs et d'éviter, par la même occasion, un engorgement des tribunaux en raison des demandes de réorganisation judiciaire, voire de faillites qui devraient être introduites.* » (avis du Conseil d'Etat concernant l'art. 4, précédant l'A.R. n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.742 *medio*)).

²⁹⁸. « *La question de la durée de la prolongation se pose (...) au regard du principe de proportionnalité et du fait que l'atteinte portée aux droits des créanciers sursitaires ne peut dépasser le cadre strict de la nécessité justifiée par la crise sanitaire du COVID-19.* » (avis du Conseil d'Etat concernant l'art. 1^{er}, al. 1^{er}, 3^e tiret, précédant l'A.R. n° 15 (M.B., 24 avril 2020, éd. 2, p. 28.740 *in fine*)).

²⁹⁹. Voy., de manière critique, B. INGHELS et Z. PLETINCKX, *o.c.*, J.T., 2020, p. 351 (n° 2.2. *in fine*); F. GEORGE et N. OUCHINSKY, *o.c.*, B.J.S., n° spéc. mai 2020, p. 11, n° 29, not.: « *L'absence de transition claire et le fossé créé entre l'avant et l'après-sursis temporaire sont problématiques et source d'insécurité juridique. (...) Demeurera la possibilité pour l'entreprise de solliciter un délai de grâce sur la base de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil ou de se tourner vers la procédure de réorganisation judiciaire.* ».

³⁰⁰. Ici aussi, on pourrait toutefois espérer compter sur le rôle modérateur du juge (*supra*, note 212 et n° 28, 2^e tiret 3^e al. not. note 189) imposé par l'équité (*supra*, n° 33, 1^{er} tiret) ou sur d'autres arguments, fondés par exemple sur la théorie de l'alternative légitime ou celle de la relativité aquilienne ou sur des principes tels que celui de proportionnalité ou de sécurité juridique, pour diminuer le montant éventuellement démesuré du préjudice (*supra*, n° 43, 2^e al., *in fine* et spéc. note 273).

VIII. CONCLUSION ET PERSPECTIVES D'AVENIR: UN REVIREMENT EN VUE?

52. L'arrêt annoté de la cour d'appel de Liège du 27 novembre 2019 n'a en soi rien d'innovant par rapport à la jurisprudence antérieure en matière de responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'activités déficitaires irrémédiablement condamnées. Reste à voir si, en cas d'action contre les dirigeants de sociétés dont la faillite serait initiée le 1^{er} mai 2018 ou ultérieurement, les curateurs invoqueront ou oseront invoquer, au lieu de l'article 1382 du

Code civil, l'« *arme puissante* »³⁰¹ offerte depuis cette date par l'article XX.227 du CDE, controversé. Cette dernière disposition semble, à l'instar de son grand frère britannique, demeurer « *lettre morte* »³⁰² pour l'instant. La crise sanitaire actuelle du coronavirus (ou COVID-19) pourrait néanmoins faire évoluer les tendances, peut-être plus rapidement et plus fondamentalement que prévu ...

^{301.} T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 73, n° 89 *in fine* et p. 76, n° 94 *in fine*.

^{302.} T. VANDENBERGHE, *o.c.*, 2019, p. 76, n° 94 et la référence citée à A. VANHEES.