

PACIOLI



Responsabilités aggravées pour insuffisance du capital social en cas de faillite

Introduction

1. – Bien que le Code des sociétés impose un capital social minimal⁽¹⁾, en cas de faillite de la société, le curateur désigné est souvent amené à constater l'insuffisance de ce capital social, non par rapport au minimum légal requis, mais au regard des activités développées par la société:

- soit que le capital souscrit n'ait pas été libéré à suffisance ;
- soit que l'actif de la société soit insuffisant pour couvrir les crédits consentis à la société.

Les créanciers de la société sont les premiers lésés par cette situation.

Le législateur a donc mis en place des mécanismes de responsabilité aggravée destinés à couvrir l'insuffisance d'actif présenté par la société faillie.

A. L'existence d'une responsabilité aggravée tant dans le chef des fondateurs que dans le chef des administrateurs ou gérants de société

2. – L'article 456, 4° du Code des sociétés énonce une responsabilité aggravée des fondateurs de société lorsque survient la faillite de la société dans les trois ans de sa constitution et que le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffi-

sant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.⁽²⁾

« *Le capital dont les fondateurs doivent examiner le caractère suffisant au regard de l'activité projetée, englobe tous les moyens de financement raisonnablement prévisibles. Il s'agit avant tout du capital statutaire, mais également de toute autre source de financement (crédits bancaires, prêts ou avances d'associés, crédits usuels des fournisseurs, recettes, subsides,...)* ».⁽³⁾

Il existe par ailleurs une hypothèse de responsabilité aggravée dans le chef des administrateurs ou gérants de société⁽⁴⁾, en cas de faillite et d'insuffisance d'actif : l'administrateur qui a commis une

(2) Voir également les articles 229, 5° du Code des sociétés relatif aux S.P.R.L. et 405, 5° du Code des sociétés relatif aux S.C.R.L.

(3) J.-F. GOFFIN, « Responsabilités des dirigeants de sociétés », 2^{ème} éd., Larcier, 2004, point 34 ; voir également Liège, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 820.

(4) Cette hypothèse de responsabilité aggravée vise tant les administrateurs et gérants actuels que les anciens administrateurs et gérants, ainsi que « toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société », soit toute personne qui a pu intervenir positivement dans la gestion de la société. On pourrait donc, le cas échéant, étendre cette hypothèse de responsabilité aux membres du Comité de Direction, alors même qu'ils ne seraient pas administrateurs.

SOMMAIRE

- **Responsabilités aggravées pour insuffisance du capital social en cas de faillite** **7**
- **Modification de l'article 26 du C.I.R./92 par la loi-programme du 27 avril 2007: quelques mots qui causent de grands maux...** **6**

(1) Article 439 du Code des sociétés pour les S.A. (61.500 EUR), article 214 du Code des sociétés pour les S.P.R.L. (18.550 EUR) et article 390 du Code des sociétés pour les S.C.R.L. (18.550 EUR de part fixe).

faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite pour voir sa responsabilité engagée à concurrence de l'insuffisance d'actifs.⁽⁵⁾ C'est l'action en comblement du passif.⁽⁶⁾

L'insuffisance d'actif dans ce cadre réside dans « la différence entre l'actif et le passif », soit « le solde négatif tel qu'il existera après déduction des frais de liquidation de la faillite, des indemnités de préavis et autres dettes de la masse ».⁽⁷⁾

3. – Ces deux cas de responsabilité aggravée ne doivent pas être confondus : ce sont deux hypothèses bien distinctes que le législateur a entendu viser.

Cette distinction qui doit être faite entre la responsabilité des fondateurs et la responsabilité des administrateurs / gérants, outre les différences de régime qui seront analysées ci-dessous, résulte du moment auquel interviennent ces différents acteurs dans la vie de la société.

Ainsi, un fondateur qui, lors de la constitution de la société, a prévu un capital suffisant pour l'exercice normal de l'activité projetée ne saurait être tenu responsable de la mauvaise gestion des administrateurs qui lui ont succédé, qui a abouti à la faillite de la société pour insuffisance d'actif. De même, l'administrateur ou gérant qui, dès le départ, ne disposait pas d'un capital suffisant pour mener à bien une gestion saine et efficace de la société ne pourrait être tenu responsable dans l'hypothèse d'une faillite avec insuffisance d'actifs.

C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Bruxelles, à l'égard des fondateurs et des administrateurs d'une société en faillite, en infligeant deux condamnations distinctes : les fondateurs sont condamnés à combler l'insuffisance du capital de départ, tandis que les administrateurs sont condamnés à indemniser la société du dommage résultant de

(5) Article 530 du Code des sociétés pour les S.A., 265 du Code des sociétés pour les S.P.R.L. et 409 du Code des sociétés pour les S.C.R.L.

(6) Cette responsabilité connaît toutefois une exception relative aux S.P.R.L. et S.C.R.L. lorsque le chiffre d'affaires moyen des trois exercices précédant la faillite n'excède pas 620.000 EUR, et lorsque le total du bilan au terme du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 EUR.

(7) J. WINDEY, « Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs », *R.D.C.*, 2001, p. 327.

l'accroissement du passif dû à la poursuite fautive des activités de la société.^{(8) (9)}

B. La responsabilité aggravée des fondateurs et administrateurs

Pourquoi une responsabilité aggravée en cas de faillite ?

4. – L'activité économique doit être encouragée et protégée. Dans ce cadre, la disparition des sociétés, et avec elle toutes les conséquences négatives qu'elle entraîne à tous niveaux (licenciements,...), doit être évitée autant que possible.

C'est dans le but de pousser les fondateurs et administrateurs à se montrer davantage diligents et prudents dans la création et la conduite des sociétés, que le législateur a mis en place un régime de responsabilité aggravée en cas de faillite.⁽¹⁰⁾

En quoi une responsabilité aggravée ?

1. L'exigence d'une faute prouvée ?

5. – Les conditions de la mise en cause de la responsabilité des fondateurs pour insuffisance du capital social sont clairement énoncées par la loi : il faut et il suffit que le juge constate que la faillite est prononcée dans les trois ans de la constitution de la société, et que le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pour une durée de deux ans.⁽¹¹⁾

S'agit-il d'une responsabilité sans faute ou la loi présume-t-elle de manière irréfragable l'existence d'une

(8) Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201.

(9) Voir également, en ce sens, O. CAPRASSE, *La responsabilité des fondateurs en cas de capital insuffisant*, in « La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises », ouvrage collectif, 2003, p. 582.

(10) Le législateur a encore, toujours dans la même optique, renforcé la responsabilité des administrateurs / gérants en cas de faillite et d'insuffisance d'actifs : l'article 530, § 2 (265, § 2 et 409, § 2) du Code des sociétés prévoit désormais la possibilité pour l'ONSS ou le curateur d'agir en comblement du passif, sous certaines conditions, à concurrence des dettes de cotisations sociales, majorations, intérêts de retard, ... dont est redevable la société faillie. Dans cette hypothèse, les exceptions qui existent pour les « petites » S.P.R.L. et S.C.R.L. (voir note de bas de page n° 4) ne sont pas d'application.

(11) Le juge aura égard, pour apprécier le caractère manifestement insuffisant du capital social, au plan financier établi par les fondateurs préalablement à la constitution de la société (articles 440, 215 et 391 du Code des sociétés), transmis au tribunal, par le notaire qui en assure la conservation, dans l'hypothèse d'une action en responsabilité contre les fondateurs basée sur l'article 456, 4° du Code des sociétés.

faute dans le chef des fondateurs ? Toujours est-il qu'il suffit au juge de constater que les conditions légales sont remplies pour retenir une responsabilité, sans que soit exigée la preuve d'une faute quelconque dans le chef des fondateurs.⁽¹²⁾

Le juge dispose toutefois d'une marge d'appréciation dans l'évaluation qu'il doit faire de l'unique condition subjective posée à la responsabilité des fondateurs, soit le caractère manifestement insuffisant du capital social. C'est en raison de cette exigence d'insuffisance manifeste que l'on parle parfois d'« *imprévoyance fautive* » dans le chef des fondateurs.⁽¹³⁾

6. – A l'inverse, la responsabilité des administrateurs et gérants ne peut être mise en cause dans le cadre d'une action en comblement du passif que lorsqu'est prouvée une faute grave et caractérisée dans leur chef.

Il est généralement admis que constitue une faute grave « *celle qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société* » ou encore « *la légèreté ou l'insouciance impardonnable* ». ⁽¹⁴⁾

La faute grave doit en outre être caractérisée, en ce sens que l'acte fautif doit pouvoir être perçu comme manifestement déraisonnable. Cette exigence tendrait à faire double emploi avec l'appréciation déjà marginale à laquelle doit se tenir le tribunal, sauf à supposer qu'elle implique une appréciation encore plus marginale de sa part.

L'appréciation du caractère grave et caractérisé de la faute commise est ici, à l'instar du caractère insuffisant du capital social, laissée à l'appréciation du juge.

Cependant, la loi énonce une hypothèse dans laquelle la faute est réputée grave et caractérisée : lorsqu'elle consiste en une fraude fiscale « *qui met en œuvre*

des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale ». ^{(15) (16)}

2. L'absence de lien causal ou le lien causal atténué

7. – Ainsi qu'indiqué ci-dessus, la loi prévoit clairement que la responsabilité des fondateurs est engagée en cas de faillite dans les trois ans de la constitution de la société et d'insuffisance du capital social lors de la constitution.

Il ressort du texte lui-même que la responsabilité des fondateurs peut être retenue une fois ces conditions remplies, indépendamment du fait que la faillite trouve son origine, pour tout ou partie, dans une autre cause. ⁽¹⁷⁾

8. – La mise en cause de la responsabilité des administrateurs et gérants exige quant à elle, non qu'il soit établi que la faute commise est à l'origine du dommage subi, mais que cette faute « *a contribué à la faillite* ». ^{(18) (19)}

Ainsi, si la responsabilité des administrateurs ne peut, comme celle des fondateurs, être retenue en l'absence de tout lien entre la faute commise et la faillite, il n'est pas non plus exigé que cette faute soit l'unique cause de la faillite. ⁽²⁰⁾

3. La réparation du dommage et la solidarité

9. – Lorsque les fondateurs d'une société sont condamnés sur la base de l'article 456, 4° du Code des sociétés, ils sont personnellement tenus du dommage subi par la société.

Le *quantum* de ce dommage est laissé à l'appréciation du tribunal : la loi ne fournit aucun critère, mais

(12) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 36.

(13) Voir J. WINDEY, *op.cit.*, p.319 ; Liège, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 820.

(14) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 136 ; voir également Liège, 13 janvier 2004, *DAOR*, 2005, p. 144 ; Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *Rev. Prat. Soc.*, 1993, p.329 ; Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523.

(15) Article 3, § 2 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

(16) Dans l'hypothèse d'une action en comblement du passif intentée par l'ONSS ou le curateur à concurrence des dettes de cotisations sociales, majorations, intérêts de retard, ... dont est redevable la société faillie, la loi précise que constitue également une faute grave « *le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme perceuteur des cotisations sociales* » (articles 530, § 2, 265, § 2 et 409, § 2 du Code des sociétés). Une telle disposition donne à réfléchir, notamment en ce qu'elle peut constituer une restriction à la liberté d'entreprendre.

(17) Voir en ce sens J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 36.

(18) Articles 530, 265 et 409 du Code des sociétés.

(19) A l'inverse, il n'est pas exigé que la faute ait contribué à créer l'insuffisance d'actifs.

(20) Voir J. WINDEY, *op.cit.*, p. 326.

il est fréquent de constater que le juge condamne les fondateurs à concurrence de la différence entre le capital dont ils ont doté la société et celui qui aurait été nécessaire pour la bonne conduite de celle-ci, ou encore à concurrence du passif laissé impayé par la faillite.^{(21) (22)}

Les fondateurs sont tenus solidairement du dommage subi par la société : chacun est tenu pour le tout vis-à-vis des tiers (obligation à la dette), étant entendu que celui qui s'en acquitte dispose d'un recours contre les autres à concurrence de leur part (contribution à la dette).

Cette solidarité est énoncée par l'article 456 du Code des sociétés et il n'est pas permis de s'en affranchir, toute clause contraire étant réputée non écrite.⁽²³⁾

10. – Les administrateurs condamnés sur la base de l'article 530 du Code des sociétés sont quant à eux personnellement tenus du dommage subi par la société, déterminé par le juge qui ne doit pas nécessairement tenir compte des conséquences de la faute commise : le juge aura égard à des critères plus vastes, tels la répartition des tâches entre les administrateurs ou encore l'incidence des fautes respectives sur la faillite.^{(24) (25)}

La loi prévoit, dans l'hypothèse où une faute grave et caractérisée peut être retenue dans le chef de plusieurs dirigeants de la société, la possibilité pour le tribunal de condamner ces derniers « *avec ou sans solidarité* ». ⁽²⁶⁾

Il s'agit donc d'une possibilité pour le juge qui devra motiver sa décision de condamner solidairement les dirigeants dont la faute est prouvée.⁽²⁷⁾

C. La mise en cause de la responsabilité des dirigeants de société dans le cours de la faillite⁽²⁸⁾ : les actions du curateur et des créanciers individuels

11. – Dès lors que le curateur se voit assigner la mission de réaliser les actifs de la société faillie, pour le compte de cette société et dans l'intérêt commun de l'ensemble des créanciers⁽²⁹⁾, il lui appartient, lorsqu'il constate une insuffisance d'actif et que les conditions de ces responsabilités sont remplies, de mettre en cause les responsabilités des fondateurs et/ou des administrateurs.

L'insuffisance d'actifs lèse en effet l'ensemble des créanciers sans distinction, et sans avoir égard aux circonstances dans lesquelles la créance a été contractée, de sorte que le dommage qui en découle est sans conteste possible un préjudice collectif en réparation duquel le curateur dispose de la qualité pour agir.⁽³⁰⁾

Dans ce cas, le curateur citera les fondateurs et/ou les administrateurs (gérants) devant le tribunal de commerce, seul compétent en matière de faillite, en vue de les entendre condamner à indemniser la société du dommage subi, chacun pour ce qui le concerne.

12. – Dès lors que le préjudice dont est poursuivie la réparation est un préjudice collectif, le curateur

(21) Voir J.-F. GOFFIN, « Responsabilités des dirigeants de sociétés », 2^{ème} éd., Larcier, 2004, point 39 ; voir également J. WINDEY, *op.cit.*, p. 322.

(22) Les hypothèses de responsabilité des fondateurs de sociétés pour insuffisance d'actifs hors faillite sont visées par l'article 456, 1^o et 2^o du Code des sociétés, lequel prévoit une responsabilité à concurrence de la partie de capital non valablement souscrite ou insuffisamment souscrite (1^o), ou de la libération effective du capital souscrit à concurrence du minimum déterminé par la loi (2^o).

(23) Article 229, 5^o du Code des sociétés relatif aux S.P.R.L. et 405, 5^o du Code des sociétés relatif aux S.C.R.L.

(24) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 139.

(25) A l'inverse, les hypothèses de responsabilité des administrateurs de sociétés pour insuffisance d'actifs hors faillite sont visées par les articles 527 et 528 du Code des sociétés, lesquels se réfèrent au droit commun de la responsabilité : l'administrateur ne sera tenu de réparer que le dommage étroitement lié à la faute commise.

(26) Voir articles 530, 265 et 409 du Code des sociétés.

(27) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 140 ; voir également J.-M. DE BACKER et O. RALET, « Responsabilités des dirigeants de sociétés », Ed. Duculot, Bruxelles, 1984, p. 134.

(28) Une fois la faillite clôturée, le Tribunal de commerce de Bruxelles a estimé qu'il n'était plus permis d'intenter l'action en comblement du passif, tout en admettant l'action des créanciers individuels contre les fondateurs pour capital social manifestement insuffisant (voir J. WINDEY, *op.cit.*, p. 323) ; Dans le même sens : Liège, 11 mars 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 444 ; *Contra* : Liège, 23 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p.1484.

(29) A. ZENNER, « Dépistage, Faillites & Concordats », Larcier, 1998, p. 321.

(30) « *Sont communs à l'ensemble des créanciers les droits résultant de dommages causés par la faute de toute personne, qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif ; (...) en raison du dommage ainsi causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ceux-ci et lèse des droits qui leur sont, par nature, communs* » (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. 38).

est fondé à agir tant contre les fondateurs que contre les administrateurs ou gérants de la société.

Est-il le seul, dans l'hypothèse où un jugement déclaratif de faillite a été prononcé, à pouvoir mettre en cause la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actifs ?

Il ressort des arrêts de principe rendus par la Cour de cassation en la matière que le curateur dispose d'un monopole pour exercer les droits résultant des dommages communs à l'ensemble des créanciers.⁽³¹⁾

Ainsi, l'action d'un créancier individuel en vue de voir réparer un dommage commun à l'ensemble des créanciers est irrecevable, à tout le moins tant que la faillite n'est pas clôturée, et sauf l'action en comblement du passif prévue par l'article 530 du Code des sociétés.^{(32) (33)}

Un créancier individuel est ainsi expressément autorisé à intenter cette action à l'encontre des administrateurs, alors même que la faillite n'est pas clôturée.⁽³⁴⁾

Cette dérogation au monopole du curateur a été introduite par une loi du 4 septembre 2002, toujours dans un objectif de sévérité à l'égard des dirigeants d'entreprise et de protection de la vie économique : cette disposition permet de multiplier les actions en responsabilité intentées à l'encontre des administrateurs/gérants et permet de pallier le peu d'entrain dont font preuve les curateurs face à la longueur et à la complexité de ces procédures qui empêchent la clôture de la faillite.⁽³⁵⁾

L'action du créancier individuel est toutefois limitée à la réparation de son préjudice propre qui, une fois évalué, sera payé à charge du patrimoine du dirigeant responsable.

(31) Cass., 12 février 1981, arrêt « UNAC », *R.C.J.B.*, 1983, p. 5 ; Cass., 5 mars 1995, arrêt « SEFI », *Pas.*, 1995, p. 250 ; Cass., 5 décembre 1997, arrêt « SEPP », *R.C.J.B.*, 2000, p. 20.

(32) Voir T. BOSLY, *op.cit.*, pp. 40 à 45.

(33) Un créancier individuel est par ailleurs admis à agir, dans le cours de la faillite, pour obtenir réparation d'un préjudice individuel.

(34) Article 530, alinéa 2 du Code des sociétés.

(35) Cf. travaux préparatoires, *Doc. Parl.*, Ch., 50-1132/013, p. 130.

La possibilité donnée par le législateur au créancier individuel d'agir en comblement du passif dans le cours de la faillite crée ainsi une sorte de privilège au bénéfice du créancier le plus diligent et le mieux informé.⁽³⁶⁾

13. – Dans quel délai l'action en responsabilité contre les fondateurs ou les administrateurs/gérants doit-elle être intentée ?

L'article 198 du Code des sociétés prévoit un délai de prescription de cinq ans pour toutes les actions à l'encontre des gérants et administrateurs, pour fait de leur fonction, à dater de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à dater de leur découverte.⁽³⁷⁾

La faute grave et caractérisée requise par l'article 530 du Code des sociétés est généralement commise par l'administrateur dans le cadre de sa fonction, dès lors qu'elle contribue à la faillite de la société⁽³⁸⁾, de sorte que cette prescription quinquennale trouve effectivement à s'appliquer.

Aucune disposition similaire n'a été prévue en ce qui concerne la responsabilité des fondateurs de la société. En conséquence, c'est la prescription de droit commun qui va trouver à s'appliquer.^{(39) (40) (41)}

(36) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, point 129.

(37) Sans préjudice de l'application de l'article 26 du Titre préliminaire du code d'instruction criminelle en cas d'infraction pénale.

(38) La loi précisant que cette prescription particulière ne s'applique que dans l'hypothèse d'une action dirigée contre un administrateur pour fait de sa fonction, chaque cas d'espèce doit toutefois être examiné à la lumière de cette condition. A défaut pour elle d'être remplie, c'est la prescription de droit commun qui s'appliquera.

(39) Se pose la question de savoir si la prescription par cinq ans de l'article 198 du Code des sociétés ne pourrait pas être invoquée dans le cadre d'une action contre les fondateurs, à supposer que ces derniers soient également associés, dès lors que l'article 198 du Code des sociétés prévoit une prescription quinquennale pour « toutes actions contre les associés, à partir de la publication de leur retrait de la société, sinon à partir de la publication d'un acte de dissolution ou de l'expiration du terme contractuel », sans préciser que les actions visées ici sont celles qui sont dirigées contre les associés en leur qualité d'associés.

(40) Voir T.P.D.C., tome IV, n° 1156.

(41) Une telle distinction entre ces deux régimes de prescription pose la question de la différence de traitement entre les fondateurs et les administrateurs (voir à cet égard C.A., 21 mars 2007, *M.B.* 25 mai 2007, décidant que l'article 198, § 1 du Code des sociétés ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il découle de cette disposition que le titulaire de l'action basée sur l'article 530 du Code des sociétés doit intenter cette action dans les cinq ans du fait qui est la cause du dommage, alors qu'en règle générale, l'article 2262 bis du Code civil prévoit, pour les actions en responsabilité extracontractuelle, un délai de prescription de cinq ans à dater du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage. La Cour estime cette différence de traitement justifiée par la nature spécifique de l'action en comblement du passif et pertinente par rapport au but poursuivi par le législateur de privilégier les relations commerciales).

L'action sera ainsi prescrite par cinq ans à partir de la découverte du dommage ou, à tout le moins, par vingt ans à dater du fait qui a provoqué le dommage.⁽⁴²⁾

Conclusion

14. – La mise en place du système de responsabilité aggravée décrite ici a-t-elle atteint son but ? Les dirigeants d'entreprise se montrent-ils davantage prudents et diligents dans la conduite des affaires ?

Les statistiques permettent de constater une diminution du nombre de faillites.⁽⁴³⁾

Toutefois, rien ne permet d'affirmer que la peur des sanctions exerce une quelconque influence sur ces chiffres.

En tout état de cause, une première étape est atteinte, si ce système de responsabilité contribue à faire prendre conscience aux dirigeants d'entreprise de l'importance de leur rôle en tant que créateur et gestionnaire d'entités économiques.

15. – La multiplication et l'aggravation des hypothèses de responsabilité des dirigeants d'entreprise

ne doivent toutefois pas avoir l'effet indésirable de freiner les ambitions.

Indépendamment du souci des dirigeants de prévenir toute difficulté en s'entourant des avis et conseils utiles, il existe différents systèmes qui permettent à ces dirigeants de se prémunir contre les conséquences de la mise en cause de leur responsabilité, et notamment la possibilité de contracter une assurance de responsabilité civile.⁽⁴⁴⁾

Cette assurance est en principe souscrite par la société elle-même et vise en règle générale les administrateurs, à l'exclusion des fondateurs, pour tout montant dont ils seraient tenus suite à la mise en cause de leur responsabilité pour des faits relevant de leur fonction d'administrateur.^{(45) (46)}

L'entreprise elle-même peut ainsi sauvegarder l'équilibre entre les intérêts des créanciers de la société et ceux des dirigeants d'entreprise.

Julie BOCKOURT

Avocat au Barreau de Liège



Modification de l'article 26 du C.I.R./92 par la loi-programme du 27 avril 2007 : quelques mots qui causent de grands maux...

1. Introduction

Ah ! ces fameuses lois-programmes ! Des dizaines de dispositions fiscales totalement disparates, des centaines de pages de textes dans lesquelles les fiscalistes, même les plus chevronnés, se perdent ou se noient,

pour ne retenir finalement que quelques mesures-phares largement commentées dans la presse.

Ah ! ces perverses lois-programmes, où se glissent furtivement, au milieu d'un florilège de mesures généreuses et favorables, quelques articles, voire quel-

(42) Article 2262 *bis*, § 1, al.2 du Code civil.

(43) Entre les mois de mars, avril et mai 2006 et la même période de l'année 2007, une baisse du nombre de faillites de 17,3 % pour les S.A., 2,5 % pour les S.P.R.L. et 7,7 % pour les sociétés coopératives a été constatée.

Entre 2004 et 2005, le nombre de faillites avait déjà diminué de 14,2 % pour les S.A., en augmentant toutefois de 1,2 % pour les S.P.R.L. et de 1 % pour les sociétés coopératives (http://www.statbel.fgov.be/indicators/bri_fr.asp).

(44) D'autres systèmes sont par exemple la clause d'exonération négociée avec la société, cependant non opposable aux tiers, la clause de garantie en vertu de laquelle un tiers s'engage à supporter les conséquences de la mise en cause de la responsabilité des administrateurs, ou encore la décharge donnée aux administrateurs, laquelle n'est toutefois pas opposable au curateur en cas de faillite (voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, p. 321-326).

(45) Voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, p. 327-343.

(46) Sont toutefois exclus de la couverture d'assurance le dommage intentionnellement causé par l'assuré (article 8 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres), ainsi que les amendes pénales, administratives ou fiscales. Il convient également de prendre en compte la franchise et le plafond de couverture généralement prévus par la police d'assurance (voir J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, p. 336-337).

ques mots, souvent passés inaperçus, mais dont les conséquences peuvent s'avérer redoutables !

La loi-programme du 27 avril 2007, publiée au *Moniteur belge* du 8 mai 2007, n'échappe pas à la règle. Bien au contraire ! Tout le monde connaît le régime fiscal avantageux de l'unité TVA mis en place par cette loi, ou encore les réductions d'impôt liées aux achats de véhicules écologiques qui ont fait couler beaucoup d'encre et dont on ne peut que se réjouir. Nul n'ignore que la quotité de dépenses non admises sur frais de voitures de sociétés n'est plus uniformément fixée à 25 %, mais dépend de l'émission de CO₂ de ces voitures. D'aucuns, plus attentifs ou plus motivés, évoqueront même le nouveau régime de responsabilité solidaire pour les dettes fiscales de l'entrepreneur, la nouvelle déduction à concurrence de 80 % pour certains brevets ou encore l'extension de la surséance indéfinie à la TVA. Mais qui vous parlera de ce petit bout de phrase, de ces quelques mots qui, en catimini, ont été ajoutés par le législateur au texte de l'article 26 du C.I.R./92 ?

Désormais, l'article 26 du C.I.R./92 débute en effet en ces termes « *Sans préjudice de l'application de l'article 49...* ». Un tsunami fiscal passé presque inaperçu...

2. Le contexte

Un rappel historique s'impose. Lors d'une précédente chronique publiée dans cette même revue, nous évoquions la problématique de la déduction des managements fees et des principes concurrents des articles 26 et 49 du C.I.R./92. Une société qui consent un avantage à une autre société sous la forme d'un management fee ne peut, selon l'administration, en revendiquer la déduction. La disposition sur laquelle se fonde l'administration pour rejeter un tel montant est l'article 49 du C.I.R./92 et non l'article 26 du C.I.R./92. Le problème c'est que, considérer comme non déductibles de telles rémunérations dans le chef de la société qui les paie, aboutit à une double imposition économique. La société qui paie le montant est privée du droit à la déduction, mais la société qui le perçoit reste bien taxée. Or, pour le fisc, taxer deux fois la même matière imposable, dans ce contexte bien précis des managements fees, ne semble guère embarrassant. Il se trouve toutefois qu'une telle double imposition est écartée par le jeu

de l'article 26 du C.I.R./92 qui traite des avantages anormaux ou bénévoles. Cette disposition consacre précisément le principe du « non bis in idem », puisqu'il prévoit que lorsque l'avantage est pris en considération dans le chef d'une société résidente qui bénéficie d'un avantage anormal ou bénévole, il n'y a aucun redressement à opérer dans le chef de la société résidente qui a octroyé cet avantage. Cette disposition est d'ailleurs conforme à la Convention européenne du 23 juillet 1990 qui érige en principe l'interdiction de toute double taxation. Dès lors, s'est rapidement posé la question de savoir si les dispositions de l'article 26 du C.I.R./92 ne devaient pas prévaloir sur celles de l'article 49.

3. Une jurisprudence favorable

Depuis quelques années, les cours et tribunaux ont examiné cette question de manière approfondie. Et les décisions qui ont été rendues ne pouvaient que réjouir les contribuables que nous sommes. Le tribunal de première instance de Namur (jugement du 1^{er} mars 2006) aboutit ainsi à la conclusion que « *l'interdiction de la double imposition prévue à l'article 26 du C.I.R./92 doit être étendue à l'article 49 du C.I.R./92 lorsque les indemnités de gestion payées par des sociétés résidentes à d'autres sociétés résidentes donnent lieu à des avantages anormaux ou bénévoles* ». La Cour d'appel d'Anvers (arrêt du 7 mars 2006), par des voies plus détournées, considère également que le fisc ne peut rejeter une charge lorsque le rejet d'une dépense n'aboutit à aucune déperdition de base imposable pour le fisc, c'est-à-dire lorsque la diminution d'une base imposable d'un contribuable résident est compensée par une augmentation corrélative dans le chef du bénéficiaire. D'autres jugements vont dans le même sens.

4. Une loi-programme qui vient au secours de l'administration

Face à une jurisprudence de plus en plus unanime, le gouvernement a finalement choisi de frapper à la porte du législateur. Profitant de la loi-programme du 27 avril 2007, et pressentant qu'en cette matière les choses lui échappaient peu à peu, notre gouvernement a donc décidé de passer outre cette jurisprudence en proposant au législateur de modifier le texte de l'article 26 du C.I.R./92.

L'article 26 du C.I.R./92 est modifié et débute dorénavant en ces termes : « *Sans préjudice de l'article 49 du C.I.R./92,...* » Il n'apparaît donc plus possible, sur base de cette disposition amendée, de tenter d'échapper à l'application de l'article 49 du C.I.R./92 qui devient prioritaire. A l'heure où se concrétisent les multiples mesures visant à réduire le taux effectif de l'impôt des sociétés (intérêts notionnels, déduction en matière de brevets, tax shelters, crédit d'impôt pour recherche et développement, exonération de certains subsides régionaux, ...), on reste perplexe face à cette disposition qui, presque à contre-courant, permet à l'administration de taxer deux fois un même bénéficiaire.

5. *Tout espoir est-il perdu ?*

Osons toutefois ces quelques observations. La jurisprudence est-elle totalement et irréversiblement balayée par cette refonte de l'article 26 du C.I.R./92 ? Nous ne le pensons pas. Signalons d'emblée que cette mesure n'est d'application qu'à partir de l'exercice d'imposition 2008 et ne s'applique donc pas aux situations déjà nées avant l'entrée en vigueur de la loi. D'autre part, nous persistons à penser que si la dépense ne peut recevoir qu'une seule qualification, à savoir celle d'avantage anormal ou bénévole, il n'y a aucune raison de considérer que l'article 49 du C.I.R./92 puisse éventuellement être invoqué par l'administration. Se voit ainsi écartée la référence à l'article 49 du C.I.R./92 instaurée par le législateur car seul est applicable le régime de l'article 26. En d'autres termes, le débat n'est pas, à notre avis, de savoir quelle disposition a priorité sur l'autre, puisque ce débat a été clos par la loi-programme, mais plutôt

de savoir si, dans certains cas bien précis, l'article 26 du C.I.R./92 n'est pas le seul qui puisse et doive être invoqué par le fonctionnaire taxateur. Telle est aussi la position du tribunal de première instance de Namur, qui dans son jugement précité, considère que le fonctionnaire ne peut ignorer, mais se doit d'appliquer l'article 26 du C.I.R./92 dès l'instant où la dépense a le caractère d'un avantage anormal ou bénévole.

6. *Conclusion*

Quoi qu'il en soit, on ne peut que regretter le choix entrepris par le législateur. Le Conseil d'Etat, lui-même, avait émis les plus vives critiques à l'égard de cette disposition (*Doc. Parl. Chambre, 2006-2007, n° 513058/01, p.158*). Le Conseil d'Etat, se prononçant sur le projet de texte, s'était exprimé en ces termes : « *Il serait sans précédent que le législateur instaure délibérément une double imposition de la même dépense chez deux contribuables en l'absence de fraude* ». On ne peut être plus clair. Sous couvert d'une meilleure lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, le gouvernement n'a visiblement ni tenu compte de cet avis du Conseil d'Etat ni d'une jurisprudence et d'une doctrine dominante.

Il est des moments où l'on peut vraiment dire que l'Etat est « mauvais joueur ».

Pierre-François COPPENS

Tax Director (Cabinet Delvaux, Fronville, Servais et Associés)

Professeur à la Chambre Belges des Comptables

et la HEC Francisco Ferrer

Aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un système de récupération ou transféré électroniquement, mécaniquement, au moyen de photocopies ou sous toute autre forme, sans autorisation préalable écrite de l'éditeur. La rédaction veille à la fiabilité des informations publiées, lesquelles ne pourraient toutefois engager sa responsabilité. **Editeur responsable** : Roland SMETS, I.P.C.F. – av. Legrand 45, 1050 Bruxelles, Tél. 02/626.03.80, Fax. 02/626.03.90 e-mail : info@ipcf.be, URL : <http://www.ipcf.be> **Rédaction** : Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Maria PLOUMEN, Roland SMETS. **Comité scientifique** : Professeur P. MICHEL, Ecole d'Administration des Affaires de l'Université de Liège, Professeur C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven.

RÉALISÉE EN COLLABORATION AVEC KLUWER – WWW.KLUWER.BE