

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L et S.C.R.L.

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales

*Publication date:*

2000

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2000, Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L et S.C.R.L. dans *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés commerciales*. Kluwer, Bruxelles, pp. 181-195.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **Les responsabilités des administrateurs et gérants des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.**

**GUJE – Livre 24**

**DSC – Livre 12**

*Jurisprudence sélectionnée et commentée*

*par*

*Marie-Amélie DELVAUX*

*Avocate au barreau de Namur*

*Assistante aux Facultés universitaires de Namur*

130. Souscription minimale au capital et libération des apports

N° 181. – *Comm. Charleroi (1<sup>er</sup> ch.), 16 février 1999<sup>1</sup>*

**Présentation:** Les sociétés coopératives doivent avoir un capital fixe minimal de 750.000 F, en vertu de la loi du 20 juillet 1991. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1991, les sociétés constituées avant cette date disposant d'un délai jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 1993 pour adapter leurs statuts aux exigences nouvelles de la loi.

Les fondateurs peuvent-ils voir leur responsabilité engagée lorsque le capital de la société coopérative qu'ils ont fondée avant le 1<sup>er</sup> novembre 1991 n'atteint pas le minimum légal nouvellement fixé à cette date butoir du 1<sup>er</sup> novembre 1993?

Dans l'affirmative, sur quelle base?

**Sommaire:** L'article 147ter, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ne permet pas de considérer comme responsables des fondateurs d'une société coopérative créée avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991 et qui n'a pas adapté ses statuts au nouveau capital fixe minimal de 750.000 F imposé par cette loi. En effet, les obligations des fondateurs en matière de capital social sont accomplies au moment de la fondation (acte juridique instantané) de sorte que les participants à l'acte constitutif ne peuvent se voir sanctionnés pour des prescriptions légales édictées postérieurement.

**Parties:** L. Dermine *qualitate qua* faillite S.C. C-Comi c/ R. Puppin, Y. Baert et R. Degreve

(...)

Attendu que la S.C. C-Com a été créée le 16 août 1990 et a été déclarée en faillite le 31 mars 1998, c'est-à-dire après la date ultime où le capital fixe minimum devait avoir été porté à 750.000 F, sans que son capital ait été mis en concordance avec ce montant;

Attendu que compte tenu de cette situation, le curateur recherche la responsabilité des fondateurs sur pied de l'article 147ter, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales selon lequel: Les fondateurs ... sont solidairement tenus envers les intéressés: 1° ... de la différence éventuelle entre le montant visé à l'article 147bis, § 1<sup>er</sup>, et le montant des souscriptions ...; ils sont de plein droit réputés souscripteurs;

Attendu qu'ainsi que l'ont relevé les auteurs de doctrine qui ont traité du sujet, cette disposition ne peut servir de base à la mise en cause de la responsabilité des fondateurs (voir M.A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, p. 593; T. VERHOEST, «Responsabilité des fondateurs sur base d'une disposition légale non encore d'application au moment de la fondation?», *T.R.V.*, 1997, pp. 405 à 408; voir aussi *Comm. Termonde*, 3 nov. 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 610);

181.-1. Cette décision a été publiée dans *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 119; *J.L.M.B.*, 2000, p. 276.

Attendu qu'en effet, le droit transitoire s'oppose à ce que la sanction prévue par cet article puisse être appliquée aux sociétés constituées avant le 1<sup>er</sup> novembre 1991 puisqu'introduit par la loi du 20 juillet 1991, l'article 147<sup>ter</sup>, 1<sup>o</sup>, crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui, elle aussi, a été introduite par cette même loi;

Attendu qu'en matière de capital social, l'exigence de la loi à l'égard des fondateurs est que, d'une part, le capital mentionné à l'acte constitutif soit au moins égal au minimum légal, d'autre part, que ce capital soit intégralement et valablement souscrit;

Attendu que l'obligation des fondateurs est accomplie au moment de la fondation, qui est un acte juridique instantané, en sorte que les participants à l'acte constitutif ne pourraient se voir sanctionnés pour des prescriptions légales édictées postérieurement;

Que cette analyse est au demeurant logique car l'on ne voit pas comment les fondateurs pourraient agir dans le sens d'une mise en conformité du capital par rapport à la nouvelle loi pour peu que leur seule participation dans la vie de la société se soit limitée à l'acte de constitution, par exemple parce qu'ils ont ensuite quitté la société;

(...)

### OBSERVATIONS

Jusqu'à quand des plaideurs tenteront-ils encore d'engager la responsabilité des *fondateurs* sur pied de l'article 147<sup>ter</sup>, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales lorsque la société n'a pas adapté son capital social aux exigences nouvelles de la loi du 20 juillet 1991 (750.000 F)?

Cette solution, parfois admise par les tribunaux dans des décisions isolées<sup>2</sup>, a été presque unanimement condamnée par les auteurs.

Seule l'application du droit commun de la responsabilité civile (art. 1382-1383 C. civ.) permet *théoriquement* d'engager la responsabilité des fondateurs; la faute commise par les fondateurs peut s'identifier au fait d'avoir constitué une société ne disposant clairement pas des moyens suffisants pour développer ses activités de façon rentable tout en faisant face à ses engagements financiers.

Il est toutefois assez délicat *en pratique* d'établir le lien de causalité entre la sous-capitalisation et la faillite, puisque d'autres circonstances d'ordres divers sont susceptibles d'expliquer la faillite de la société indépendamment de la faiblesse du capital initial.

La responsabilité des *dirigeants* peut également être engagée sur pied des articles 263, 265, 408, alinéa 2, 409, 528 et 530 du Code des sociétés (art. 62, al. 2, et 63<sup>ter</sup>, 132, 133<sup>bis</sup>, 158, 2<sup>o</sup> et 9<sup>o</sup> L.C.S.C.) et 1382-1383 du Code civil, avec certaines difficultés de preuve toutefois (la faute, le lien causal, ...).

En ce qui concerne les S.A. et les S.P.R.L., la mise en cause de la responsabilité des dirigeants dans cette hypothèse est facilitée; en effet, les normes nouvelles augmentant le montant du capital minimum de ces formes de sociétés ont expressément réglé cette problématique. Ainsi, la loi du 5 décembre 1984<sup>3</sup> prévoit textuellement que les administrateurs de S.A. qui n'ont pas réuni d'assemblée générale pour augmenter le capital dans les conditions requises sont solidairement tenus envers les intéressés de la différence entre le capital sous-

2. Voir notamment Comm. Charleroi (1<sup>er</sup> ch.), 5 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 642 et s.; Gand (16<sup>e</sup> ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s.; Mons (1<sup>er</sup> ch.), 1<sup>er</sup> déc. 1997, non publié, R.G. 96/749 et 96/831, J. Gorrebeeck / P.-H. Bataille et E. Simonetti / P.-H. Bataille.

3. L. du 5 déc. 1984 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 12 déc. 1984, pp. 15.612 et s., art. 72, al. 3.

crit et le capital minimum légal<sup>4</sup>; la loi du 13 avril 1995 fait de même<sup>5</sup>; la loi du 15 juillet 1985<sup>6</sup> prévoit une sanction identique pour les gérants de S.P.R.L.

Pour une application récente de cette sanction au gérant d'une S.P.R.L. qui n'a pas adapté son capital au minimum légal, voir Comm. Charleroi, 25 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 275.

Le défaut d'adaptation du capital des sociétés à un nouveau minimum légal n'est pas une question purement théorique, bien au contraire.

La pratique fait apparaître très fréquemment des sociétés inactives depuis des années, mais qui n'ont jamais été liquidées. Lorsqu'un jour, ces sociétés sont déclarées en faillite, les curateurs veulent engager la responsabilité des dirigeants. Ces derniers sont alors surpris: en effet, la législation a changé alors même que la société gérée avait déjà cessé toute activité; ils trouvent donc curieux de se voir réclamer des sommes importantes après tant d'années et alors qu'ils ignoraient totalement l'adoption de ces nouvelles législations ... On leur rétorquera tout simplement qu'ils auraient dû liquider la société en temps utiles. A cet égard, rappelons la disposition nouvelle introduite par la loi du 13 avril 1995 en ce qui concerne les sociétés «dormantes» (art. 182 C. soc. et 177sexies L.C.S.C.): dans un objectif de «nettoyage de la poussière» constituée par les nombreuses sociétés inactives, le législateur prévoit que tout intéressé ou le ministère public peut demander au tribunal de commerce la dissolution des sociétés restées en défaut de déposer des comptes annuels pour trois exercices consécutifs. A mesure que ces sociétés dormantes disparaîtront, disparaîtront également les mauvaises surprises de leurs dirigeants se voyant réclamer des montants non négligeables pour des motifs qui leur paraissent insensés.

Pour une vue d'ensemble de la question du défaut d'adaptation du capital au minimum légal, on peut lire notre étude intitulée «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», parue dans la *R.D.C.*, 1998, pp. 588 à 595.

## 200. Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant

### N° 182. – Mons, 26 novembre 1998<sup>1</sup>

*Présentation:* Les articles 229, 4°, 405, 5°, et 456, 4°, du Code des sociétés (art. 35, 6°, 123, 7°, et 147ter, 4° L.C.S.C.) prévoient que les fondateurs peuvent voir leur responsabilité engagée lorsque la société a été déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution alors que son capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant deux ans au moins. Pour apprécier l'éventuelle insuffisance du capital de la société, le juge va examiner le plan financier que la loi impose aux fondateurs d'établir.

4. Sur les dispositions transitoires de cette loi, voir H. BRAECKMANS, «Aspecten van overgangsrecht in de nieuwe Vennootschapswet van 5 december 1984», *R.W.*, 1984-1985, pp. 2722 et s.

5. L. du 13 avr. 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995, pp. 17.492 et s., art. 111, al. 3.

6. L. du 15 juill. 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 14 août 1985, pp. 11.698 et s., art. 17, al. 2.

182-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 1999, p. 46.

Mais que doit contenir exactement ce plan financier? Jusqu'ou aller dans les exigences relatives à son contenu?

**Sommaire:** Pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 123, 7°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, le juge doit se placer au jour de la constitution de la société et vérifier si les prévisions des fondateurs étaient raisonnables en ne tenant compte que des éléments d'appréciation dont ceux-ci ont pu avoir connaissance à ce moment.  
Aucune disposition légale n'impose aux fondateurs de prévoir dans le plan financier des mesures pour contraindre les associés à mettre effectivement les crédits consentis à la disposition de la société lors de sa constitution et d'assurer ultérieurement leur maintien.  
La mise à disposition des fonds au profit de la société ainsi que leur maintien relèvent de la seule responsabilité des gérants.

**Parties:** Faillite S.P.R.L. Ios Group c/ Brichart, Pierquin et crts

(...)

Attendu que la cour fait sienne la relation des faits de la cause telle que reprise dans le jugement *a quo*;

Attendu que la S.P.R.L. Ios group a été constituée par un acte notarié du 8 avril 1987 dont les intimés étaient les fondateurs et associés;

Que cette société a été déclarée en faillite par un jugement du tribunal de commerce de Mons, prononcé le 30 octobre 1988;

Attendu que l'appelante reproche aux intimés, en leur qualité de fondateurs de la S.P.R.L. Ios group, de ne pas avoir respecté l'article 123, 7°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (ci-après L.C.S.C.), étant donné qu'ils auraient prévu un capital manifestement insuffisant en vue d'assurer l'exercice normal de l'activité de cette société pendant une période de deux ans;

Qu'elle déclare que sa demande «est strictement limitée à l'évaluation des ressources mises à disposition de la société pour la couverture des investissements prévus en dehors de toute polémique sur l'activité développée par la société après sa constitution» (p. 3 de ses conclusions);

Qu'elle précise à cet égard que les fondateurs auraient dû veiller dans le plan financier à prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les avances d'associés resteraient à la disposition de la société pendant la durée du financement des investissements;

Attendu que, selon le plan financier annexé à l'acte constitutif, les associés se sont engagés à mettre à la disposition de la société des fonds à long terme pour un montant de 425.000 F + 1.250.000 F + 3.750.000 F, soit 5.425.000 F;

Que seule une somme de 750.000 F a été en réalité versée à la société pour être ensuite restituée au fondateur qui l'avait avancée;

Attendu que, selon l'article 123, 7°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, la responsabilité des fondateurs est soumise à deux conditions, à savoir que:

- la faillite de la société doit être prononcée dans les trois ans de sa constitution, ce qui fut le cas en l'espèce;
- le capital était manifestement insuffisant lors de sa constitution pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins;

Attendu que cette deuxième condition est laissée à l'entière appréciation du juge;

Qu'à cet égard, le juge doit se placer au jour de la constitution de la société pour vérifier si les prévisions des fondateurs étaient raisonnables et ne tenir compte que des éléments d'appréciation dont ceux-ci ont pu avoir connaissance à ce moment;

Que, par ailleurs, le juge n'a pas à se préoccuper de l'existence d'un quelconque lien de causalité entre une éventuelle insuffisance d'actif lors de la constitution de la société et sa faillite;

Attendu qu'en vue d'apprécier la responsabilité des fondateurs, les articles 29<sup>ter</sup>, 120<sup>ter</sup> et 147<sup>septies</sup> des lois coordonnées sur les sociétés commerciales leur imposent de remettre au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer;

Que ni les travaux préparatoires ni la loi ne donnent d'indications précises au sujet du contenu et de la présentation du plan financier;

Que l'on peut considérer comme suffisant un plan financier établi sous forme d'un bilan prévisionnel sur deux ans mentionnant «au passif les ressources provenant du capital social de départ, ainsi que les capitaux empruntés, et à l'actif les diverses utilisations des ressources. Un tableau des résultats d'exploitation complétera utilement le bilan prévisionnel ...» (Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise», *R.D.C.*, 1986, p. 787; Liège, 5 mai 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 314);

Attendu que l'appelante ne conteste pas la pertinence des prévisions chiffrées reprises dans le plan financier qui concernent les besoins et ressources de la société pour les deux ans devant suivre sa fondation;

Que l'appelante reproche en définitive aux intimés de n'avoir rien prévu dans le plan financier en vue de contraindre les associés à mettre effectivement les crédits consentis à la disposition de la société lors de sa constitution et d'assurer ultérieurement leur maintien tant que cela était nécessaire en vue d'assurer le financement de l'activité de la société;

Attendu qu'aucune disposition légale n'imposait aux fondateurs de compléter le plan financier par de telles dispositions;

Attendu que l'appelante n'a toutefois jamais soutenu que les associés auraient été dans l'incapacité de mettre à la disposition de la société les sommes qu'ils s'étaient engagés à lui prêter au moment de sa constitution, en manière telle qu'ils auraient fait ainsi état à ce moment d'un crédit fictif;

Attendu que, partant, force est d'admettre que la société pouvait effectivement disposer des sommes promises par les fondateurs;

Attendu qu'il incombait dès lors aux gérants de la société d'y veiller en vue d'assurer le bon fonctionnement de la société et d'entreprendre, le cas échéant, les recours qui s'imposaient en cas de refus des fondateurs d'honorer leurs engagements;

Que, de même, les gérants avaient toute latitude pour s'opposer à la restitution des fonds prêtés dans la mesure où cela eût présenté un risque pour la société;

Attendu qu'ainsi, il apparaît que la mise à disposition des fonds au profit de la société et leur maintien relevait de la seule responsabilité des gérants et qu'aucune violation de l'article 123, 7°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ne peut être reprochée aux intimés;

(...)

### OBSERVATIONS

Cette décision pose le problème des avances consenties par les associés lors de la constitution de la société.

Certains associés préfèrent limiter leur prise de risque dans la société en lui accordant des prêts, remboursables quelle que soit l'évolution future de la société, plutôt qu'en investis-

sant davantage de capital, ce qui impliquerait leur soumission corrélatrice au risque sociétaire et aux aléas de l'activité commerciale développée.

Comme le souligne Olivier RALET, «*ce mode de financement doit toutefois rester proportionné aux moyens de la société et celle-ci doit pouvoir trouver dans ses propres ressources les capacités nécessaires au remboursement progressif de ces prêts*»<sup>2</sup>. A défaut, on pourrait considérer que la société est sous-capitalisée, ce qui permet d'engager la responsabilité de ses fondateurs sur pied des articles 229, 4°, 405, 5°, et 456, 4°, du Code des sociétés (art. 35, 6°, 123, 7°, et 147ter, 4° L.C.S.C.).

Dans l'arrêt montois, la curatelle soutenait que le plan financier doit contenir des dispositions relatives aux mesures à prendre pour garantir que les prêts faits par les associés soient effectifs et restent dans la société un laps de temps suffisant pour financer ses activités. La cour ne suit pas cet argument, considérant que c'est en premier lieu aux dirigeants qu'il appartient de faire le nécessaire pour contraindre les associés à verser et laisser dans la société les avances prévues.

Mais la cour n'opère pas la vérification proposée par O. Ralet et qui aurait peut-être permis d'engager quand même la responsabilité des fondateurs, non pas parce que leur plan financier ne contient rien pour contraindre les associés à respecter les crédits consentis, mais parce que, au vu de l'importance de ces avances au regard des moyens propres de la société, on peut considérer celle-ci comme sous-capitalisée.

A noter que, pour les créanciers de la société, la différence entre un apport en société et une avance consentie par un associé est de taille: en cas de faillite, les associés-prêteurs viendront, à ce titre, accroître la masse des créanciers en concours; par contre, les apports en capital ne sont restitués aux associés que s'il subsiste un solde d'actif après que le curateur ait remboursé toutes les dettes dans la masse et apuré l'ensemble du passif de la société, hypothèse ô combien rarissime.

Olivier RALET indique cependant une parade appliquée par certains magistrats dans cette hypothèse<sup>3</sup>; elle consiste à requalifier juridiquement le prêt en *apport*, avec la conséquence qu'«*il ne pourra être admis au passif qu'après paiement de toutes les autres dettes de la société*».

Cette solution se justifierait, selon certains, par la responsabilité des prêteurs qui, par leurs avances, auraient donné à la société une apparence trompeuse de solvabilité.

Radicale, elle paraît cependant difficilement admissible, même si elle présente l'avantage de protéger les intérêts des créanciers.

Une autre voie permettant d'éviter que les associés, par le biais de prêts, reportent le risque de l'entreprise sur les créanciers est de considérer que la créance de l'associé doit être *subordonnée au remboursement préalable* de tous les créanciers<sup>4</sup>. Cette technique de la subordination du prêt de l'associé peut se fonder sur l'abus de personnalité juridique commis par l'associé qui prête des fonds à la société manifestement pour combler durablement un capital insuffisant, et non pour faire face momentanément à un déficit de liquidités ou de financement. La sanction ne consiste pas dans une suppression totale de la responsabilité limitée, mais dans son effacement partiel, par le biais de la subordination de la créance de celui qui a commis l'abus. Son terrain de prédilection se caractérise par la longue durée du prêt consenti par l'associé jointe à l'insuffisance caractérisée du capital social.

Sur l'ensemble de cette question des avances consenties par des associés, on lira avec intérêt l'article de Eric SMIT intitulé «*Les comptes d'associés*», paru dans *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, pp. 39 à 50.

2. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 45.

3. *Ibidem*.

4. Pour un cas d'application, voir Comm. Courtrai, 20 oct. 1983, *R.D.C.*, 1985, p. 213.

200. **Responsabilité des fondateurs: hypothèse du capital insuffisant**

N° 183. – Mons, 26 mars 1998<sup>1</sup>

**Présentation:** Deux conditions «objectives» doivent être réunies pour pouvoir engager la responsabilité des fondateurs sur pied des articles 229, 4°, 405, 5°, et 456, 4°, du Code des sociétés (art. 35, 6°, 123, 7°, et 147ter, 4° L.C.S.C.): la faillite dans les trois ans de la constitution et l'insuffisance manifeste du capital de départ.

Peut-on y ajouter des conditions de type subjectif, c'est-à-dire propres aux caractéristiques personnelles de chaque fondateur?

**Sommaire:** Pour retenir la responsabilité des fondateurs, il suffit au juge de constater l'existence de deux conditions objectives, à savoir, d'une part, la survenance de la faillite dans les trois ans de la constitution de la S.P.R.L. et, d'autre part, l'insuffisance manifeste du capital social dont celle-ci a été dotée à l'origine.

Pour apprécier l'insuffisance du capital, il revient au juge de se replacer au moment de la constitution de la société et de ne tenir compte que des éléments d'appréciation dont les fondateurs ont pu avoir connaissance à ce moment-là.

Le juge détermine la proportion dans laquelle les fondateurs sont personnellement tenus des engagements de la société. Dans le cas où les fondateurs ont fixé le capital social de manière totalement désinvolte et sans aucun souci d'assurer réellement la viabilité de la S.P.R.L., il convient de les condamner solidairement à payer la totalité du passif de la société faillie.

**Parties:** Lagneaux c/ Me Gustin *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Phantijo Eurotherm

(...)

Attendu que ni les travaux préparatoires ni la loi ne précisent le contenu ou la présentation du plan financier;

Qu'eu égard au but poursuivi par le plan financier, ce document doit justifier «par des prévisions chiffrées que les moyens de financement mis à la disposition de la société correspondent aux capitaux nécessaires pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans» (voir O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, 1996, p. 43 et références citées);

Attendu qu'ainsi, il suffit au juge de constater l'existence de deux conditions objectives pour retenir la responsabilité des fondateurs, à savoir: la survenance de la faillite dans les trois ans de la constitution de la S.P.R.L. et l'insuffisance manifeste du capital social dont celle-ci a été dotée à l'origine;

183.-1. Cette décision a été publiée dans *J.T.*, 1998, p. 577; *J.L.M.B.*, 1999, p. 502.

Que, pour le surplus, le juge n'a pas à apprécier dans quelle mesure chacun des fondateurs est intervenu dans l'évaluation du capital nécessaire à la viabilité de la société et ne doit pas davantage se préoccuper de l'existence de la causalité entre cette insuffisance d'actif et la faillite;

Qu'ainsi, le sieur Lagneaux ne peut tenter de dégager sa responsabilité de fondateur en invoquant le fait qu'il n'avait aucune expérience en matière de gestion de société à la différence du sieur Bauduin qu'il décrit comme étant plus aux faits des questions commerciales et auquel, pour cette raison, il déclare avoir fait confiance;

Attendu que, pour apprécier le caractère insuffisant du capital, il revient au juge de se replacer au moment de la constitution de la société et «de ne tenir compte que des éléments d'appréciation dont les fondateurs ont pu avoir connaissance à ce moment» (voir O. RALLET, *o.c.*, p. 48);

Qu'à cet effet, il lui incombe de vérifier si «les fondateurs ont agi sans dépasser la marge de divergence d'opinions que pouvaient avoir des personnes raisonnables et consciencieuses quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société» (voir Rapport au Sénat, *Doc. parl.*, sess. 1977-1978, n° 415/2, p. 142; Ch. MATRAY, «Observations sur la responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés», *Chroniques de droit à l'usage du palais*, t. VII, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989);

Qu'ainsi, il est sans pertinence pour le sieur Lagneaux de soutenir qu'il a avancé à la société, après sa constitution, une somme de deux cent quarante mille francs et que, de surcroît, au moment où la société a définitivement cessé ses activités en septembre 1992, il lui avait consenti des liquidités sous forme d'un compte courant pour un montant de 1.000.000 F;

Attendu que le plan financier figurant en annexe de l'acte constitutif de la société faillie dressé par le notaire Quiévy le 6 septembre 1991 prévoyait:

- la première année un chiffre d'affaires de 39.000.000 F et un bénéfice net de 885.000 F,
- la deuxième année un chiffre d'affaires de 35.000.000 F et un bénéfice net de 994.000 F,
- la troisième année un chiffre d'affaires de 39.000.000 F et un bénéfice net de 1.232.500 F;

Attendu qu'il ressort de l'objet social de la S.P.R.L. Phantijo Eurotherm repris à l'article 3 de l'acte constitutif de la société que celui-ci était des plus larges et couvrait tant des activités de service, d'intermédiaire, de vente, d'achat, d'importation, d'exportation et de distribution dans des secteurs les plus divers, lui permettant ainsi d'exercer une activité commerciale quasi illimitée (voir *ibidem*, p. 1);

Que cette intention apparaît également de la longue liste d'activités figurant à la page 3 du plan financier que la société déclarait vouloir effectivement entreprendre;

Qu'en outre, l'examen du plan financier révèle que la mise en œuvre de ces projets nécessitait que la société supporte au préalable des coûts et frais élevés, chiffrés pour la première année à 38.115.000 F, outre l'achat de marchandises pour 21.000.000 F;

Attendu que, partant, en l'absence de comptabilité tenue par les gérants associés ou de tout autre renseignement fourni par le sieur Lagneaux, force est d'admettre que le capital social de 750.000 F dont fut dotée la S.P.R.L. Phantijo lors de sa constitution était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité commerciale envisagée pendant une période de deux années au moins;

Que, de plus, les éléments de la cause ne révèlent pas que la société eût pu disposer de moyens propres à financer ses projets;

Qu'en agissant de la sorte, les fondateurs ont adopté un comportement de toute évidence déraisonnable;

Attendu que le juge détermine souverainement la proportion dans laquelle les fondateurs sont personnellement tenus des engagements de la société;

Attendu que, compte tenu de la désinvolture avec laquelle les fondateurs ont fixé le capital social et de leur complète insouciance d'assurer à la S.P.R.L. Phantijo Eurotherm une quelconque chance de viabilité, il convient de les condamner solidairement à payer la totalité du passif de la société faillie;

(...)

### OBSERVATIONS

Au niveau de l'*obligation* à la dette, les fondateurs sont tous traités sur le même pied: à partir du moment où sont constatées la faillite de la société dans le délai de trois ans et l'insuffisance manifeste de son capital, ils sont *solidairement* tenus, dans une proportion fixée par le juge, des engagements de la société. Et ceci indépendamment de leurs connaissances particulières, de leurs aptitudes personnelles, de leur expérience, ...

Par contre, au niveau de la *contribution* à la dette, le juge peut considérer que tel ou tel fondateur a joué un rôle primordial, au vu de ses compétences particulières par exemple, ce qui justifie qu'il prenne en charge une fraction plus importante de la dette.

#### 340. Responsabilité pour faute de gestion

N° 184. – Liège (7<sup>e</sup> ch.), 26 février 1998<sup>1</sup>

**Présentation:** Les dirigeants d'une société engagent en premier lieu leur responsabilité pour la mauvaise exécution du mandat de gestion qui leur a été confié, en vertu des articles 527, 262 et 408, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés (art. 62, al. 1<sup>er</sup>, 132 et 158, 2<sup>o</sup> L.C.S.C.).

Qui est titulaire de cette action de type contractuel?

**Sommaire:** L'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales rend les gérants responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. L'action sur cette base ne peut être intentée que par la société ou, en cas de faillite, par le curateur.

En l'espèce, l'associé fondateur reste en défaut de démontrer des manquements étrangers au mandat confié par les actionnaires au gérant.

**Parties:** Warrand c/ Me Bouillon *qualitate qua* faillite S.P.R.L. Taverne du Baty

(...)

Attendu que le recours de l'appelant porte exclusivement sur le rejet de l'action incidente qu'il avait formée à l'encontre de son associé Lomba auquel il affirme avoir remis, lors de

184.-1. Cette décision a été publiée dans *J.L.M.B.*, 1999, p. 708.

sa démission comme gérant le 29 janvier 1994, une situation saine qui se serait dégradée rapidement en raison de fautes graves et d'une confusion entre le patrimoine social et celui personnel de l'intéressé; qu'en instance, ce dernier avait comparu pour soutenir notamment qu'il était le seul à avoir investi dans le capital libéré et que la situation avait évolué défavorablement en raison de plusieurs hospitalisations l'ayant empêché de gérer efficacement la société;

Que le premier juge s'est interrogé sur la base juridique de ce recours de l'appelant à l'encontre de son ancien partenaire et n'a pu découvrir le fondement de cette prétention dans les quelques documents qui lui étaient exhibés;

Attendu que l'appelant précise aujourd'hui que la garantie qu'il postule se fonde sur les articles 62 et 132 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales; qu'il invoque plus spécialement les fautes graves de gestion que A. Lomba a dû commettre puisque la société fut déclarée en faillite deux ans après qu'il se soit retiré de la gestion active et qu'il refuse que la dégradation de la situation puisse en quelque manière lui être imputée, ayant pour sa part considéré qu'en dépit de la conservation des parts souscrites par lui, il n'était plus aucunement impliqué;

Attendu que l'article 62, alinéa premier, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales rend les gérants responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion; que l'action ne peut être intentée que par la société (COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. not.*, t. XII, *Droit commercial*, liv. IV, p. 268, n° 316; VAN OMMESLAGHE et DIEUX, «Examen de jurisprudence – Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1993, p. 782, n° 128) et donc, une fois la faillite déclarée, que par le curateur également justifié à intenter dans certains cas une action en comblement de passif pour fautes de gestion graves et caractérisées (art. 63<sup>ter</sup> et 133<sup>bis</sup> L.C.S.C.);

Qu'indépendamment de cette action contractuelle qui ne peut être exercée par l'appelant, il peut être fait application de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales lorsque sont invoqués des manquements aux statuts ou à la loi sur les sociétés commerciales, ou encore de la responsabilité aquilienne reposant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (voir *R.C.J.B.*, déjà citée, p. 783; voir aussi VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1973, p. 526, n° 63) lorsque la faute invoquée ne concerne pas le mandat donné par les actionnaires au gérant;

Attendu que l'appelant continue à se référer au mandat dont A. Lomba était investi et qu'il n'est donc pas recevable à ce faire;

Que, par ailleurs, la détermination d'une faute autre que contractuelle supposerait une expertise, déjà *suggérée* par le premier juge mais que l'appelant ne demande toujours pas, pour démontrer la relation causale avec la faillite; que les libertés prises par le dernier gérant, les indécidatesses qu'il aurait même commises n'emportent pas nécessairement la preuve requise et ne peuvent donc en l'état et sur la base de documents apportés par l'appelant fonder la demande de garantie qu'il invoque;

(...)

### OBSERVATIONS

On s'étonne dans cet arrêt des moyens de défense choisis par l'appelant.

Devant le premier juge, puis en appel, il soutient que son associé, gérant, a commis des fautes graves qui ont amené l'activité sociale, initialement florissante, à périlcliter; ceci devrait, selon lui, amener son associé à le garantir de tout paiement auquel il pourrait être condamné. A l'origine, l'appelant n'indique pas le fondement juridique de son action. Ce n'est qu'en appel qu'il précise que ses prétentions auraient pour base l'article 62 des lois

coordonnées sur les sociétés commerciales et les fautes graves de gestion commises par son associé. Pareille action, de type contractuel, ne peut toutefois être introduite que par la société ou par son curateur.

Pourquoi l'appelant n'a-t-il pas saisi la perche tendue par le premier juge, à savoir tenter la voie extra-contractuelle (art. 62, al. 2 L.C.S.C. et 1382-1383 C. civ.) ainsi que la mise en œuvre d'une expertise établissant le lien de causalité entre les fautes commises et la faillite? Mystère ...

Voilà en tout cas une action fondée sur du vent et surtout une occasion manquée pour cet associé d'engager valablement la responsabilité de son co-associé-gérant.

350 et 360. **Responsabilité pour violation de la loi ou des statuts – Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil**

*N° 185. – Comm. Charleroi, 4 octobre 1996<sup>1</sup>*

*Présentation:* Les dirigeants répondent des violations des statuts ou de la loi sur les sociétés, en vertu des articles 263, 408, alinéa 2, et 528 du Code des sociétés (art. 62, al. 2, 132 et 158, 2° L.C.S.C.). Leur responsabilité peut également être recherchée en application du droit commun de la responsabilité civile (art. 1382-1383 C. civ.).

*Sommaire:* La non-exécution partielle de projets de recapitalisation ne constitue pas une infraction à la loi sur les sociétés commerciales ni aux lois comptables ni aux statuts, et n'ouvre pas d'action en responsabilité sur la base de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. L'article 35, 2° de ces mêmes lois ne s'applique pas davantage, car il vise l'hypothèse où l'augmentation de capital a été effectivement réalisée.

*Parties:* S.A. Jerry & C° Franchising et Gaone c/ Divers

(...)

*Responsabilité personnelle des administrateurs*

Attendu que les franchisés recherchent en premier lieu la responsabilité solidaire des administrateurs de la S.A. Jerry & C° Franchising sur la base de l'article 62 des lois sur les sociétés commerciales au motif qu'ils n'auraient pas respecté les prescriptions des réviseurs, à savoir recapitaliser la S.A. Jerry & C° Franchising mais auraient détourné au profit d'une autre société les fonds initialement réservés à la recapitalisation;

<sup>1</sup>185.-1. Cette décision a été publiée dans *R.D.C.*, 1999, p. 283.

Attendu qu'ainsi que le relève le franchiseur, la non-exécution partielle des mesures de recapitalisation proposées, soit 20.000.000 F au lieu des 40.000.000 F annoncés à l'assemblée générale extraordinaire du 31 mai 1994, ne constitue pas une infraction aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ni aux lois comptables ni aux statuts et n'ouvre pas d'action en responsabilité sur la base de l'article 62, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales;

Que le fait pour certains administrateurs de constituer une nouvelle société ne peut être source de responsabilité solidaire pour tous les administrateurs de la S.A. Jerry & C° Franchising;

Que, par ailleurs, il échet d'observer que les franchisés ne démontrent pas le lien de causalité entre le défaut de recapitalisation à concurrence de 20.000.000 F et leur dommage;

Que l'article 35, 2°, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales aux termes duquel les administrateurs sont solidairement tenus, en cas d'augmentation de capital, de la partie du capital qui n'a pas été valablement souscrite ne trouve pas davantage à s'appliquer en l'espèce, cet article visant l'hypothèse où une augmentation de capital a été effectivement réalisée et non pas seulement projetée;

Attendu que les franchisés poursuivent en second lieu la responsabilité solidaire des administrateurs sur la base de l'article 1382 du Code civil;

Qu'il leur incombe de démontrer que les fautes invoquées sont imputables personnellement aux administrateurs contre lesquels l'action est intentée;

Que si les franchisés ont établi de manière certaine la responsabilité du franchiseur dans la rupture des relations contractuelles, force est de constater qu'ils restent en défaut de démontrer le manquement précis à ses obligations de prudence qu'aurait commis chacun des administrateurs;

Que, dès lors, la demande relative à la condamnation solidaire des administrateurs aux dommages et intérêts manque de fondement;

(...)

### 360. Responsabilité sur base de l'article 1382 du Code civil

N° 186. – Cass., 7 novembre 1997<sup>1</sup>

*Présentation:* L'assimilation des organes de gestion à des agents d'exécution conduit à envisager sous un autre jour la question de la responsabilité aquilienne des administrateurs et gérants envers les tiers.

*Sommaire:* Lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (art. 1382 et 1383 C. civ.).

*Parties:* Dehasse c/ Samkha

186.-1. Cette décision a été publiée dans *R.G.D.C.*, 1998, p. 153; *T.R.V.*, 1998, p. 284, note I. CLAEYS.

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

***OBSERVATIONS***

Voir ci-dessus, n° 115, le texte de l'arrêt et le commentaire de Michel COIPEL.