

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Observations sous Comm. Termonde 3 novembre 1997

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 1999, 'Observations sous Comm. Termonde 3 novembre 1997', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 200-202.

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.

DELVAUX, M., [La responsabilité des fondateurs d'une société coopérative]

DELVAUX, M., [La responsabilité des fondateurs d'une société coopérative] J.D.S.C. 1999, 200-202.

Sommaire

Non disponible

Mots-clés:

Responsabilité des fondateurs de la SC Patrimoine de la SC, généralités

Texte intégral

Observations sous Comm. Termonde 3/11/1997 [titre judit: Souscription minimale au capital et libération des apports]⁽¹⁾

M. Delvaux

A plusieurs reprises, la jurisprudence a retenu la responsabilité des fondateurs d'une S.C. sur pied de l'article 147ter, 1°, des L.C.S.C., ce qui implique qu'ils soient réputées souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par l'article 147bis, § 1^{er}, alinéa 2⁽²⁾. Cette sanction est inadéquate à divers titres. Tout d'abord, si l'on s'en tient au postulat du *continuum* de la société coopérative, il n'y a pas eu lors de l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991 de constitution d'une nouvelle société; on comprend donc mal en quoi l'article 147ter, 1°, pourrait trouver à s'appliquer au 1^{er} novembre 1993 aux sociétés coopératives préexistantes à cette loi. Ensuite, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par cet article puisse être appliquée aux sociétés constituées avant le 1^{er} novembre 1991.⁽³⁾ en effet, introduit par la loi du 20 juillet 1991, l'article 147ter, 1°, crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui elle aussi, est introduite par cette même loi. A l'époque de la fondation de la société, acte instantané, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au moment où ils ont fondé la société et la loi du 20 juillet 1991 n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expressément proclamée rétroactive, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.⁽⁴⁾ La doctrine s'est vigoureusement opposée à la mise en cause des fondateurs sur base de l'article 147ter, 1°. Cette sanction serait d'ailleurs à la source d'une grande insécurité juridique.⁽⁵⁾ les fondateurs ne pourraient en effet plus jamais être sûrs, au moment où ils créent la société, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui pèsent ou pèseront prochainement sur eux. En outre, tout fondateur est susceptible de quitter à tout moment la société; n'est-il pas absurde de le rendre responsable sur base d'une loi entrée en vigueur après qu'il ait quitté celle-ci?

La responsabilité des fondateurs ne peut raisonnablement être engagée sur la base susdécrite.

Pourrait-on considérer néanmoins que les fondateurs sont fautifs 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? Pour les motifs que l'on vient d'expliquer, on ne pourra appliquer la responsabilité visée à l'article 147ter, 4°.⁽⁶⁾ Par contre, l'invocation de l'article 1382 du Code civil est envisageable.⁽⁷⁾

Cependant, l'application du droit commun de la responsabilité civile exige d'établir un lien de causalité strict entre la sous-capitalisation et la faillite, ce qui est malaisé.⁽⁸⁾ Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite, indépendamment du faible montant de son capital initial. La charge de la preuve est donc plus lourde que si l'on avait pu mettre en œuvre l'article 147ter, 4°. L'intérêt de l'application du droit commun de la responsabilité réside notamment dans l'étendue du dommage réparable: contrairement à

l'article 147ter, 1°, qui limite strictement leur charge à la différence entre le capital minimum légalement exigé et le capital souscrit et contrairement à l'article 147ter, 4°, qui laisse au juge le pouvoir considérable de fixer la proportion du passif à leur imputer, les fondateurs seraient ici tenus de réparer l'intégralité du dommage, quelle que soit son importance.

- (1) Sur l'ensemble de cette problématique, 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, pp. 588 à 595 et spéc. pp. 593-594.
- (2) Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 5 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 642 et s.; Mons (1^{re} ch.), 1^{er} déc. 1997, *non publié*, R.G. 96/749 et 96/831, en cause J. Gorrebeeck c/ P.-H. Bataille et E. Simonetti c/ P.-H. Bataille, qui confirme Comm. Mons, 16 avr. 1996, également *non publié*; Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s., qui confirme Civ. Bruges, 28 févr. 1995, *non publié*, en cause Dekeyser c/ Staes et *alii*. L'arrêt de la cour d'appel de Gand, outre qu'il ne brille pas par sa rigueur juridique, est peu clair: en effet, au terme du dispositif, la cour semble retenir la responsabilité de l'assemblée générale (et donc des associés) sur base de l'article 147ter au motif que ce serait sur cet organe que repose l'obligation d'adapter les statuts sociétaires!!!
- (3) La décision rendue le 3 novembre 1997 par la troisième chambre du tribunal de commerce de Termonde ci-avant mentionnée expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147ter, 1°, aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991.
- (4) Aucune disposition transitoire de la loi du 20 juillet 1991 ne déroge à l'article 2 du Code civil en prévoyant une quelconque rétroactivité. Voir, dans ce sens, Cass. (vac.), 12 sept. 1940 (*Pas.*, 1940, pp. 215 et s.): «Attendu qu'aucune loi, fût-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur, à moins que, de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil». Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par Thimoty Verhoest (sous Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.): Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (S.P.R.L. et application de l'article 123, 7°, introduit par la loi du 4 août 1978); Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (S.A. et application de l'article 35, 6°, introduit par la loi du 4 août 1978).
- (5) Voir l'excellente étude de Thimoty Verhoest (*T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.) qui met en lumière les difficultés engendrées par une telle sanction extrême; voir également *Bilan*, n° 330, 22 oct. 1997, p. 5.
- (6) Hypothèse de la faillite dans les trois ans de la constitution de la société alors que la part fixe du capital social est manifestement insuffisante pour assurer l'exercice de l'activité projetée pendant deux ans; cette disposition a également été introduite dans les L.C.S.C. par la loi du 20 juillet 1991. Voir, en matière de S.A.: Civ. Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (spéc. p. 942); en matière de S.P.R.L.: Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, p. 30. A ce propos, on lira avec intérêt l'étude de A. Benoît-Moury, «10 ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. dr.*, 1991, pp. 63-68, ainsi que l'ouvrage de M. Coipel, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. not.*, liv. IV, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 118-120 et 152-156.
- (7) Voir Gand, 21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (preuve de la faute non apportée par le curateur); Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (et spéc. 944): «Er kan slechts sprake zijn van een fout in hoofde van de oprichters wanneer de ter beschikking gestelde middelen zo kennelijk ontoereikend zijn dat deze behoorden te weten dat de opgerichte vennootschap redelijkerwijze geen levenskansen had en dat zij haar verbintenissen niet zou nakomen.» Le tribunal de commerce de Charleroi a considéré, dans un jugement du 10 janvier 1979, que «constitue une faute, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, le fait d'entreprendre une activité commerciale sans moyens proportionnés à celle-ci. (Le fondateur) savait ou devait savoir que les obligations contractées ne pourraient être exécutées dans des conditions et délais raisonnables. Le risque dans la création d'une entreprise ne peut être admis que pour autant que ce risque soit supporté par l'entrepreneur et son éventuel bailleur de fonds et non reporté sur d'autres personnes. C'est l'absence de moyens proportionnés à l'activité envisagée qui constitue la faute (...)» (in *J.C.B.*, 1979, pp. 510 et s.). le tribunal de première instance de Bruges par conte, dans une espèce particulière jugée le 13 février 1984 (*Rev. prat. soc.*, 1984, pp. 198 et s. et spéc. p. 207), a refusé de retenir la responsabilité des fondateurs au motif qu'il n'était pas prouvé que, par la création d'une société dont ils auraient dû savoir immédiatement qu'elle serait un enfant mort-né, ils auraient témoigné d'un manque de sens des

responsabilités.

- ⁽⁸⁾ Selon la cour d'appel de Gand (21 avr. 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 943 à 945), le curateur qui veut mettre en cause la responsabilité des fondateurs sur base de l'article 1382 du Code civil doit prouver que la sous-capitalisation avait nécessairement comme conséquence que la société tomberait en faillite pour cette raison, avec les dommages corrélatifs pour la société et ses créanciers. C'est cette difficulté de prouver le lien causal entre la sous-capitalisation et la faillite, preuve nécessaire à la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil, qui a d'ailleurs conduit le législateur à adopter une disposition particulière en matière de responsabilité des fondateurs dans cette hypothèse.
-