

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La double responsabilité des fondateurs

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*  
J.D.S.C.

*Publication date:*  
2002

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2002, 'La double responsabilité des fondateurs: aperçu de quelques différences, note sous Comm. Namur (1ère ch.), 15 octobre 2001', *J.D.S.C.*, p. 154-156.

### 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.

défendeur).

- Selon le premier défendeur, la cessation d'activité intervient le 11 juillet 1991 (conclusions, p. 2).

### 3. Discussion

Attendu que la curatelle estime que la responsabilité des défendeurs est engagée; qu'elle poursuit leur condamnation solidaire, vu leurs fautes concurrentes, à couvrir une dette à l'égard de la TVA de 396.638 BEF;

Attendu que la société Bella Napoli a été constituée antérieurement à la loi du 20 juillet 1991;

Attendu que la responsabilité éventuelle des défendeurs en leur qualité de fondateurs doit être examinée sous l'angle de la responsabilité de droit commun prévue aux articles 1382 et 1383 du Code civil;

Attendu que la partie demanderesse doit prouver la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage;

Attendu qu'en l'espèce le montant du capital social (100.000 BEF) était manifestement insuffisant pour financer les actifs nécessaires à l'exploitation et s'acquitter des premières charges inhérentes à celle-ci, qu'il suffit de constater que la société a été incapable de remplir ses obligations à l'égard de la TVA dès le début de l'exploitation, privilégiant le paiement de ses fournisseurs;

Attendu qu'il apparaît en outre que la société a fonctionné sans accès à la profession, lequel a été refusé par décision ministérielle du 4 juin 1991 (pièce 3 du dossier du défendeur);

Attendu que le premier défendeur a agi avec légèreté coupable en acceptant de participer à la constitution d'une société avec des personnes qu'il prétend ne pas connaître dans le seul but d'apporter son accès à la profession de restaurateur; qu'il doit supporter les conséquences de son comportement irresponsable qui a contribué à la mise en place d'une entreprise sous-capitalisée et fonctionnant dans l'illégalité;

Attendu que le second défendeur s'en réfère à justice; que sa responsabilité en qualité de fondateur est également engagée pour les motifs exposés ci-dessus;

Attendu qu'il existe un lien de causalité entre les fautes commises par les défendeurs et le dommage; que chacune des fautes concurrentes des défendeurs a contribué à provoquer la totalité du dommage, de sorte que chacun de ceux-ci sera tenu de l'intégralité de la réparation;

Attendu qu'il est superflu d'examiner la responsabilité éventuelle des défendeurs en qualité de gérant et/ou d'associé, dès lors que l'action peut être accueillie sur base de la responsabilité de droit commun des fondateurs;

Attendu, quant aux dépens, que le curateur n'a pas droit à l'indemnité de procédure, n'étant pas assisté d'un avocat;

Vu la loi du 15 juin 1935;

(...)

Dispositif conforme aux motifs.

## OBSERVATIONS

### La double responsabilité des fondateurs: aperçu de quelques différences

La responsabilité de droit commun et les responsabilités particulières du droit des sociétés divergent sur plusieurs plans, brièvement rappelés ci-après.

1. **Quant à la mise en œuvre.** – La responsabilité aquilienne est plus délicate à établir que la responsabilité fondée sur les dispositions particulières du Code des sociétés. Elle nécessite en effet la triple preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité, tandis que les dispositions particulières au droit des sociétés allègent substantiellement la tâche du demandeur en réparation. En effet, dès que la violation des règles légales relatives à la constitution est établie, les fondateurs sont présumés irréfragablement être fautifs et le lien de causalité entre cette faute et le dommage ne doit pas être démontré.

L'engagement de la responsabilité aquilienne des fondateurs présente un intérêt particulier, comme c'est le cas en l'espèce, notamment dans l'hypothèse où la faillite d'une société intervient plus de trois ans après sa constitution; dans ce cadre en effet, il est hors de question de se fonder sur une responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant<sup>2</sup>.

2. **Quant à la sanction.** – D'une part, dans le cadre de la responsabilité aquilienne, l'intégralité du dommage subi doit être indemnisée, et ce conformément aux articles 1149 et suivants du Code civil. Par contre, les dispositions du Code des sociétés qui établissent les hypothèses particulières de responsabilité fixent souvent avec précision le dommage réparable, qui ne s'identifie pas nécessairement à la totalité du préjudice subi; et quand le *quantum* du dommage réparable n'est pas expressément fixé, le législateur laisse au juge un large pouvoir d'appréciation sur ce point.

D'autre part, et sauf preuve d'une faute commune ou de fautes concurrentes de plusieurs fondateurs (avec responsabilité solidaire ou *in solidum* à la clé), le droit commun conduit à une responsabilité individuelle de chaque fondateur intervenu dans la commission fautive du dommage<sup>3</sup>. Le Code des sociétés prévoit par contre la solidarité des fondateurs. Dans la décision commentée, le tribunal namurois a considéré qu'il y avait des **fautes concurrentes** des deux fondateurs, s'identifiant à la constitution d'une société sous-capitalisée et fonctionnant dans l'illégalité, avec la particularité que l'un a accepté de constituer une société sans connaître l'autre ni s'impliquer dans le développement de l'être moral ainsi créé.

On rappelle que les fautes concurrentes sont «des fautes différentes commises par plusieurs parties dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, mais qui toutes contribuent à créer le dommage, en sorte que, sans l'une de ces fautes, le dommage ne se serait pas produit»<sup>4</sup>, ou à tout le moins pas tel qu'il s'est produit effectivement.

Le raisonnement du juge appelé à qualifier de «fautes concurrentes» des comportements inadéquats constatés, doit s'opérer en plusieurs étapes; il lui appartient tout d'abord d'examiner précisément le comportement individuel de chaque intervenant et le lien de

2. Art. 229, 5° (SPRL – art. 123, al. 2, 7° L.C.S.), 405, 5° (SCRL – art. 147ter, al. 2, 4° L.C.S.) et 456, 4° (SA – art. 35, 6° L.C.S.) C. soc. L'importance de cette responsabilité, ainsi que son caractère particulier, doivent être soulignés. Sur cette question, voir notamment le Livre 10.1 du *Guide juridique de l'entreprise*, aux numéros 920 à 960, le Livre 1 du *Droit des sociétés commerciales*, 2° éd., 2002, aux numéros 920 à 960, et S. HUYSMAN, «Responsabilité des fondateurs pour cause de sous-capitalisation», *Bilan*, 1995, liv. 281, pp. 7-8.

3. Chacun n'est tenu que des conséquences préjudiciables de sa propre faute et la victime doit diviser son recours et ne réclamer à chaque responsable qu'une partie de son préjudice, même si elle met à la cause toutes les personnes concernées dans un seul et même procès.

4. P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Ed. Jeune Barreau, 1978, p. 26. Voir également J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence 1972 à 1978», *R.C.J.B.*, 1981, n° 66, p. 392; de façon générale, voir sur les notions de faute commune et faute concurrente, et la jurisprudence de la Cour de cassation, n° 66, pp. 391 et 392; voir aussi J.L. FAGNART et M. DENEVE, «La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1976 à 1984», *J.T.*, 1985, pp. 466-467, n° 27 (qui usent des termes «faute collective» en lieu et place de «faute commune») et la référence aux arrêts de la Cour de cassation rendus sur ce point.

causalité avec le dommage, avant de pouvoir apprécier si les diverses fautes relevées ont toutes contribué à produire le dommage tel qu'il s'est produit.

En l'espèce, il est acquis que sans l'accès à la profession de l'un des fondateurs, l'autre n'aurait jamais constitué la société. Inversement, sans l'apport financier de ce second fondateur, le premier n'aurait jamais constitué la société puisqu'il est intervenu dans les faits uniquement pour apporter son accès à la profession, sans s'intéresser davantage à la société elle-même. Il semble donc bien que les fautes puissent être qualifiées de concurrentes.

Malheureusement, on constate trop fréquemment dans la jurisprudence un abus du recours aux notions de faute commune et de fautes concurrentes, en vue de privilégier la victime des comportements fautifs en lui assurant une indemnisation solidaire de son dommage. Même s'il s'agit d'un travail fastidieux et parfois très complexe, il est essentiel de vérifier précisément en quoi tel comportement a conduit à la composition ou à l'aggravation du passif social, en opérant clairement l'individualisation de la responsabilité de chacun. Ainsi, si une partie n'est intervenue fautivement que pour aggraver un dommage préexistant, le juge ne pourra conclure à l'existence de fautes concurrentes, et cette personne ne pourra être tenue que de cette aggravation du dommage.

Au niveau de la contribution à la dette, et donc des rapports entre les deux fondateurs poursuivis, le tribunal namurois aurait pu éventuellement déterminer la part de responsabilité prise par chaque fondateur, et mettre à charge de l'un bien plus qu'à charge de l'autre. On croit comprendre qu'en l'espèce, les fondateurs ne l'ont pas invité à se prononcer sur ce point dans le cadre de leur défense.

A noter que l'action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil trouve un intérêt particulier non seulement dans l'hypothèse de la faillite d'une société intervenant plus de trois ans après sa constitution (voir *supra*), mais également dans l'hypothèse de la fondation d'une société avec un objet *civil*.

On signale enfin ici l'intéressante étude de Jeanine WINDEY parue dans la *Revue de droit commercial* de 2001 aux pages 294 à 328 et intitulée «Incidence du concordat et de la faillite sur les responsabilités des administrateurs et des fondateurs».

## 220. Importance du plan financier dans le cadre de la responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant

N° 400. – Liège, 4 avril 2000<sup>1</sup>

**Présentation:** Le plan financier est la justification précise et complète du montant mis à la disposition de la société pour entamer et développer son activité commerciale; la loi ne dispose pas que la preuve d'un capital proportionnel aux activités envisagées ne peut être rapportée que par le plan financier, et les fondateurs peuvent établir grâce à d'autres éléments le sérieux de leurs prévisions. Encore faut-il que les dirigeants mettent en œuvre adéquatement ce plan, gèrent correctement la société et ne dilapident pas le capital.

**Sommaire:** Le caractère manifestement insuffisant du capital social implique une im-

400.-1. Cette décision n'a pas été publiée au jour où nous écrivons; elle porte les numéros de R.G. 1997/1731 et 1998/46.