

enige jaarrekening werd neergelegd ... zodat op 4 maart 1997 de kwetsige vennootschap tenslotte werd ontbonden na een permanente inactiviteit vanaf het begin;

Aldus worden door verweerders betwist zowel de «schade» van eiser evenals de «fout» van verweerders in oorzakelijk verband met de door eiser geclaimde schade;

3.4. De vordering van eiser is gegrond;

De begragen in hoofdsom werden nooit op een valabele manier betwist;

Bij wet van 20 juli 1991 wordt gesteld dat het vast gedeelte van het maatschappelijk kapitaal van een c.v. niet lager mag zijn dan 750000 BEF, en dit vanaf 1 november 1993;

In casu hebben verweerders nagelaten de statuten aan te passen en het maatschappelijk kapitaal te verhogen;

Terecht stelt eiser dat de volstorting van het wettelijk vereiste minimumkapitaal de belastingsschuld kon worden voldaan;

Aldus zijn duidelijk bewezen de schade van eiser, evenals de fout van verweerders in oorzakelijk verband met deze schade;

Om die redenen :

De rechtbank,

Rechtdoende op tegenspraak (t.a.v. eerste en tweede verweerder) en als op tegenspraak (t.a.v. derde verweerder),

Alle andersluidende conclusies van de hand wijzend;

Verklaart de vordering van eiser ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt verweerders *in solidum* tot betaling aan eiser van het bedrag van

Note

Fondateurs, associés et gérants : distinguer les fonctions pour déterminer les responsabilités

1. Cette décision vient grossir les rangs de celles, publiées ou non, qui concernent les sociétés coopératives dont le capital est inférieur au minimum légal. Elle s'inscrit dans une controverse persistante, qui résulte certes de dispositions transitoires imprécises, mais également d'une tendance jurisprudentielle à faire davantage dépendre ses décisions du rôle concret des différents acteurs, que des responsabilités que la loi leur assigne.

Dans cette brève note, nous nous proposons d'exposer d'abord les faits qui ont donné lieu au jugement commenté (I), de rappeler les termes de la controverse (II) et les principes qui régissent cette

matière (III), pour apporter notre point de vue aux débats (IV) et revenir enfin au cas d'espèce (V).

On ne s'étonnera pas de la publication d'une décision relevant du droit des sociétés dans une revue consacrée au contentieux fiscal. Il est en effet devenu fréquent que l'administration, confrontée à l'insolvabilité d'une société, mette en cause la responsabilité de ses associés pour recouvrer (un substitut de) l'impôt dû.

I. Présentation

2. En avril 1991, les trois défendeurs fondent la société coopérative Sogut. A cette époque, la loi autorise la responsabilité limitée, mais n'impose ni la constitution par acte authentique, ni la souscription d'un capital minimum. Ainsi, l'acte constitutif, sous seing privé, prévoit la responsabilité limitée des associés. Le capital est fixé par les fondateurs à 30 000 BEF.

3. La société n'entreprend apparemment aucune activité commerciale. Deux événements viennent cependant troubler son paisible sommeil.

D'une part, une loi réformant le régime de la société coopérative est promulguée le 20 juillet 1991⁽¹⁾. Le capital fixe des sociétés coopératives à responsabilité limitée doit désormais atteindre un minimum de 750 000 BEF. Les augmentations de capital nécessaires sont à effectuer pour le 1^{er} novembre 1993 au plus tard.

D'autre part, au cours des années 1994 et 1995, divers impôts et amendes fiscales sont enrôlés au nom de la société. Au total, ils s'élèvent à 72 700 BEF au jour de la demande en justice. Autant dire qu'il s'avère illusoire de poursuivre le recouvrement à charge de la société, d'ailleurs mise en liquidation en mars 1997, en raison de son inactivité.

4. L'administration se retourne alors vers les trois défendeurs, en leur qualité de fondateurs de la société. Au terme d'une motivation succincte, le tribunal condamne les défendeurs au remboursement de la dette fiscale de la société.

II. Controverse

5. La protection des créanciers des nombreuses sociétés coopératives n'ayant pas adapté le montant de leur capital aux exigences de la loi de 1991 fait l'objet d'une controverse devenue classique en droit des sociétés.

⁽¹⁾ Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 1^{er} août 1991, pp. 16951 et s.

Un seul élément, sans doute, fait l'unanimité : les créanciers ne doivent pas supporter le risque d'insolvabilité de la société lié au fait que son capital est demeuré inférieur aux exigences légales minimales. Il en est d'autant plus ainsi, est-il permis de penser, lorsque la dette de la société est de nature extracontractuelle.

6. C'est au-delà que les avis divergent, même si les débats doctrinaux qui ont entouré la publication de nombreuses décisions ont déjà permis certaines clarifications.

Certains ont pu affirmer que, nonobstant la clause des statuts prévoyant la responsabilité limitée des associés, la société devenait à responsabilité illimitée, sous la forme soit d'une S.C.R.I.S.⁽²⁾ ⁽³⁾ (aujourd'hui S.C.R.I.⁽⁴⁾), soit d'une S.N.C.⁽⁵⁾, en vertu de la théorie des cadres légaux obligatoires qui avait cours jusqu'en 1995⁽⁶⁾.

D'autres ont retenu la responsabilité des fondateurs de la société (fondée, par hypothèse, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1991)⁽⁷⁾, sur la base de l'article 147^{ter}, 1^o, L.C.S.C.⁽⁸⁾, devenu l'article 405, 1^o, C. soc.

Enfin, les administrateurs ou gérants de la société n'ont pas été épargnés. Nombreux sont ceux qui voulaient leur faire porter la responsabilité, pour faute de gestion, pour violation de la loi ou des statuts⁽⁹⁾, pour faute grave et caractérisée⁽¹⁰⁾, ou encore pour faute aquilienne.

III. Principes

7. Mais qui donc, des associés, fondateurs et gérants, est responsable de l'insuffisance du capital? C'est ici qu'il est utile de distinguer clairement les rôles, pour préciser ensuite l'ampleur de la responsabilité de chacun.

8. Les fondateurs fondent la société. Ils veillent à la régularité formelle de la société au moment de sa constitution et rédigent le plan financier (art. 391 C. soc.). Ils vérifient la réalité des apports et comparaissent à l'acte constitutif (art. 401 C. soc.).

L'article 405 du Code des sociétés détermine en conséquence leur responsabilité : ils supportent les conséquences du non-respect des règles de souscription (1^o), de libération (2^o) et d'effectivité du capital (4^o), ainsi que de la nullité de la société (3^o) et d'une faillite résultant de l'insuffisance manifeste du capital (5^o).

Une fois la société créée, les fondateurs n'ont, comme tels, aucun pouvoir dans les organes sociaux et perdent totalement la maîtrise de la société⁽¹¹⁾. On ne retient leur identité qu'en vue d'une mise en cause éventuelle de leur responsabilité. Il s'agit en quelque sorte d'une «survie passive» des fondateurs, similaire à la «survie passive» d'une société qui continue d'exister pendant cinq années à dater de la clôture de sa liquidation, mais uniquement pour lui permettre de se défendre contre d'éventuelles actions de ses créanciers⁽¹²⁾.

⁽²⁾ Société coopérative à responsabilité illimitée et solidaire (art. 141, §2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales – ci-après L.C.S.C. – abrogées par la loi du 7 mai 1999).

⁽³⁾ H. DU FAUX, «Société coopérative à responsabilité limitée constituée avant la loi du 20 juillet 1991 – *Quid* en cas d'absence de mise en concordance des statuts avec la loi dans le délai prescrit expirant le 31 octobre 1993?», *Rev. not. b.*, 1993, pp. 62-67; H. DU FAUX, «Over het statuut van de voor de wet van 20 juli 1991 opgerichte 'c.v.b.a.'s : verduidelijking van een stelling», *T.R.V.*, 1998, pp. 154-156; Comm. Liège, 27 mars 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 608 et Civ. Dinant, 4 mars 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 609. *Contra* : 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. 589; H.-P. LEMAITRE, «A propos des coopératives...», *J.T.*, 1994, p. 165; T. VERHOEST, note sous Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 175; Liège (7^e ch.), 28 avril. 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 818-820.

⁽⁴⁾ Société coopérative à responsabilité illimitée (art. 2, §2, du Code des sociétés, ci-après C. soc.).

⁽⁵⁾ Société en nom collectif (art. 2, §2, C. soc.).

⁽⁶⁾ H. LAGA, «De cooperatieve vennootschap en de wetten van 20 juli 1991 en 29 juni 1993 – Overgangsrecht, kapitaalvermindering, kapitaalverhoging door incorporatie van reserves en alarmbelprocedure», *T.R.V.*, 1993, p. 500. La théorie des cadres légaux obligatoires prévoyait, jusqu'à la réforme du droit des sociétés de 1995, que les sociétés commerciales entachées d'irrégularités étaient obligatoirement considérées comme des sociétés en nom collectif, ce qui impliquait notamment une responsabilité solidaire de tous les associés.

⁽⁷⁾ Comm. Charleroi (1^e ch.), 5 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 642. *Contra* : Comm. Termonde, 3 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, pp. 610-612.

⁽⁸⁾ Il faut souligner que cet article a lui-même été introduit dans les L.C.S.C. par la loi du 20 juillet 1991.

⁽⁹⁾ H.-P. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 166; H. LAGA, *op. cit.*, pp. 498-502; Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, pp. 172-177, note T. VERHOEST; Liège, 18 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1071-1073.

⁽¹⁰⁾ Comm. Liège, 13 févr. 1996, *R.D.C.*, 1998, pp. 606-607.

⁽¹¹⁾ Comp. T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid op basis van een wettelijke bepaling die nog niet van kracht was op het moment van de oprichting?», note sous Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 408.

⁽¹²⁾ Voy. Cass., 22 mars 1962, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, obs. J. RENAULD; Cass., 17 juillet 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1134.

9. Une société coopérative est gérée par un administrateur, un gérant ou un conseil d'administration. Cet organe est chargé d'accomplir tous les actes utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception des actes réservés à l'assemblée générale des associés. Il prend ainsi les décisions de gestion, représente la société à l'égard des tiers, arrête les comptes, convoque l'assemblée générale, etc.

De nouveau, les dispositions relatives à la responsabilité tiennent compte de ces pouvoirs. Les articles 408 et 409 définissent les responsabilités, dont l'ampleur varie en fonction de la gravité de la faute : faute de gestion, infraction à la loi et aux statuts, faute grave et caractérisée. «Ceux qui administrent la société» ont également des responsabilités particulières en ce qui concerne les quasi-apports et les variations du capital pendant la vie de la société (art. 424 et 406 C.soc.).

10. Les associés ont engagé leurs fonds dans l'aventure sociale. Ils l'ont fait dans les conditions indiquées dans les statuts et en sachant que leur responsabilité serait limitée à leurs apports. Aujourd'hui, on reconnaît que ces derniers doivent atteindre un montant minimal, dans un souci de protection des tiers. Le montant de la part fixe du capital ne peut être augmenté que par l'organe représentant, au sein de la société, la collectivité des associés, soit l'assemblée générale⁽¹³⁾, dans les conditions requises pour la modification des statuts.

IV. Application des principes

11. Ces précisions permettent de mieux comprendre les solutions apportées aux questions soulevées dans la controverse relative à la non-adaptation des statuts aux conditions fixées par la loi de 1991. Nous prenons comme hypothèse le cas d'une société constituée régulièrement avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 1991, et dont les statuts n'ont pas été adaptés avant le terme de la période

transitoire de deux ans (s'achevant le 1^{er} novembre 1993).

A. Responsabilité des fondateurs

12. La responsabilité des fondateurs ne peut être engagée⁽¹⁴⁾. C'est au moment de la constitution de la société qu'ils sont responsables de la souscription et de la libération du capital, ainsi que de son caractère suffisant.

Par la suite, ils n'ont plus, en tant que tels, de pouvoir dans la société. Il ne leur revient pas d'exercer sur elle un quelconque contrôle. Ils ne peuvent être tenus si, ultérieurement, la loi vient à changer, ou si le capital de la société devient inférieur au minimum légal.

Les arguments juridiques ne manquent pas pour soutenir cette affirmation. Plusieurs juges ont relevé à juste titre que retenir la responsabilité des fondateurs dans le cas des coopératives non adaptées reviendrait à conférer une portée rétroactive à une loi de responsabilité⁽¹⁵⁾, ce qui se conçoit mal dans notre système juridique⁽¹⁶⁾. L'insécurité juridique que cette solution engendrerait pour les fondateurs a également fait l'objet de critiques justifiées⁽¹⁷⁾. L'insertion de l'article 405 dans le chapitre relatif à la constitution de la S.C.R.L. appuie encore cette position.

13. Cette solution est valable autant pour les responsabilités particulières prévues par l'article 405 du Code des sociétés que pour la responsabilité générale de l'article 1382 du Code civil, si la faute que l'on retient découle de la non-adaptation des statuts aux exigences de la loi nouvelle. Comment pourrait-on reprocher aux fondateurs de n'avoir pas adopté un comportement prudent et diligent, alors qu'ils n'existaient que «passivement» et n'avaient plus aucun rôle à jouer dans la société⁽¹⁸⁾? Ils n'ont à proprement parler aucun comportement à adopter puisque, comme tels, ils n'existent plus.

⁽¹³⁾ Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s., qui en déduit toutefois une responsabilité des associés sur la base de l'article 147^{ter} L.C.S.C. Cet article ne vise que les fondateurs et, en cas d'augmentation de capital, «ceux qui gèrent la société».

⁽¹⁴⁾ Comm. Termonde, 3 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, pp. 610-612; Civ. Bruxelles (32^e ch.), 13 décembre 2001, *Etat belge (finances) c. C., D. et H.*, inédit, R.G. n° 99/12.314/A. *Contra* : Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 5 sept. 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 642.

⁽¹⁵⁾ Comm. Termonde, 3 nov. 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 610 et s.; Bruxelles (9^e ch.), 19 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 880, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1360 et s. En doctrine, voy. T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 406 et s. et M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 593.

⁽¹⁶⁾ Cass. (vac.), 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 215.

⁽¹⁷⁾ T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 408; M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 594.

⁽¹⁸⁾ Voy, dans un sens proche, Bruxelles (9^e ch.), 19 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 880, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1360 et s. : «Qu'il doit en être d'autant plus ainsi (absence de responsabilité) lorsque, comme en l'espèce, la participation du fondateur à la vie de la société s'est limitée à l'acte de constitution de celle-ci et qu'il n'était pas en son pouvoir d'obtenir la mise en conformité du capital par rapport aux exigences de la nouvelle loi».

Autre chose est, bien entendu, d'avoir fondé une société avec un capital qui, dès le départ, s'avérerait insuffisant (au sens de l'article 147^{ter}, 4^o, L.C.S.C. ou 405, 5^o, C. soc.) pour assurer la viabilité de la société⁽¹⁹⁾, indépendamment de toute exigence de capital minimum prévue par une loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la fondation. Cette opération s'analysait, avant 1991, comme un manquement à l'obligation générale de prudence (1382 C. civ.).

B. Responsabilité de l'organe de gestion ou de ses membres

14. Les administrateurs ou les gérants sont les mieux informés de la vie de la société, de sa situation financière et de son environnement juridique. Ils ne sont cependant pas habilités à augmenter la part fixe du capital d'une société coopérative⁽²⁰⁾.

Il est donc de leur devoir de convoquer l'assemblée générale⁽²¹⁾, afin de lui proposer d'augmenter le capital de la société pour qu'elle se conforme à la loi nouvelle. S'en abstenir, c'est commettre une faute de gestion (art. 408, al. 1^{er}, C. soc.)⁽²²⁾, mais aussi violer la loi (art. 408, al. 2 C. soc.)⁽²³⁾ si l'on considère que la loi de 1991 imposait aux administrateurs de convoquer l'assemblée générale. Certes, elle ne l'indique pas explicitement, mais certainement de manière implicite. A cet égard, on se souviendra que seuls la société ou certains associés minoritaires (art. 416 C. soc.) peuvent invoquer la faute de gestion, alors que la violation de la loi ouvre une action à tout tiers intéressé. Dans ce der-

nier cas, les administrateurs sont condamnés solidairement.

15. Certains considèrent également que l'absence de convocation de l'assemblée générale constitue une faute grave et caractérisée des administrateurs ou gérants, qui a contribué à la faillite de la société⁽²⁴⁾. On ne peut retenir cette faute que dans les sociétés dont l'activité commerciale atteint une certaine importance (art. 409, al. 2 C. soc.). Ce type de responsabilité offre au juge la possibilité de moduler la sanction des administrateurs fautifs, ce qui n'est sans doute pas la moindre cause de son apparition dans la jurisprudence.

16. Enfin, l'administrateur qui s'abstient de convoquer l'assemblée générale adopte un comportement soit imprudent, soit contraire à une norme impérative de droit positif, ce qui constitue, dans les deux cas, une faute aquilienne⁽²⁵⁾. On pourrait aussi reprocher aux administrateurs de gérer une société sous-capitalisée ou de contracter avec des tiers en sachant que le capital social est inférieur au minimum légal⁽²⁶⁾. Ces fautes obligent leurs auteurs à la réparation intégrale du dommage qui en a découlé pour les tiers. Les coauteurs sont condamnés *in solidum*. La faute ne sera retenue que dans le chef des administrateurs en fonction à l'expiration du délai de mise en conformité ou postérieurement⁽²⁷⁾.

17. Dans une société anonyme, on pourrait invoquer l'article 610 du Code des sociétés, en vertu duquel les administrateurs sont réputés souscripteurs de plein droit de la différence entre le capital

(19) T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 408.

(20) F. HELLEMANS, «De aanpassing van het kapitaal van een n.v. aan de nieuwe minimumvereisten : wie doet wat?», *T.R.V.*, 1996, p. 191. Cet auteur s'exprime à propos d'une S.A., mais la conséquence reste identique : les administrateurs ne sont responsables que s'ils n'ont pas convoqué l'assemblée générale.

(21) Qui ne se réunit pas sans convocation.

(22) H. LAGA, *op. cit.*, p. 499; Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, pp. 172-177, note T. VERHOEST. La responsabilité pour faute de gestion ne peut pas être invoquée par les tiers. Elle est donc de peu d'utilité dans la problématique qui nous occupe.

(23) En ce sens, M. GRÉGOIRE, «Quelques dispositions de droit transitoire et quelques problèmes posés à la pratique dans la loi du 20 juillet 1991», in *Réforme du droit des sociétés – Les lois des 18 et 20 juillet 1991 – Pratique notariale et formules d'actes*, Bruxelles, Bruylant, Louvain-la-Neuve, Academia, 1992, p. 142; T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 408; T. VERHOEST, note sous Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 176; M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 591 et s.; H.-P. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 166; Liège, 18 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1071-1073; Comm. Gand, 13 sept. 2001, *T.G.R.*, 2001, pp. 344-346.

(24) Comm. Liège, 13 févr. 1996, *R.D.C.*, 1998, pp. 606 et s., réformé par Liège, 18 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 1071-1073.

(25) H. LAGA, *op. cit.*, p. 499; T. VERHOEST, note sous Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 176; T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 408; M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 592.

(26) Voy. M. GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 142; T. VERHOEST, «Oprichtersaansprakelijkheid...», *T.R.V.*, 1997, p. 408; M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 592. Comme le montre l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 18 nov. 1997 (précité), la question du lien causal entre la faute et le dommage peut ici causer une difficulté particulière, lorsque la situation de la société était déjà «définitivement compromise» avant le 1^{er} novembre 1993. Cette décision retient comme faute de l'appelante «l'absence de mise en concordance des statuts avec la loi», sans préciser si c'est cette faute est commise en qualité d'associé majoritaire ou de gérant unique de la société. Dans les deux cas, cette qualification de la faute nous paraît contestable, s'il n'y a pas eu de convocation d'une assemblée générale.

(27) Comm. Anvers (11^e ch.), 9 nov. 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 190; Civ. Hasselt (5^e ch.), 18 décembre 1995, *T.R.V.*, 1996, pp. 188 et s. (à propos d'une S.P.R.L.).

minimum et le montant du capital social. Etrangement, cette responsabilité n'existe, dans les S.C.R.L., qu'« en cas d'augmentation de capital »⁽²⁸⁾. On a pu souligner la singularité de cette règle dans le cadre du droit transitoire des sociétés coopératives, car les administrateurs qui avaient déjà provoqué une augmentation de capital (néanmoins insuffisante) étaient en moins bonne posture que ceux qui n'en avaient rien fait⁽²⁹⁾. En réalité, sans même s'attacher aux règles transitoires, on ne comprend pas bien d'où vient cette différence entre S.A. et S.C.R.L., qui n'existait pas dans les L.C.S.C.⁽³⁰⁾

C. Responsabilité des associés

18. Aucun article du Code des sociétés n'institue une responsabilité particulière pour les associés, en cas de souscription du capital inférieure au minimum légal. Bien sûr, c'est aux associés souscripteurs qu'il revient de libérer leur apport promis à la souscription lorsque celui-ci a été appelé par l'organe de gestion.

Comme chacun, les associés sont soumis à l'article 1382 du Code civil, qui leur impose notamment de réparer les conséquences dommageables qui résultent de la violation de règles impératives. La loi de 1991 n'impose qu'implicitement aux administrateurs de convoquer l'assemblée générale chargée d'augmenter le capital. *A fortiori*, il est clair qu'elle n'impose pas aux associés d'exiger du conseil d'administration qu'il convoque une assemblée générale. Il n'y a pas, dans ce cas, de violation d'une règle impérative.

Cependant, on peut se demander si tout associé normalement prudent et diligent d'une société coopérative ne doit pas prendre l'initiative de provoquer la convocation d'une assemblée générale lorsqu'il constate que le capital fixe de sa société est inférieur au minimum fixé par la loi. La faute résulterait alors d'un manquement à l'obligation générale de prudence, plutôt que de la violation d'une loi impérative. Sauf circonstance particulière⁽³¹⁾, nous ne le pensons pas⁽³²⁾. De nombreuses sociétés

coopératives rassemblent en effet d'innombrables associés qui ne sont pas au fait de la situation comptable de la société. On voit mal comment on pourrait reprocher à tout coopérateur de ne pas examiner s'il y a lieu de convoquer une assemblée générale chaque fois que la réglementation change.

19. Par contre, la loi de 1991 impose certainement aux associés de régulariser la situation du capital de la société s'ils sont dans la possibilité d'agir, c'est-à-dire s'ils sont convoqués en assemblée. Ils ont le choix, dans ce cas, entre l'augmentation de capital, la transformation et la dissolution de la société. Refuser chacune des trois solutions constitue une faute quasi-délictuelle, qui oblige ses auteurs – les associés – à la réparation du dommage qu'elle cause⁽³³⁾.

V. Application dans la présente espèce

20. On peut d'abord regretter du jugement annoté qu'il opère une certaine confusion entre les fondateurs et les associés. Il est vrai qu'en l'espèce, il s'agissait apparemment des mêmes personnes.

L'administration fiscale demandait la condamnation des défendeurs en tant que fondateurs de la société. Le juge leur reproche de n'avoir pas adapté les statuts, ce qui relève de l'assemblée générale, donc des associés convoqués par l'organe de gestion, et certainement pas des fondateurs.

Le jugement n'indique aucune base légale à la décision. On peut cependant comprendre que c'est une faute aquilienne qu'on reproche aux défendeurs. Cette faute consisterait à n'avoir pas augmenté le montant du capital en temps utile. Dans la mesure où l'augmentation de capital requise aurait permis de désintéresser le créancier fiscal, le juge constate l'existence d'un dommage et d'un lien causal entre la faute et le dommage, et condamne *in solidum* les trois associés.

21. Cette décision est compréhensible si l'on considère les faits. La coopérative ne comprenait que trois associés, dont les parts étaient, bien entendu,

(28) Article 424 C. soc. J. VAN BAEL, «De wet op de coöperatieve vennootschappen», in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Anvers, Maklu, 1992, p. 404; M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 592; Civ. Bruxelles (32^e ch.), 13 décembre 2001, *Etat belge (finances) c. C., D. et H.*, inédit, R.G. n° 99/12.314/A; comp. Liège (7^e ch.), 30 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1340.

(29) M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 592.

(30) Voy. les articles 35, 123 et 147^{ter} L.C.S.C.

(31) M.-A. DELVAUX estime qu'il faut vérifier si les associés sont «des personnes compétentes, bien au fait des obligations légales s'imposant aux sociétés» (*op. cit.*, p. 594). Cette position nous paraît sévère, en ce qu'elle ne tient pas compte du rôle de l'associé dans la société en question.

(32) En ce sens, Comm. Bruges (sect. Ostende), 10 oct. 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 172, et note T. VERHOEST, spéc. p. 174.

(33) M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 594.

nominatives. L'insuffisance énorme du capital, l'absence d'activité de la société et la mince ampleur de la dette fiscale rendaient le lien causal évident.

22. En droit, la décision nous semble davantage discutable. Reprocher aux associés de ne pas demander la convocation d'une assemblée générale nous semble déjà trop rigoureux. Mais même à supposer qu'ils aient cette obligation, ils ne sont pas obligés de procéder à une augmentation de capital. Ils auraient également pu décider de dissoudre la société, et c'eût été probablement le cas en l'espèce, puisque la société était inactive et qu'elle a été dissoute en 1997. Cela signifie que les associés ne sont pas automatiquement responsables de n'avoir pas augmenté le capital.

Raisonnablement, seule la responsabilité du gérant, pour absence de convocation de l'assemblée, aurait dû être retenue. On n'aurait pas pu, cependant, reprocher au seul gérant de ne pas avoir augmenté le capital.

La conséquence de ce dernier point est immédiate en ce qui concerne le dommage. Vu les différentes possibilités de régularisation offertes à l'assemblée, tout au plus aurait-on pu décider que le fisc perdait une chance (minime, en l'espèce) de voir le capital augmenté et, partant, de recouvrer sa créance...

Dans une espèce similaire en de nombreux points à la présente affaire, le tribunal civil de Bruxelles, basant son raisonnement sur les principes en matière de réparation du dommage, a rejeté l'action de l'Etat pour absence de preuve du préjudice réellement subi ⁽³⁴⁾.

*
* *

23. En conclusion, on ne peut qu'attirer l'attention sur la nécessité de distinguer clairement les différentes fonctions des organes sociaux et de rappeler les responsabilités qui incombent à ces organes et à ceux qui les composent. Dans un second temps, on évaluera *in concreto* le comportement des acteurs.

Souvent, la jurisprudence citée, même lorsqu'elle va dans le sens que nous préconisons, a tendance à s'attacher aux personnes et à leur rôle effectif, sans distinguer de manière suffisamment précise les fonctions définies légalement et les responsabilités corrélatives ⁽³⁵⁾. On peut y voir une manière de juger plus proche de la vie réelle que de l'abstraction des textes. Certes, on n'est responsable que dans la mesure de son pouvoir. Mais faut-il considérer le pouvoir réel ou le pouvoir formellement attribué?

Henri CULOT ⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ Civ. Bruxelles (32^e ch.), 13 décembre 2001, *Etat belge (finances) c. C., D. et H.*, inédit, R.G., n° 99/12.314/A. En raison du caractère inédit de la décision, nous reproduisons ci-après ses attendus les plus novateurs :

«L'indemnité réclamée correspondant au montant de la créance du demandeur, il y a lieu de considérer que le dommage invoqué consiste dans la perte de cette créance.

Le dommage subi par le demandeur du fait de l'abstention fautive d'appliquer les prescriptions légales en matière de souscription et de libération de capital ne diffère pas du dommage subi de ce fait par l'ensemble des créanciers de la société. Le dommage dont le demandeur peut poursuivre la réparation ne saurait excéder ce qu'il aurait pu recouvrer si les défendeurs n'avaient pas commis la faute qui leur est reprochée, soit le montant qu'il pourrait obtenir en sa qualité de créancier dans une situation de concours dans laquelle la masse mettrait en œuvre ses droits à l'encontre des défendeurs.

Pour déterminer ce montant, il faudrait disposer d'un tableau du passif de la société, mis en rapport avec la consistance active de son patrimoine, y compris les éventuels droits de la masse basés sur la responsabilité des fondateurs et des administrateurs. Faute de cela, ni l'existence ni l'étendue du dommage subi par le demandeur ne sont susceptibles d'être établies. Seule la mise en œuvre d'un concours organisé, tel que la loi le prévoit en matière de faillite, permettrait de déterminer l'étendue des droits du demandeur compte tenu des caractéristiques de sa propre créance et des droits des autres créanciers.

Faute de dommage établi et en l'absence de solidarité s'attachant à la créance elle-même du demandeur, la solidarité prévue par la loi ne portant que sur les dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions des lois coordonnées, la demande est dénuée de fondement en tant qu'elle se base sur les articles 62 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et 1382 et 1383 du Code civil».

⁽³⁵⁾ A l'inverse, voy. Civ. Bruxelles (32^e ch.), 13 décembre 2001, *Etat belge (finances) c. C., D. et H.*, inédit, R.G., n° 99/12.314/A.

⁽³⁶⁾ Assistant à l'U.C.L., avocat au barreau de Bruxelles.