

L'Amendement^(*)

Pas de délai d'attente pour la démission des fondateurs d'une SRL ou d'une SC

Henri Culot^(**)

1. Modification proposée

À l'article 5:154, § 1, alinéa 2 du Code des sociétés et des associations (CSA), le 1° serait abrogé. En conséquence, cet alinéa 2 se lirait comme suit :

“§ 1. Les statuts peuvent prévoir que les actionnaires ont le droit de démissionner de la société à charge de son patrimoine.

Les statuts règlent les modalités de cette démission, étant entendu que :

1° [abrogé] ~~nonobstant toute disposition statutaire contraire, la démission des fondateurs n'est autorisée qu'à partir du troisième exercice suivant la constitution;~~

2° sauf disposition statutaire contraire, les actionnaires ne peuvent démissionner que pendant les six premiers mois de l'exercice social;

3° sauf disposition statutaire contraire, un actionnaire démissionne pour l'ensemble de ses actions, qui seront annulées;

4° sauf disposition statutaire contraire, la démission prend effet le dernier jour du sixième mois de l'exercice, et la valeur de la part de retrait doit être payée au plus tard dans le mois qui suit;

5° sauf disposition statutaire contraire, le montant de la part de retrait pour les actions pour lesquelles l'actionnaire concerné demande sa démission est équivalent au montant réellement libéré et non encore remboursé pour ces actions sans cependant être supérieur au montant de la valeur d'actif net de ces actions telle qu'elle résulte des derniers comptes annuels approuvés;

6° le montant auquel l'actionnaire a droit à la démission est une distribution telle que visée aux articles 5:142 et 5:143.”

L'article 6:120 serait modifié de manière similaire.

2. Justification

L'article 5:154, § 1, alinéa 2, 1° et l'article 6:120, § 1, alinéa 2, 1° du Code des sociétés et des associations sont des dispositions impératives qui interdisent aux fondateurs d'une SRL ou d'une SC de démissionner de la société (à charge du patrimoine social) avant le troisième exercice qui suit la constitution de la société⁽¹⁾.

Dans l'avant-projet de Code des sociétés et des associations, l'interdiction de démissionner avant le troisième exercice s'appliquait à tous les actionnaires de la SRL et de la SC. Un amendement déposé au cours de la procédure parlementaire a limité le champ d'application de cette règle aux fondateurs⁽²⁾.

* Modifications législatives proposées par l'auteur.

** Professeur à l'UCLouvain, avocat au barreau de Bruxelles.

1. H. DE WULF et M. WYCKAERT, “Effecten bij BV, NV en CV : categorieën, soorten, overdracht, uitgifte en inkoop”, M. WYCKAERT et H. DE WULF (ed.), *Het WVV doorgelicht*, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 143.

2. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, amendement n° 249 de M. Verherstraeten et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 106.

L'exposé des motifs justifie cette règle par référence à la responsabilité des fondateurs⁽³⁾ : il ne serait pas opportun qu'une démission puisse intervenir pendant la période au cours de laquelle une faillite de la société serait susceptible - à certaines conditions - d'entraîner la responsabilité des fondateurs.

Cette période d'attente ne devrait pas être imposée, d'une part parce qu'elle est en réalité sans lien avec la responsabilité des fondateurs et d'autre part, parce qu'elle n'est pas cohérente avec d'autres règles du Code des sociétés et des associations.

2.1. Responsabilité des fondateurs

Les fondateurs endossent la responsabilité d'une série de manquements qui peuvent être commis à l'occasion de la constitution de la société (art. 5:15, 5:16, 6:16 et 6:17). La plupart de ces responsabilités ne sont pas limitées à une période de trois ans, mais perdurent jusqu'à l'écoulement du délai de prescription.

Une de ces responsabilités - celle qui est implicitement visée par les travaux préparatoires et qui est aussi la plus souvent invoquée dans la pratique - est liée à l'insuffisance manifeste des capitaux propres de départ (art. 5:16, 2° et 6:17, 2°). Si la société est déclarée en faillite dans les trois ans de l'acquisition de la personnalité juridique et que, lors de sa constitution, ses capitaux propres étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de ses activités pendant deux ans, les fondateurs peuvent être déclarés responsables à concurrence, au maximum, de l'insuffisance de l'actif.

Cette responsabilité ne concerne que les fondateurs. Selon les articles 5:11, alinéa 2 et 6:12, alinéa 2 du CSA, les comparants à l'acte constitutif sont en principe considérés comme les fondateurs, sauf s'il a été fait usage de l'exception prévue par ces articles pour exonérer certains d'entre eux de cette qualité et des responsabilités corrélatives⁽⁴⁾. Une fois acquise, la qualité de fondateur ne se perd pas si le fondateur (qui est aussi un actionnaire au moment de la consti-

tution) perd la qualité d'actionnaire, pour quelque cause que ce soit. Le risque de responsabilité subsiste même s'il n'est plus actionnaire de la société⁽⁵⁾.

La responsabilité découle de l'insuffisance manifeste des capitaux propres de départ au moment de la constitution de la société. Il s'agit donc d'une appréciation *ex ante*⁽⁶⁾, qui ne dépend pas des fluctuations postérieures des fonds propres, ni des actes de gestion, plus ou moins heureux, qui ont émaillé la vie de la société⁽⁷⁾, encore moins des décisions que les actionnaires auraient pu prendre au sein de l'assemblée générale. On enseigne en effet, de manière unanime, que toute appréciation *a posteriori* de l'insuffisance des capitaux propres est proscrite⁽⁸⁾ : le juge doit se replacer au moment de la constitution pour apprécier cette insuffisance manifeste et le plan financier rédigé par les fondateurs doit l'y aider.

En d'autres termes, que l'actionnaire-fondateur reste dans la société ou qu'il la quitte n'a aucune incidence sur sa responsabilité pour insuffisance manifeste des capitaux propres de départ, ni *ratione personae* (qualité de fondateur), ni quant au fait générateur (insuffisance des capitaux propres au moment de la constitution).

Enfin, le délai d'attente de la démission n'est pas aligné sur celui de la responsabilité des fondateurs. À supposer que les autres conditions soient réalisées, les fondateurs peuvent être déclarés responsables si la société est déclarée en faillite dans les trois ans à compter du jour où elle a acquis la personnalité juridique⁽⁹⁾, par dépôt au greffe d'un extrait de son acte constitutif. L'interdiction de démission, quant à elle, cesse à partir du troisième exercice de la société, c'est-à-dire qu'elle s'applique pendant les deux premiers exercices. Le premier exercice peut être aussi bref que quelques jours et doit être inférieur à deux ans (typiquement, il dure depuis la date de la constitution jusqu'au premier ou second 31 décembre qui suit), et le deuxième exercice dure une année entière. L'interdiction de démissionner s'applique donc pendant une grande partie du délai pendant lequel la faillite de la société est susceptible d'entraî-

-
3. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 186. Aussi D. BRULOOT, E. CALLENS et L. DE MEULEMEESTER, "Over de scheidingslijn tussen CV en BV, met bijzondere aandacht voor statutaire bepalingen inzake toetreding, interne reglementen, uitsluiting en uittreding", *Vlanot Jaarboek 2021*, 3e éd., Bruxelles, Intersentia, 2022, p. 367.
 4. A. JANSEN et W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?", *RPS-TRV*, 2020, p. 453.
 5. J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 820; A. JANSEN et W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?", *RPS-TRV*, 2020, p. 453.
 6. A. JANSEN et W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?", *RPS-TRV*, 2020, p. 460.
 7. Anvers, 28 novembre 2019, *JDSA*, 2021, p. 144, *Limb. Rechtsl.*, 2020, p. 204; Liège, 20 décembre 2016, *DAOR*, 2017/124, p. 64; Liège, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 820.
 8. J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés*, 5e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 490 et la jurisprudence citée à la note 2159.
 9. A. JANSEN et W. DAVID, "Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ?", *RPS-TRV*, 2020, p. 456.

ner la responsabilité des fondateurs, mais elle cesse de s'appliquer avant la fin de ce délai.

2.2. Incohérence avec d'autres dispositions

Même si la responsabilité des fondateurs n'est pas liée à leur maintien comme actionnaires de la société pendant trois ans, on pourrait se dire qu'il est néanmoins opportun que les fondateurs restent dans la société pendant ses deux premiers exercices.

Si tel est le cas, il faudrait alors aussi rendre incensibles les actions que les fondateurs ont obtenues lors de la constitution. Or, aucune règle de ce type n'existe dans le CSA. Sauf disposition statutaire ou contractuelle contraire, les fondateurs peuvent céder leurs actions dès le moment où ils les acquièrent et, ainsi, quitter la société qu'ils ont contribué à créer. Comme déjà précisé, ceci ne les exonère pas de la responsabilité des fondateurs. De même, l'interdiction de démissionner avant le troisième exercice ne s'accompagne pas d'une interdiction similaire, pour la société, d'exclure les fondateurs pendant la même période (art. 5:155 et 6:123)⁽¹⁰⁾. Or, si vraiment la présence des fondateurs était indispensable à la réussite de la société, le souci de l'intérêt social devrait aussi conduire à interdire aux autres actionnaires d'exclure les fondateurs de la société. Enfin, le délai d'attente ne s'applique pas non plus en cas de démission de plein droit (art. 5:156, § 1, alinéa 1 et 6:121, alinéa 1)⁽¹¹⁾, en cas de perte de qualité (art. 5:156, § 2 et 6:122, alinéa 1) ni en cas de retrait judiciaire (art. 2:68). L'interdiction de démissionner à charge du patrimoine social pendant les deux premiers exercices apparaît ainsi comme un mécanisme isolé et incohérent.

On pourrait imaginer que ce soit plutôt la diminution des capitaux propres qu'entraîne une démission qu'il faudrait éviter pendant les deux premiers exercices. Cependant, ici aussi, une telle diminution n'est aucunement interdite si elle résulte de l'application d'autres mécanismes. En particulier, une distribution, tant des bénéfices réalisés que des apports disponibles, est possible pendant cette période, pour autant que le double test l'autorise (art. 5:142, 5:143, 6:115 et 6:116). Le même double test s'applique au paiement de sa part de retrait à l'actionnaire démissionnaire, ce qui se comprend parfaitement dès lors qu'il s'agit d'un paiement analogue à une distribution;

ce double test devrait également s'appliquer en cas de suppression du délai d'attente pour la démission. Sous cet angle, il n'est pas cohérent, en revanche, d'accepter une distribution mais pas une démission. Il en va d'autant plus ainsi que la démission d'un simple actionnaire n'est pas interdite, contrairement à celle d'un fondateur. Or, du point de vue des capitaux propres, les deux démissions ont un effet identique. À nouveau, on peut dire la même chose de l'exclusion et de la démission de plein droit, qui sont autorisées dès la constitution alors qu'elles ont le même effet sur les fonds propres que la démission.

2.3. Considération finale

En définitive, on ne comprend guère le but poursuivi par les dispositions impératives qu'il est suggéré d'abroger. En principe, une règle impérative sert à protéger des intérêts privés. Mais lesquels, en l'espèce : ceux de la société, des autres actionnaires, des créanciers ?

On ne l'aperçoit pas clairement et, quel que soit l'angle sous lequel on considère la question, on remarque que ce qui est ici interdit est par ailleurs autorisé dans des circonstances et avec des effets très similaires. En présence de situations similaires que la loi traite de manière opposée, sans justification rationnelle et raisonnable, le danger d'une discrimination est patent. Autant corriger cette anomalie de notre droit des sociétés avant la saisine de la Cour constitutionnelle.

10. C. VAN DER ELST, "De invloed van het nieuwe WvV op het vermogen, de aandelenstructuur en de aandelenoverdracht van en bij nieuwe BV's : een empirisch onderzoek", *RPS-TRV*, 2020, p. 352.

11. C. VAN DER ELST, "De invloed van het nieuwe WvV op het vermogen, de aandelenstructuur en de aandelenoverdracht van en bij nieuwe BV's : een empirisch onderzoek", *RPS-TRV*, 2020, p. 352.