

Par application de l'article 33, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive,

Le tribunal,

Ordonne l'arrestation immédiate du [deuxième] condamné,

Sur l'arrestation immédiate,

Ouï le ministère public et ses réquisitions tendant à obtenir l'arrestation immédiate du [quatrième] condamné ;

Ouï ce condamné en ses moyens de défense ;

Attendu que ce condamné ne comparaît pas ;

Attendu qu'il est justifié de craindre que le condamné tente de se soustraire à l'exécution de sa peine ;

Par application de l'article 33, § 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive,

Le tribunal,

Ordonne l'arrestation immédiate du [quatrième] condamné,

Observations. — *Affectio societatis*, esprit de lucre et libération du capital : deux conceptions de la société ?

SECTION 1. — RÉSUMÉ DE LA DÉCISION

1. — Dans son jugement du 25 janvier 2012, le tribunal correctionnel de Bruxelles examine la licéité d'une activité de « constitution-vente » de sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL) mise en place par quatre prévenus.

Les prévenus étaient poursuivis pour faux, usage de faux et abus de bien sociaux. On leur reprochait d'avoir :

- (i) rédigé ou fait rédiger de faux actes constitutifs et procès-verbaux d'assemblées générales de SPRL, en ce que ces actes mentionnent, en qualité de fondateurs ou de gérants, trois des quatre prévenus qui ne faisaient en réalité que prêter leur identité et n'avaient aucune intention de réaliser un objet social déterminé ni d'exercer réellement les fonctions qui leur incombaient et,
- (ii) retiré le montant libéré du capital minimum, qui était auparavant bloqué sur le compte bancaire spécial d'une SPRL en formation, avant de céder les parts de cette SPRL et de

constituer une nouvelle SPRL en apportant les fonds ainsi retirés de la première.

2. — En substance, le *modus operandi* des prévenus se schématise en quatre phases successives :

- (i) constitution d'une société A par deux fondateurs nommés gérants et libération minimale du montant du capital sur un compte spécial au nom de la société en formation A, mais avec, dès ce moment, l'intention de céder les parts de la société à un tiers-acquéreur B ;
- (ii) après paiement des honoraires du notaire, retrait en espèces du solde du compte bancaire de la société A et inscription dans les comptes de la société A d'un compte courant au nom du gérant ;
- (iii) cession de 100 % des parts de la société A au tiers-acquéreur B via un intermédiaire (un des prévenus) muni d'une procuration, démission du gérant et nomination d'un nouveau gérant, déplacement du siège social, modification de l'objet social et de la dénomination sociale ;
- (iv) constitution d'une nouvelle société C au moyen des fonds retirés du compte de la société A.

3. — Ce schéma aurait été répété plusieurs centaines de fois, quoique le jugement ne se focalise que sur le cas de quatre SPRL.

De cette manière, les prévenus constituent des SPRL en ne respectant que formellement les dispositions du Code des sociétés. Ils vendent ensuite ces sociétés à des tiers qui acquièrent certes une société « *prête à l'emploi* », évitant l'accomplissement des formalités de constitution et la responsabilité des fondateurs, mais qui obtiennent une société fragilisée par le manque de liquidités. En l'espèce, les quatre SPRL en question ont été déclarées en faillite dans les trois à quatre ans suivant leur constitution.

Le tribunal de première instance de Bruxelles juge que les actes constitutifs des quatre sociétés visées étaient des actes simulés, dans la mesure où les prévenus ont déguisé « *la vérité en faisant croire que les fondateurs qui y apparaissent sont animés de l'intention de poursuivre un objet social bien déterminé, alors que leur unique but est de 'fabriquer' un produit destiné à être vendu* ».

Les prévenus, selon le tribunal, n'ont pas respecté la *ratio legis* du droit des sociétés en constituant les sociétés et en les vendant à des tiers-acquéreurs comme de simples « *marchandises* ». Ils ont

« gravement porté atteinte aux règles de fonctionnement les plus élémentaires de la société et du monde des affaires ». Le tribunal souligne qu'en agissant de la sorte, les prévenus ont constitué les sociétés sans *affectio societatis* ni esprit de lucre.

De plus, le tribunal considère que le fait d'avoir retiré la quasi-totalité du montant du capital libéré du compte spécial des sociétés quelques jours après leur constitution et avant leur cession constitue un abus de biens sociaux et a « pour conséquence de mettre la personne morale dans l'absolue impossibilité de fonctionner puisqu'elle ne dispose plus de quelconque moyens financiers ».

4. — Le jugement a fait l'objet d'un appel.

SECTION 2. — OBJET DES PRÉSENTES OBSERVATIONS

5. — Ces observations ont pour objet d'examiner certains aspects de la décision au regard des règles du droit des sociétés. En particulier, on a saisi l'occasion de dire quelques mots, sans prétendre à une quelconque exhaustivité, au sujet de l'*affectio societatis*, de l'esprit de lucre et du capital social, au départ des considérations avancées par le tribunal. On utilisera les règles applicables aux SPRL, puisque la cause concerne de telles sociétés.

L'intention n'est pas d'examiner la décision au regard des règles du droit pénal, qui sont celles que le tribunal applique, même s'il s'est préalablement « interrog[é] sur la compatibilité du système mis en place par les prévenus avec les règles qui régissent le droit des sociétés ».

6. — La Cour de cassation a consacré, depuis de nombreuses années, le principe de l'autonomie (parfois qualifiée de fonctionnelle ou conceptuelle) de la loi pénale, selon lequel « même au civil, le juge pénal peut statuer en se fondant sur des concepts empruntés d'autres branches du droit sans être tenu de donner à ceux-ci le sens spécifique qu'ils ont au regard de ces autres branches du droit et de les utiliser de la manière dont ils sont réglés par ces autres branches du droit »(1).

(1) Cass., 27 mars 1995, R.G. n° P.94.0135.N, *Pas.*, 1995, I, n° 170, pp. 362-363. Voy. aussi cass., 22 avril 2008, R.G. n° P.08.0087.N, *Pas.*, 2008, n° 243, p. 982 ; *T. Straf.*, 2009, p. 16 ; cass., 31 octobre 2006, P.06.928.N, *Pas.*, 2006, n° 531, p. 2231 ; cass., 25 février 1997, R.G. n° P.95.1308.N, *Pas.*, 1997, I, n° 107, p. 281 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge, I. La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2007, spécialement pp. 109 et sq. ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE,

Ce principe se traduit par une liberté du juge pénal d'interpréter les concepts provenant d'autres branches du droit (par exemple le droit des sociétés) autrement qu'on les interprète dans leur discipline d'origine.

Il n'est donc pas étonnant que, sur certains points, le juge pénal aboutisse à une conclusion divergeant de celle du spécialiste du droit des sociétés.

SECTION 3. — L'*AFFECTIO SOCIETATIS* ET LE BUT DE LUCRE
COMME CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ

7. — Pour retenir l'infraction de faux et d'usage de faux, le tribunal considère que les SPRL en question n'existent pas et n'ont jamais existé.

La description des faits laisse cependant paraître que, formellement au moins, les formalités de constitution avaient été accomplies. C'est sans doute la raison pour laquelle le tribunal parle d'actes « *simulés* ». La décision déduit cette « *simulation* » de l'inexistence d'une *affectio societatis* et d'un but de lucre des associés, tout en reconnaissant cependant que l'absence d'*affectio societatis* n'est pas, en soi, une cause de nullité de la société.

8. — A cet égard, le jugement commenté est loin d'être isolé, même si l'étude de la jurisprudence révèle des contrastes(2).

Il se situe dans une lignée de décisions qui considèrent la société comme nulle, inexistante, simulée ou fictive pour l'application de règles se situant en dehors du droit des sociétés, par exemple en droit fiscal, en droit des sûretés, des saisies ou de l'insolvabilité(3), en droit du bail(4), ou même en droit de la responsabilité(5).

La question s'est posée dans des cas où les propriétaires souhaitant vendre un bien immobilier l'apportaient à une société, puis

Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, 9^e éd., Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 142-144. Spécialement en matière de faux en écritures, cass. (ch. réun.), 23 décembre 1998, R.G. n° A.94.0001.F, *Pas.*, 1998, I, n° 534, p. 1256.

(2) Sur la fictivité des personnes morales, en général, v. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 509-518.

(3) Cass., 19 mars 2004, R.G. n° C.03.0114.F, *Pas.*, 2004, n° 157, p. 476 ; Liège, 12 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, 17 ; Anvers, 14 mars 1983, *Revue*, 1983, n° 6248, p. 308, obs.

(4) V. l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2001, R.G. n° C.00.0231.F, *Pas.*, 2001, n° 183, p. 529, *J.L.M.B.*, 2001, p. 806.

(5) Cass. fr. (com), 4 juin 2002, n° 98-21405.

vendaient les parts de la société à l'acquéreur. Cette technique en deux étapes peut parfois réduire le montant des droits d'enregistrement. Certaines décisions de jurisprudence voient là une société fictive, qui peut être considérée comme inexistante pour ce qui concerne la perception des droits d'enregistrement(6). D'autres, au contraire, tiennent compte de l'existence de la société(7). Dans les deux cas, les circonstances de fait paraissent avoir une incidence prépondérante.

On a vu aussi des sociétés considérées comme inexistantes lorsqu'elles avaient été constituées pour faire échapper des biens à une saisie(8).

Une originalité de la décision commentée est que le débat se situe sur un plan exclusivement pénal, c'est-à-dire que n'apparaissent pas, derrière les poursuites du ministère public, des parties civiles clairement identifiées tels le fisc ou un créancier saisissant.

9. — Comment analyser la situation du point de vue du droit des sociétés ?

L'article 227 du Code des sociétés énonce les causes de nullité des SPRL de manière limitative(9), et l'absence d'*affectio societatis* ou de but de lucre n'y figure pas.

Cet article provient de la transposition de la première directive, qui énonce les cas dans lesquels le droit national peut prévoir la nullité des sociétés à responsabilité limitée, et ajoute *in fine* qu'« *en dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité* »(10).

(6) Civ. Hasselt, 3 janvier 2001, *T. Not.*, 2001, p. 333, note F. BOUCKAERT.

(7) Civ. Bruxelles, 15 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 66 ; civ. Bruxelles, 15 septembre 1995, *Rec. gén. enr. not.*, 1996, p. 53 confirmé par Bruxelles, 1^{er} décembre 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, p. 251.

(8) Liège, 12 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 17.

(9) Outre le texte législatif, cette opinion est unanime en jurisprudence (à la suite de C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec.*, 1990, p. I-4135) et en doctrine (entre autres G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 40, p. 140 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 777, p. 481 ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, n° 367, p. 202).

(10) Art. 11, alinéa 2, de la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58

Le principe d'interprétation conforme⁽¹¹⁾ de la loi nationale devrait donc conduire à envisager de manière restrictive non seulement la nullité au sens strict, mais aussi les mécanismes juridiques qui s'y apparentent, dont l'inexistence ou la « *simulation* » en ce qu'elle conduit à considérer la société comme nulle ou inexistante.

10. — Cependant, la société est, au départ, « *constituée par un contrat* » (art. 1^{er} du Code des sociétés)⁽¹²⁾. Ce n'est qu'une fois ce contrat formé que peuvent être accomplies les formalités de nature à conférer la personnalité morale à la société, à savoir essentiellement le dépôt au greffe d'un extrait de l'acte constitutif (art. 2, § 4, du Code des sociétés).

Le contrat de société se distingue donc de la personne morale, ne serait que parce que, entre la signature de l'acte constitutif et le dépôt au greffe, la société existe sans être dotée de la personnalité morale.

11. — L'importance de l'existence de la personne morale pour les tiers a, comme on l'a dit, conduit le législateur (européen) à limiter les cas de nullité de la personne morale.

En ce qui concerne le contrat de société, les causes de nullité sont celles du droit commun des contrats, étant entendu que les engagements des associés sont considérés individuellement, quoiqu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité limitée, la nullité de l'engagement d'un associé n'entraîne pas la nullité de celui des autres.

Dans la plupart des cas, ceci permet à la personne morale de « *survivre* » à la nullité de l'engagement d'un associé, et la responsabilité des fondateurs est prévue pour compenser l'apport qui fait alors défaut (art. 229, 1^o, du Code des sociétés).

12. — La nullité de la personne morale et celle de la souscription de chaque associé sont donc, en principe, dissociées.

deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.C.E.*, L 65, 14 mars 1968, pp. 8-12.

(11) J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, n^o 136, pp. 234-236 et les références citées.

(12) La SPRL unipersonnelle constitue une exception à cette règle : le contrat est alors remplacé par une déclaration unilatérale de volonté mais qui, comme le contrat de société, implique d'affecter des apports à l'exercice d'une activité économique.

Cependant, elles se rejoignent dans le cas où aucun fondateur n'est valablement engagé(13). La personne morale peut alors être annulée (art. 227, 4°, du Code des sociétés)(14).

Or, le consentement des parties, qui inclut à tout le moins l'expression de la volonté de s'engager par contrat, est une condition essentielle de la naissance de ce dernier, ainsi que de l'engagement de chaque associé.

Le jugement annoté considère implicitement qu'aucun des fondateurs n'avait la volonté de conclure un contrat de société. Il n'y avait en effet pas d'autre fondateur que les prévenus, et il semble établi qu'ils étaient tous conscients du mécanisme auquel ils participaient.

13. — À ce stade du raisonnement, on se trouve donc bien dans une hypothèse où la société aurait pu être annulée, au regard du droit des sociétés.

Mais encore faut-il constater qu'une société nulle n'est pas une société inexistante(15). La société doit donc, en principe, être tenue pour existante tant qu'elle n'a pas été annulée par le juge compétent, dès lors que la nullité d'une société ne peut résulter que d'une décision de justice (art. 172 du Code des sociétés). La nullité étant d'ordre privé, le juge ne peut être saisi que par les personnes dont le consentement était vicié (ou inexistant), et non par le ministère public. Or aucune d'entre elles n'invoquait la nullité de la société.

Ajoutons que l'annulation d'une SPRL n'a pas d'effet rétroactif et qu'elle est donc en principe régularisable. Certains admettent que ceci vaut aussi pour la nullité résultant du non-respect du nombre minimum d'associés(16). Or à supposer que les fon-

(13) J. MALHERBE *et al.*, *op. cit.*, n° 448, p. 232 ; G. RAUCQ et P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, n° 45, pp. 143-144 ; V. SIMONART, *op. cit.*, p. 516.

(14) Le Code de commerce français exprime cette règle plus explicitement : « [L]a nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs » (art. L235-1) ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, t. 2, 20^e éd., Paris, L.G.D.J., 2011, n° 1072, p. 66 ; Cass. fr. (com.), 20 juin 1989, *Bull.*, 1989, IV, n° 199, p. 133.

(15) Cass. fr. (com.), 16 juin 1992, *Bull.*, 1992, IV, n° 243, p. 169. Sur la (quasi-)disparition du concept d'inexistence en droit belge, v. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, nos 626 et 630, pp. 948 et 951-954 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, nos 320-321, pp. 290-292.

(16) M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 174, p. 132. Sans se prononcer explicitement sur la question, H. BRAECKMANS et R. HOUBEN (*op. cit.*, n° 371, p. 203-204) ainsi que J. MALHERBE *et al.* (*op. cit.*, n° 476, p. 251), estiment la

dateurs n'aient pas eu l'intention de former une société ou qu'ils n'aient pas été animés de l'*affectio societatis*, tel n'était fort probablement pas le cas des acquéreurs des parts qui, eux, avaient réellement l'intention d'exercer une activité économique en société. En conséquence, la société avait été (implicitement) régularisée quelque temps après sa constitution (à la supposer viciée).

Statuant au pénal, le tribunal prend donc à titre préalable une décision qu'il n'aurait vraisemblablement pas pu prendre au civil, sauf peut-être par application du principe *Fraus omnia corrumpit*(17), étant entendu que la conclusion d'un contrat de société sans réelle intention n'est pas, en soi, constitutif de fraude(18).

En réalité, c'est surtout l'autonomie du droit pénal qui permet ici d'expliquer la décision.

14. — En toute hypothèse, la question se pose de savoir s'il fallait, même dans le raisonnement choisi par le Tribunal, mobiliser les notions d'*affectio societatis* et de but de lucre.

Elles ont fait couler beaucoup d'encre, et l'unanimité n'existe pas sur leur portée.

Pour certains, l'*affectio societatis* n'est rien d'autre que la volonté de faire partie d'une société, et de subir les obligations qui en découlent tout en jouissant des droits qu'elle procure. De ce point de vue, l'*affectio societatis* ne diffère guère du consentement au contrat ; elle « synthétise [...] les conditions d'existence et les caractéristiques d'un contrat de société »(19).

D'autres sont plus ambitieux à son sujet : pour eux l'expression signifie que le contrat de société est marqué par une collaboration (plutôt qu'une opposition) des parties et par l'idée d'égalité(20).

régularisation possible pour tous les vices de forme et de fond. *Contra*, en ce qui concerne le cas où un seul associé est valablement engagé (à une époque où la SPRLU n'existait pas), L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Revue*, 1974, n° 5812, p. 224.

(17) Plaidant pour l'application de ce principe dans des cas similaires, X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) — Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 423-425, n° 9.

(18) Corr. Bruxelles, 19 décembre 1980, *Revue*, 1981, n° 6124, p. 53 ; J. MALHERBE et al., *op. cit.*, n° 759, p. 468.

(19) Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 214 et les références citées. Dans le même sens, H. BRAECKMANS et R. HOUTBEN, *op. cit.*, n° 5, p. 6.

(20) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial belge*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 336 et sq., pp. 235 et sq.

Certains l'utilisent pour préciser la portée de certaines règles ou d'obligations des associés, de sorte que l'*affectio societatis* se mue alors en « *norme de comportement des actionnaires correctrice du principe majoritaire* »(21), notamment dans le cadre des actions en dissolution, exclusion ou retrait.

Enfin, certains vont jusqu'à en faire un élément constitutif (distinct des autres) du contrat de société(22).

Quoiqu'il en soit, plutôt que de s'engager dans le maniement d'une notion si délicate, il eût été plus aisé, dans la perspective choisie par le tribunal, de vérifier simplement si les prévenus avaient, ou non, la volonté de conclure entre eux un contrat de société. Le défaut d'une telle volonté rend nul l'engagement de la partie concernée et, toujours dans cette perspective, la société peut être annulée (ou être considérée comme inexistante pour l'application de règles étrangères au droit des sociétés) si aucune partie n'est valablement engagée.

15. — Envisagé comme condition d'existence de la société, on peut dire du but de lucre plus ou moins la même chose que de l'*affectio societatis*.

Il figure très clairement à l'article 1^{er} du Code des sociétés, comme un élément du contrat de société : « *Une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect* ».

Il serait inexact d'affirmer qu'en l'espèce, les prévenus n'étaient animés d'aucun but de lucre. D'une certaine manière, il leur est d'ailleurs reproché de s'être indûment enrichis sur le dos de victimes suffisamment naïves pour acheter au prix fort des parts d'une société qui ne valait plus ou moins rien.

Mais dans l'esprit du Code, c'est en exerçant une activité *par l'intermédiaire* de la société que les associés s'enrichissent, non en commercialisant *la société elle-même*.

Ici, l'enrichissement des prévenus ne venait pas de l'activité de la société, mais de l'activité de constitution de sociétés et de

(21) Y. DE CORDT, *op. cit.* p. 214.

(22) Pour un résumé de la jurisprudence en matière d'*affectio societatis*, X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) — Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 420-425, n° 9.

vente des parts. La société n'était pas la structure de développement de l'activité, mais elle devenait le produit de l'activité, d'où le reproche de l'avoir considérée comme une simple marchandise.

Un but de lucre était présent, mais pas celui requis pour la formation d'un contrat de société.

SECTION 4. — LE CAPITAL SOCIAL ET L'IMPORTANCE DE SA VALEUR FONCTIONNELLE

16. — La notion de capital est centrale dans la vie des sociétés commerciales. Les faits à la base de la décision commentée en constituent une nouvelle preuve.

La doctrine juridique considère que le capital social a essentiellement deux fonctions(23).

D'une part, en tant que « *gage commun des créanciers sociaux* », il joue un rôle de protection des intérêts des créanciers.

D'autre part, il permet de répartir, tout au long de la vie de la société, les droits politiques et financiers des associés entre eux, ainsi que leurs obligations vis-à-vis de la société elle-même.

Mais, le capital, considéré économiquement « *comme l'ensemble des biens et ressources qui sont la propriété de l'entreprise et dont celle-ci dispose pour financer son activité* »(24), joue un troisième rôle, non négligeable, rappelé par le tribunal, à savoir donner à la société fraîchement constituée les moyens pour fonctionner, et donc assurer sa viabilité.

Ces fonctions du capital social ont été rappelées par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 mars 2001 : « *l'apport d'un élément de patrimoine entièrement libéré dans une société commerciale implique que cet élément soit mis à la disponibilité immédiate de la*

(23) M. WYCKAERT, « Le capital et ses restructurations », *J.T.*, 2011, p. 205 ; H. CULOT et P.-Y. THOUMSIN, « Contrôle du capital : une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, p. 93 ; S. GILCART et C. BROCAL, *Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL, Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., p. 47 ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *op. cit.*, n° 984 et *sq.*, pp. 533-537 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2003, n°s 1907 et *sq.*, pp. 130 et *sq.* ; E. WYMEERSCH, « Het statutaire kapitaal van de vennootschappen », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 913-935.

(24) T. DELVAUX, « Le capital en droit des sociétés, notions et constitution », in *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Bruxelles, La Chartre, 2003, p. 513.

société afin que celle-ci réalise son but et qu'il soit maintenu dans la société en tant qu'élément du capital social, pour la valeur qui lui a été attribuée, aux fins de participer aux risques de l'entreprise et à la formation du gage des créanciers »(25).

17. — Le système institué par les prévenus et l'utilisation qu'ils font du capital contrevient à sa raison d'être, puisque les SPRL constituées et vendues n'ont pratiquement plus de liquidités pour développer leur objet social. Ainsi, le capital souscrit par les prévenus n'est, *a priori*, pas suffisant pour exercer une activité (§ 1) et est fictif ou dépourvu de valeur fonctionnelle (§ 2).

§ 1. — *Capital insuffisant pour exercer une activité*

18. — Si l'exigence d'un capital minimum de l'article 214 du Code des sociétés est, à chaque constitution, bien rencontrée, celle d'un capital suffisant imposée par l'article 229, 5°, du même Code n'est peut-être pas respectée.

Le sort réservé au capital dans l'activité de « *constitution-vente* » des prévenus fait qu'une SPRL constituée par ce système ne peut être considérée comme dotée d'« *une structure financière* » permettant la viabilité de la société pendant deux ans au moins »(26).

En effet, au moment de la constitution des sociétés et avant leur cession, leur structure financière était déjà précaire. A la suite du retrait de la quasi-totalité du capital minimum libéré (retrait qui était prévu dès avant la constitution), les sociétés n'avaient quasiment plus de valeurs disponibles mais seulement une créance en compte courant contre un (ancien) associé ou gérant, qui n'avait guère l'intention de rembourser son « *emprunt* ».

Sous réserve d'une analyse du plan financier, ceci pourrait attester du caractère manifestement insuffisant des capitaux apportés par les fondateurs pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

Comme l'a souligné la cour d'appel de Bruxelles, « *une première exigence lors de la constitution d'une société commerciale est qu'elle*

(25) Cass., 29 mars 2001, R.G. n° C.00.0231.F, *Pas.*, 2001, n° 183, p. 529, *J.L.M.B.*, 2001, p. 806.

(26) M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 35-2, p. 202.

soit viable, trop de faillites étant le résultat d'une structure financière trop précaire »(27).

Dans ce contexte, la responsabilité solidaire des fondateurs peut être engagée sur la base de l'article 229, 5°, du Code des sociétés, ou de l'article 1382 du Code civil.

19. — Paradoxalement, le fait que, parmi les quatre SPRL, certaines présentaient, au jour de leur faillite, un passif d'une centaine de milliers d'euros dont une grande partie correspondait à des dettes à l'égard de l'ONSS, pourrait venir alléger la responsabilité des fondateurs. Car une telle dette n'a pas pu naître entre la constitution de la SPRL et la cession des parts. Les difficultés des sociétés avaient donc, très probablement, d'autres causes que la sous-capitalisation. Cette dernière, qui s'apprécie au regard de l'activité que les fondateurs avaient projeté d'exercer, peut être difficile à établir dans un contexte où, précisément, les fondateurs n'entendaient pas exercer d'activité.

Mais, par ailleurs, le mécanisme de constitution mis en place par les prévenus permettait aux acheteurs d'échapper à la responsabilité des fondateurs, ce qui — comme le relève le tribunal — ne les a sans doute pas incités à la prudence.

§ 2. — *Capital fictif ou dépourvu de valeur fonctionnelle*

20. — Dans le système instauré par les prévenus, la souscription et la libération du capital ne servent qu'à respecter formellement les règles de constitution des SPRL. Le capital ne représente qu'une formalité imposée par l'activité des prévenus, qu'un « *ticket d'entrée* »(28) *low cost* permettant de créer rapidement des sociétés. Les opérations de souscription et de libération du capital ne sont pas posées dans l'intérêt de la société, qui ne peut l'utiliser pour lancer son activité.

Cette manière de procéder va à l'encontre de la fonction économique du capital.

Se pose aussi la question de la validité et de la réalité de la souscription ou de l'engagement des fondateurs. Si, en l'espèce,

(27) Bruxelles, 20 décembre 1983, *R.D.C.B.*, 1984, p. 527.

(28) Expression empruntée à M. COIPEL (*op. cit.*, n° 36, p. 210).

la souscription est immédiate et intégrale, on peut en revanche douter de son caractère inconditionnel (pure et simple), réel et sérieux. En effet, connaissant l'activité de « *constitution-vente* » répétée à maintes reprises par les prévenus, on comprend que, dans leur esprit, la souscription était subordonnée à la reprise presque immédiate des fonds libérés sur le compte spécial des sociétés en formation, en vue de l'accomplissement des formalités de constitution d'autres sociétés. Dans ce contexte, la souscription et la libération ne peuvent remplir leur fonction, dans la mesure où la somme apportée ne séjourne que temporairement sur le compte des SPRL, sans être remplacée par un actif consistant.

C'est ce que la jurisprudence a parfois appelé « *un simulacre de souscription* » ou encore une « *tromperie puisque les tiers sont induits en erreur quant à la solvabilité de la société dont l'actif s'avère inexistant* »(29). Le capital ne joue plus son rôle, et devient purement formel ou procédural.

À ce sujet, N. FADEL RAAD enseigne que la fictivité de l'apport « *réside dans la non mise en commun d'aucune valeur susceptible d'accroître le fond social, ce qui implique l'absence d'intention de courir les risques de perte inhérente à toute entreprise* »(30).

21. — Demeure la difficulté, que la motivation du jugement ne parvienne pas à résoudre totalement, que si le système dans sa globalité, ainsi que son application à des centaines de sociétés, sont sujets à critique, aucun des mécanismes utilisés par les prévenus n'est formellement contraire aux règles du droit des sociétés.

En particulier, il n'est pas interdit aux (futurs) associés de s'engager à céder les parts de la société lorsqu'elle sera constituée, d'autant qu'en l'espèce, tous les associés cédaient leurs parts simultanément et, par conséquent, agréaient (implicitement) la cession (art. 249, al. 1^{er}, C. soc.)(31).

De même, le gérant peut utiliser l'argent de la société, y compris le montant des apports, dès l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique. Que la société lui consente un prêt à cette

(29) Liège, 21 juin 2007, *Revue*, 2009, n° 6995, p. 240, *J.L.M.B.*, 2009, p. 292.

(30) N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1991, n° 156, p. 150 se référant à P. PIC, *Traité des sociétés commerciales*, 2^e éd., t. 1, n° 41.

(31) En ce sens, même si l'agrément est en principe de la compétence de l'assemblée générale, Comm. Huy, 22 janvier 2003, *Revue*, 2003, n° 6895, p. 328, obs.

occasion n'est pas interdit en soi, étant entendu qu'il n'est pas dérogé aux règles généralement applicables — dont l'obligation d'agir dans l'intérêt social — et que s'appliquent les sanctions classiques en cas de violation.

SECTION 5. — SYNTHÈSE : DEUX CONCEPTIONS DE LA SOCIÉTÉ ?

22. — Un lien unit les conceptions du tribunal sur les trois thèmes que nous avons choisi de commenter (*affectio societatis*, but de lucre et capital).

Même si l'expression aurait pu être plus explicite, le jugement retient une conception très matérielle de la société. Il part de l'idée que la société est d'abord le projet d'exercer en commun une activité lucrative, au moyen d'apports des associés, et que l'acquisition de la personnalité juridique est conditionnée à l'existence de ce projet. Pour le tribunal, le législateur n'accorde pas la faveur de la personnalité juridique (et, de surcroît, de la responsabilité limitée) à quiconque remplit des conditions formelles comme la rédaction d'un acte constitutif et le dépôt d'un extrait au greffe. Il ne l'accorde que dans un but précis, celui de l'exercice, au travers de cette structure, d'une activité économique lucrative.

Au risque de caricaturer un peu, le tribunal a en vue la société du « *petit commerçant* », exerçant avec sa famille ou quelques partenaires une activité commerciale de vente ou de prestation de services. Il n'accepte pas la création de personnes morales sans projet économique sous-jacent⁽³²⁾. La société est le support juridique de l'entreprise, mais l'entreprise est primordiale : elle seule justifie la création d'une société, de sorte qu'elle devient une condition d'existence de celle-ci.

23. — Cette conception s'oppose à une autre, plus formelle, qui considère la société comme un simple regroupement de capitaux au sein d'une personne morale.

Dans cette conception, l'existence d'associés entretenant des liens (contractuels) réciproques, et celle d'une activité effective, ne semblent plus indispensables.

(32) Dans une perspective similaire, v. civ. Hasselt, 3 janvier 2001, *T. Not.*, 2001, p. 333, note F. BOUCKAERT : « *De affectio societatis vereist daarbij de wil in hoofde van de inbrengers om samen met de andere aandeelhouders te streven tot het verwezenlijken van het maatschappelijk doel* ».

La seconde conception est peut-être plus adaptée aux (grandes) sociétés de capitaux, la première aux (petites) sociétés de personnes(33).

Nombre de groupes de sociétés sont fondés sur cette seconde conception, lorsque les actifs et les activités de l'entreprise sont répartis entre différentes filiales détenues par la société-mère et/ou d'autres sociétés du groupe, sans qu'on puisse nécessairement identifier au fondement de chaque filiale un réel contrat de société fondé sur la volonté d'apporter des biens en vue d'exercer en commun une activité économique lucrative. Souvent, au contraire, on a seulement voulu créer une personne morale distincte, pour des motifs comptables, fiscaux, de gouvernance, etc. De même, de nombreuses opérations d'acquisition ou de restructuration accomplies quotidiennement par les praticiens du droit des sociétés impliquent la création de personnes morales, certes dans le respect des conditions formelles prévues par le Code, mais sans projet économique distinct de celui qui existait déjà, ou de la restructuration elle-même.

Sans doute, cette deuxième conception est-elle plus naturelle dans les pays de *common law* où le rôle donné au capital diffère de celui des pays d'Europe continentale(34) et où les opérations dites de « *constitution-vente* » de sociétés, appelées « *shelf companies* » ou encore « *blank check companies* », — c'est-à-dire des sociétés dormantes ou des sociétés qui n'ont jamais eu d'activités —, sont plus courantes(35).

Ces diverses opérations reposant sur une conception plus formelle de la société répondent, dans certains cas, à de besoins légitimes du monde économique, même si cette conception produit aussi des dérives tant individuelles que systémiques sous la forme — pour l'exprimer brièvement — d'une déconnexion entre la finance et l'économie « *réelle* ».

(33) Pour une discussion de cette distinction, v. B. GOFFAUX, obs. sous Bruxelles, 1^{er} décembre 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, pp. 257-258.

(34) V. entre autres, J. ARMOUR, « Legal capital : An Outdated Concept ? », *E.B.O.R.*, 2006, pp. 5-27 ; H. CULOT et M. VAN BUGGENHOUT, « Droit européen des sociétés : vers une réforme du capital ? », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 193-196.

(35) Pour une présentation de ces sociétés, v. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 199 ; M. SPADACCINI, *Incorporate your business : In any state*, Entrepreneurs Magazine's Legal Guide, Entrepreneur Press, 2007, pp. 253 *et sq.* ; J. S. SLORACH et J. ELLIS, *Business law 2012-2013*, Oxford University Press, 2012, pp. 62 *et sq.*

24. — Il ne faudrait donc pas généraliser les idées sur lesquelles se base la décision commentée, mais au contraire réserver leur application aux cas d'abus du mécanisme de la personnalité morale, ce qui implique notamment de se demander si l'opération a porté préjudice à quiconque.

La décision, qui statue au pénal sur un ensemble de comportements dont aucun n'est, en soi, toujours interdit par le droit des sociétés, peut être approuvée en ce que les faits démontrent une utilisation clairement anormale de la société, au détriment tant des acquéreurs des parts que des créanciers.

Une application généralisée des conceptions qui la sous-tendent ne se justifierait toutefois pas en droit des sociétés.

Arnaud HOUET

Henri CULOT

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UCL
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES