



LIMITES DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES FONDATEURS D'UNE SOCIETE COMMERCIALE

Bobo MBIKAYI TSHIMANDA¹

Jean Roger KAYEMBE KABEYA²

UNIVERSITÉ OFFICIELLE DE MBUJIMAYI, UNIVERSITÉ DE KINSHASA

Résumé

La responsabilité civile des fondateurs d'une société commerciale est une question cruciale en droit des affaires. Cet article examine les limites de cette responsabilité, en se concentrant sur les contextes juridiques et leurs implications pratiques. En analysant les dispositions légales pertinentes et la jurisprudence, nous mettons en évidence les situations dans lesquelles les fondateurs peuvent être tenus responsables, ainsi que les mécanismes de protection qui leur accordent un certain degré d'immunité. Cette étude vise à clarifier le rôle des fondateurs dans la conduite des affaires et à éclairer les risques auxquels sont confrontés les entrepreneurs, tout en soulignant l'importance de trouver un équilibre entre la protection des créanciers et la garantie de la sécurité juridique des initiateurs d'entreprise.

Mots-clés : Responsabilité civile, fondateurs, société commerciale, etc.

Digital Object Identifier (DOI): <https://doi.org/10.5281/zenodo.18161824>

Introduction

La société commerciale n'existe pas ex nihilo³. Il y a toujours à l'origine un projet qui prend vie peu à peu dans l'esprit d'une ou de plusieurs personnes. Toujours-est-il qu'entre la conception du projet et sa réalisation, une période plus ou moins longue pourrait passer. Or, la société en formation a besoin de poser un certain nombre d'actes et de prendre certains engagements, en l'occurrence : prendre un bail, alors qu'elle n'a pas encore la personnalité juridique.

A cette étape de la formation de la société, ce sont les fondateurs qui posent ces actes, prennent ces engagements et répondent desdits actes et engagements. Le non-respect des formalités requises pour la constitution d'une société commerciale engage la responsabilité des fondateurs. Ainsi, pour compenser l'atténuation de la nullité des sociétés commerciales et de ses effets en vue de favoriser leur survie et dans le souci de protéger les créanciers, les tiers, les associés et même la société future, le législateur des actes uniformes a prévu un accroissement de la responsabilité des personnes qui interviennent activement lors de leur création notamment les fondateurs et les

¹ Chef de travaux à l'Université Officielle de Mbuji-Mayi et Avocat au Barreau du Kasaï-Oriental

² Assistant à l'Université Officielle de Mbuji-Mayi et Avocat au Barreau du Kasaï-Oriental

³ Akam Akam A., et Voudwe Bakréo, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, Paris, 2017, p. 39.

premiers dirigeants sociaux. Cette responsabilité peut être civile ou pénale. Dans la présente étude, pour plus d'efficacité, seule la responsabilité civile retiendra notre attention.

A ce propos, l'article 78 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose : » *Les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction, ou d'administration, sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société* ».

De cette disposition, il ressort que les fondateurs et les premiers dirigeants sociaux sont tenus indéfiniment, solidairement responsables, alors qu'ils interviennent respectivement à des étapes différentes de la constitution de la société. Les fondateurs interviennent par des actes et engagements lorsque la société est en formation, avant la signature des statuts ou avant la tenue de l'assemblée générale constitutive pour l'adoption des statuts. En principe, de tels actes et *engagements* ne peuvent engager la société qui n'existe pas encore⁴. A cet effet, les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation, avant l'immatriculation, sont tenues solidairement et indéfiniment des obligations nées des actes et *engagements* pris. Mais, jusqu'à quand seront-ils tenus ? Parce que dès la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée constitutive, ces personnes sont remplacées par les signataires ou les adoptants de statuts.

Toutefois, la loi prévoit la possibilité, pour les sociétés régulièrement constituées et immatriculées, de reprendre à leur charge les *actes* et engagements souscrits en leur nom pendant la période de formation, sous certaines conditions⁵. Les actes et engagements ainsi repris sont réputés avoir été contractés par la société dès l'origine⁶. La substitution des dirigeants sociaux aux fondateurs intervient dès la constitution de la société, c'est-à-dire : dès la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive⁷, avant l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

Les associés peuvent dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux de prendre des engagements pour le compte de la société⁸, à condition que soient déterminées leurs modalités et soient précisés leurs mandats⁹. Les associés mandants et les mandataires, sont, dès l'immatriculation, effectivement libérés des obligations issues des actes et engagements conclus en vertu du mandat¹⁰. Le mandat est donné sous condition suspensive de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, si bien que cette formalité emporte de plein droit reprise des engagements¹¹. Ainsi, la reprise des actes et engagements par la société régulièrement constituée et immatriculée fait que ces actes et engagements sont réputés avoir été contractés par ladite société dès l'origine.

La présente étude vise un objectif majeur, à savoir : faciliter aux opérateurs judiciaires, aux chercheurs, aux étudiants et autres personnes intéressées de connaître la responsabilité des fondateurs lors de la création d'une société commerciale et leur empêchements. Par- delà tout, cette étude présente un double intérêt théorique et pratique. Parlant de l'intérêt théorique, cette étude permet aux opérateurs judiciaires, aux opérateurs économiques, aux chercheurs, aux étudiants et autres personnes intéressées d'avoir la maîtrise de la responsabilité des personnes qui interviennent lors des différentes étapes de la création d'une société commerciale, et, particulièrement, celle des fondateurs. Concernant l'intérêt pratique, cette étude permet aux fondateurs d'être vigilants, attentifs et

⁴ Issa Sayegh J. et alii, *OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, Italie, 2020, p. 415.

⁵ Article 106 alinéa 2 AUSCGIE.

⁶ Issa Sayegh J. et alii, *idem*.

⁷ Article 104 alinéa 1 AUSCGIE.

⁸ Dupouy C., *Précis de droit commercial*, tome 2, *Groupements commerciaux, Procédures collectives*, deuxième Edition, dunod, Paris, 1978, p. 42 ;

⁹ Article 111 AUSCGIE ;

¹⁰ Issa Sayegh J. et alii, *op.cit.*, p. 417 ;

¹¹ Dupouy C. *Idem*

prudents lors de l'accomplissement des actes et de la prise des engagements pour la société future et connaitre le sort desdits actes posés et engagements pris avant les statuts.

De ce qui précède, pourquoi engager alors la responsabilité solidaire indéfinie des fondateurs du fait du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité requise, après immatriculation ?

Alors que la substitution des dirigeants sociaux opère dès la constitution de la société, la reprise des actes et engagements pris pour le compte de la société en formation, la régularisation et la prescription de l'action en responsabilité limitent cette responsabilité des fondateurs. Ainsi, pour arriver à atteindre les objectifs fixés par cette étude, les méthodes et techniques, ci-après, ont été d'un grand secours : la dogmatique juridique, le droit comparé à travers la technique documentaire et l'observation indirecte. Hormis l'introduction et la conclusion, la ci-présente étude est subdivisée en deux parties, ci-après : - la première, les personnes qui interviennent dans la création d'une société commerciale et la seconde, limites de responsabilité des personnes qui interviennent lors de la création d'une société commerciale.

I La responsabilité des fondateurs lors de la constitution d'une société commerciale

Pour mieux appréhender la portée de cette responsabilité, il convient de connaitre, d'abord, les personnes qui interviennent dans la création d'une société (A) ; et, ensuite, savoir à quel moment cette responsabilité solidaire est engagée à l'encontre des fondateurs soit pour défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit pour l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité requise pour la constitution d'une société commerciale¹²(B).

Les personnes qui interviennent dans la constitution d'une société commerciale

Les personnes qui interviennent lors de la constitution d'une société sont : les fondateurs, les dirigeants sociaux, les associés, les notaires et les experts

1. Les fondateurs

Cette notion peut être comprise dans son sens large ou dans son sens restreint.

Parlant de la conception plus large, » *Sont qualifiées de fondateurs de la société, toutes les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution de la société*¹³ ». Ce sont aussi des personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale ; et peuvent être des personnes physiques ou morales¹⁴. Dans ce dernier cas, il s'agit des personnes physiques mandatées par une personne morale ; il peut y avoir un unique fondateur ou plusieurs fondateurs¹⁵. Et le fait d'avoir comparu personnellement à l'acte ou d'avoir donné procuration pour cela ne change rien à la qualification de fondateur.

Concernant la conception restreinte, cette qualification ne vise toutefois que les personnes qui ont comparu à l'acte dans l'intention d'y souscrire le capital social et de devenir associés¹⁶. Cependant, le souscripteur qui n'honore pas son engagement, au moins pour la part fixée par la loi, n'est pas admis à signer les statuts et n'acquiert pas, par

¹² Article 78 in fine AUSCGIE.

¹³ Article 102 alinéa 1.

¹⁴ Dupuis C., *op.cit.* p. 75.

¹⁵ Issa Sayegh J., et alii, *op.cit.* p. 414.

¹⁶ Keutgen Thomas, la responsabilité des acteurs participant à la constitution d'une société et à sa vie durant ses trois premières années- du Code des sociétés au CSA, mémoire de master en Droit, Faculté de Droit, de science Politique et de Criminologie, Université de Liège, année académique 2019-2020, p. 10.

conséquent la qualité d'associé¹⁷. Toujours est-il que, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité à mettre en œuvre à la suite d'une constitution irrégulière de société, les tribunaux peuvent étendre la qualification de fondateur à « tous ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, à la condition que la nature de ces concours permette de leur attribuer une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise sous sa forme sociale¹⁸ ». C'est sous cet angle que les notaires et les autres experts sont considérés comme fondateurs. Ainsi a-t-il été jugé : »... *mais peut atteindre aussi ceux qui, sans avoir la qualité de fondateur, ont agi pour le compte de la société non encore immatriculée et ont contracté pour elle les obligations*¹⁹ ». Le fondateur peut, par la suite, devenir lui-même associé²⁰ ou actionnaire ; tout comme il peut n'avoir plus aucun lien avec la société, ni comme actionnaire ou associé, ni comme dirigeant social²¹ ; en cette occurrence, lorsqu'il a été mandaté par la personne morale pour ne s'atteler qu'à la création seulement d'une société commerciale. C'est notamment le cas lors de la constitution d'une société unipersonnelle dont le futur associé unique est une personne morale.

2. Les dirigeants sociaux

Le terme dirigeant social est entendu ici dans son sens général. Selon la forme de la société, ce terme peut couvrir les fonctions suivantes : administrateur général, président du conseil d'administration, président-directeur-général, administrateur, directeur général et directeur général adjoint (même lorsqu'ils ne sont pas membres du conseil d'administration), et gérants²². Il comprend toutes les personnes physiques et morales investies, individuellement ou collégialement, (associés réunis assemblée générale) selon le cas, de l'un au moins des trois- pouvoirs suivants : d'une part, le pouvoir de représentation externe qui fait du dirigeant le porte-parole de la société dans ses rapports avec les tiers ; d'autre part, le pouvoir de direction interne qui le place au sommet de la hiérarchie sociale ; enfin, le pouvoir de contrôle qui l'érige en censeur des actes accomplis par d'autres organes²³.

Ce n'est qu'à partir de la signature des statuts ou le cas échéant de leur adoption par l'assemblée générale constitutive que les fondateurs sont remplacés par les dirigeants sociaux²⁴. La société se trouve ainsi valablement constituée. Mais, elle n'aura de personnalité juridique qu'après son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Ce qui donnera pleins pouvoirs aux organes désignés de pouvoir agir. A ce propos, l'appellation : *dirigeants sociaux*²⁵, à cette étape, est peu heureuse, parce que la société n'est pas encore immatriculée. En effet, législateur de l'OHADA aurait mieux parlé, des associés, à ce stade, car la société n'a pas encore une personnalité juridique. Ainsi, les personnes désignées dans les statuts pour exercer les fonctions de dirigeants sociaux n'acquièrent cette qualité qu'après l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés²⁶. A ce propos, il a été jugé : » *jugé que l'associé désigné comme gérant par les statuts ne peut invoquer cette qualité, avant l'immatriculation, à l'égard des tiers et être inscrit à la sécurité sociale*²⁷.

¹⁷ Kalunga Tshikala V. et Mortier S., *Droit OHADA des sociétés, Focus sur la République démocratique du Congo*, VA Editions, p. 39.

¹⁸ Dupuis C. , *op. cit.*, p. 75.

¹⁹ CA de Paris 11 Juin1971, *Gazette du Palais*, 1971. 2.263

²⁰ Kalunga Tshikala v. et Mortier S., *idem*, 83.

²¹ Issa Sayegh J., et alii, *idem*.

²² Martor Boris et alii, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2é Edition, LexisNexis/Litec, Paris, 2009 p. 94 ;

²³ Petit B. , *Droit des sociétés*, 4é Edition, LexisNexis / Litec, Paris, 2008, p. 55 ;

²⁴ Article 104 alinéa 1 AUSCGIE.

²⁵ Que ça soit au pluriel ou au singulier, cette appellation représente la même réalité.

²⁶ Mercadal Barthélemy, *Code pratique OHADA Traité, Actes uniformes et règlements annotés*, Edition Francis Lefébvre, 2014, p. 961.

²⁷ CA Nancy 13 Décembre 1983 ; *bull.Joly1984*, p.817.

3. Les associés

L'associé est toute personne qui est membre d'une société, quelle que soit la forme de celle-ci²⁸. L'universalité des associés constitue l'assemblée générale. Pris dans son sens le plus large, il comprend ici tous les titulaires de droit sociaux-parts ou actions-attribués en contrepartie d'un apport et détenus soit par l'apporteur initial, soit par un ayant cause de celui-ci²⁹. Pour la jurisprudence, a seul la qualité d'associé, la personne qui réunit en elle-même les caractéristiques du contrat de société, c'est-à-dire a : fait un apport, participe aux bénéfices et aux pertes et qui a eu la volonté de s'associer³⁰.

L'associé est également compris comme un membre d'un groupement constitué sous forme de société dont les droits essentiels consiste à participer aux bénéfices, à concourir au fonctionnement de la société, à être informé de la marche de celle-ci et dont les obligations principales sont la libération des apports et la contribution aux pertes³¹. La qualité d'associé résulte de la détention, par une personne, de parts sociales au sein de la société pour son compte, peu importe la façon dont ces parts sociales sont acquises³². Ainsi l'apporteur est associé dès la conclusion du contrat, avant même le terme fixé pour la libération de son apport³³ et en contrepartie de son apport, l'associé reçoit un titre émis par la société³⁴. Les apports doivent être rémunérés par des droits sociaux, représentés par des titres sociaux, qui sont soit des actions ou des parts sociales selon le type de société³⁵. Sans apport il n'y a pas de société. L'apport matérialise la volonté de l'apporteur de participer à la société et l'acte d'apport confère la qualité d'associé³⁶. Par- delà tout, une personne physique ou morale ne peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle fait l'objet d'une interdiction, incapacité ou incompatibilité³⁷. Cette qualification ne vise toutefois que les personnes qui ont comparu à l'acte dans l'intention d'y souscrire le capital social³⁸.

4. Les notaires

Les notaires peuvent intervenir au moment de la constitution d'une société commerciale. Les notaires instrumentant est tenu à un devoir d'information et de conseil en toute impartialité. Dans certaines hypothèses leur responsabilité peut être engagée. Cependant, cette responsabilité du notaire a peu d'intérêt dans ce présent travail. Le moment de cette responsabilité des fondateurs

Le pourquoi de cette responsabilité comprend sa raison d'être et son fondement.

1. La raison d'être de la responsabilité

La responsabilité personnelle de ceux qui ont agi permet d'assurer une protection efficace des tiers³⁹. Le fait de brandir cette responsabilité à leur encontre amène les fondateurs à être plus prudents, plus vigilants et plus scrupuleux lors de la formation de la société commerciale et semble rassurer, bien que ça ne soit pas toujours le cas, l'accomplissement régulier des formalités requises lors de la constitution d'une société commerciale. La responsabilité civile joue ici un rôle particulier puisqu'elle vise non seulement à réparer les dommages, mais aussi à prévenir, à *intimider* et à sanctionner les irrégularités⁴⁰ et les omissions constater après immatriculation. Ces

²⁸ Akam Akam A. et Bakre Voudwe, *op cit*, p. 65.

²⁹ Petit B. *op. cit.* p.49.

³⁰ Paris, 16 Avril 1985.

³¹ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 10é édition, puf, Paris, 2014 , p. 75.

³² CA Lomé(Togo), n°044/09, 26 Mars 2009 : H.K. contre société Rainer automobile, sieur R.B. , Ohadata J-10-155.

³³ Mercadal B., *op cit*, p. 904.

³⁴ Article 38 AUSCGIE.

³⁵ Issa Sayegh et alii, *op. cit.* p. 392.

³⁶ Kasongo Mwadiavita L., *Précis de droit des sociétés commerciales OHADA*, l'Harmattan/RDC, Paris, 2020, p. 45.

³⁷ Article 7 AUSCGIE.

³⁸ Keutgen Thomas, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ Kasongo mwadiavita L. *op. cit.* p. 78.

⁴⁰ Petit Bruno, *op cit.* , p. 29.

personnes qui ont agi peuvent être des fondateurs ou pas. Car, il y a lieu d'être fondateur sans pouvoir agir et n'être pas fondateur mais pouvoir agir pour le compte de la société. En effet, l'objectif majeur de l'AUSCGIE est de favoriser le développement économique des Etats parties de l'OHADA en facilitant l'activité des entreprises et en sécurisant les activités des intervenants du monde économique⁴¹, par la simplification, l'adaptation et la modernisation du droit des sociétés. Pour y parvenir, il fallait un cadre juridique et judiciaire adapté et incitatif⁴². Les activités des sociétés commerciales impliquent plusieurs intérêts catégoriels de sa naissance à sa disparition. Ainsi par exemple, pour la protection des tiers, la sécurité s'articule autour de l'acquisition de la personnalité juridique.

1.1.1 2 Le fondement de la responsabilité des fondateurs

La responsabilité est la contrepartie du pouvoir dont dispose les fondateurs. Ils engagent leur responsabilité personnelle pour tout dommage causé à la société, aux associés, ou aux tiers dans l'accomplissement de leur mission⁴³. A cet effet, l'article 78 AUSCGIE dispose : » *les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, sont solidiairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société* ». Il ressort, de ce qui précède, que cette responsabilité personnelle sera engagée chaque fois que se constatera soit le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts soit l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité requise pour la constitution d'une société commerciale⁴⁴. Elle constitue donc un régime spécial de responsabilité ou d'exception. La responsabilité des fondateurs, contrairement à la responsabilité de droit commun, ne requiert pas la démonstration d'une faute⁴⁵ ; elle est une présomption légale-présomption irréfragable de faute qui consiste à ne pas avoir œuvré pour éviter les vices de forme limitativement déterminés par l'article 78 de l'AUSCGIE⁴⁶ , vices qui ne peuvent être étendus à d'autres cas.

Les personnes qui ont agi pour le compte et au nom d'une société en formation, avant l'immatriculation, sont tenues indéfiniment des obligations nées des engagements et actes avec solidarité⁴⁷. Cette notion de solidarité renvoie à la faute commune, faute commise par plusieurs personnes ensemble ou chacune d'elle a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion de chacune d'elle dans l'accomplissement de la faute et la réalisation du dommage. Elle signifie également que la victime pourra obtenir l'intégralité de son dédommagement auprès de n'importe quel fondateur. Ainsi, dans le cas où la faute commise serait l'omission d'une formalité requise pour la constitution d'une société commerciale, en cette occurrence la déclaration de régularité et de conformité, il y a lieu à présumer une faute commune.

2 II Etendu de la responsabilité des fondateurs

Pour pouvoir bien appréhender l'étendu de la responsabilité des fondateurs, il convient de pouvoir analyser les prérogatives des fondateurs et les limites à l'action en responsabilité.

⁴¹ Akam Akam et Voudwé Bakréo, *op. cit.*, p. 22.

⁴² Kasongo Mwadiavita L., *op. cit.*, p. 12.

⁴³ Kalunga Tshikala V. et Mortier S. , *idem*.

⁴⁴ Article 78 de l'AUSCGIE.

⁴⁵ Keutgen Thomas, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶ Il s'agit du défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier d'une formalité requise pour la constitution d'une société commerciale.

⁴⁷ Kasongo Mwadiavita L., *op. cit.* 77.

A. Les prérogatives des fondateurs

Les fondateurs- ces pionniers sont investis d'un réel pouvoir pour accomplir tous les actes et engagements susceptibles pour la constitution de la société et prennent les premiers risques sociaux⁴⁸. Les actes et engagements pris par les fondateurs pour le compte de la société en formation doivent être portés, selon le cas, à la connaissance des associés avant la signature des statuts ou lors de l'assemblée générale constitutive⁴⁹. Tous les actes et engagements qu'ils prennent au nom et pour le compte de la société en formation doivent être décrits dans un acte intitulé : « *état des actes et engagements pour la société en formation* » qui seront, en fonction de leur nature et de la portée des obligations, repris par la société une fois immatriculée.

Cet état des actes accomplis par les fondateurs doit être annexé aux statuts et présenté aux associés lors de la signature des statuts ou lors de l'assemblée générale constitutive pour leur reprise. Les personnes ayant accompli les actes et pris des engagements ne prennent pas part au vote et il n'est pas tenu compte de leur voix pour le calcul du quorum. Selon les étapes de la constitution d'une société commerciale, les personnes tenues sont différentes. Avant la signature des statuts ou avant l'assemblée générale constitutive ce sont des fondateurs ; après signature des statuts ou lors leur adoption par l'assemblée générale constitutive, ce sont des associés appelés malencontreusement dirigeants sociaux parce que la société n'a pas encore une personnalité juridique, après immatriculation, ce sont des dirigeants sociaux. Toujours-est-il que, les prérogatives et les obligations des fondateurs se terminent au moment de la signature ou de l'adoption des statuts lors de l'assemblée générale constitutive.

Les limites à la responsabilité des fondateurs

Les obstacles à la responsabilité peuvent résulter de la disparition des fondateurs lors de la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive, par la disparition des fondateurs, la reprise des engagements et actes, la régularisation et la prescription.

1. La disparition des fondateurs

Les fondateurs veillent à la régularité formelle de la société à l'étape de la formation de la société-avant la signature des statuts ou avant leur adoption lors de l'assemblée générale constitutive. A l'étape de la constitution c'est-à-dire : après la signature des statuts ou de leur adoption lors de l'assemblée générale constitutive, les fondateurs disparaissent au profit des dirigeants sociaux. A cet effet, l'article 104 alinéa 1 de l'AUSCGIE, dispose : *à partir de la signature des statuts ou le cas échéant de l'assemblée générale constitutive, les dirigeants sociaux se substituent aux fondateurs. Ils agissent au nom de la société constituée et non encore immatriculée au registre du commerce et du crédit immobilier.*

A partir de ce moment, ils n'ont plus, en tant que tels, de pouvoir dans la société et il ne leur revient pas d'exercer sur elle un quelconque contrôle⁵⁰. Comment pourraient-ils être tenus responsables, après l'immatriculation, parce qu'ils sont déjà des fantômes. Cependant, pour ceux qui restent dans la société, après qu'ils aient souscrit, ils changent leur statut et deviennent associés. Mutatis mutandis, il a été jugé : » *qu'il doit en être ainsi (absence de responsabilité) lorsque, 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 conformité...* »⁵¹. Ils n'ont plus, à proprement parler, un comportement à adopter puisque, comme tels, ils n'existent plus après immatriculation et à tout le moins après signature des statuts.

⁴⁸ Mortier S., cours de Droit OHADA des sociétés, toutes les clés pour entreprendre en République démocratique du Congo, 2^e licence Droit, Faculté de Droit, Université officielle de Mbujimayi, année académique 2018-2019, inédit.

⁴⁹ Article 106 alinéa 1 AUSCGIE.

⁵⁰ Culot Henri, » Fondateurs, associés et gérants : distinguer les fonctions pour déterminer les responsabilités « : note sous Civ. Gand, 6 décembre 2001, *in revue générale du contentieux fiscal*, Vol. 2003, n° 2, p. 74.

⁵¹ Bruxelles(9é ch.), 19 juin 2001, FT 2001, p. 880.

A cette étape, ce sont des associés-fondateurs et non les fondateurs-simples qui existent. D'ailleurs, à ce propos, il y a lieu de constater la confusion entre les fondateurs et les dirigeants sociaux, dans chef du législateur OHADA. Cette assertion est confirmée par l'article 105 de l'AUSCGIE qui dispose : » *entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation au RCCM, les rapports entre les ASSOCIES sont régis par le contrat de société et par les règles du droit applicable aux contrats et aux obligations* ». Alors que l'article 104 de l'AUSCGIE parle, des dirigeants sociaux se substituent aux fondateurs durant cette période. Donc, cette responsabilité ne peut se concevoir qu'avec les fondateurs-associés. Ceux-ci sont des personnes qui ont non seulement participé activement à la création de la société mais aussi, ont souscrit au capital social. Ces personnes sont appelées associés ou actionnaires selon la forme de la société. Par ailleurs, si la meilleure façon de percevoir la réalité sociétale est de procéder par anthropomorphisme, il y a lieu de dire sans atermoiement que les fondateurs-simples sont morts dès la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive. Le mort saisit le vif.

A cet effet, leur décès entraîne l'ouverture de la succession avec toutes ses conséquences, et les droits et obligations du decujus passent à ses héritiers et légataires qui sont, en cette occurrence, les dirigeants sociaux selon le prescrit de l'article 104 de l'AUSCGIE précité. Et bien plus, est plus éloquent, le fait que le législateur de l'OHADA ait utilisé le verbe « se substituer » qui signifie prendre les droits et les obligations.

2. La reprise des actes et engagements

La reprise consiste à reprendre les actes accomplis et les engagements pris par les fondateurs, pour le compte de la future société, afin d'en assumer la responsabilité. C'est une procédure formaliste et rigoureuse dans laquelle les formes prévues par les textes doivent être scrupuleusement observées⁵². Ainsi, les conditions suivantes doivent être respectées quant au fond et quant à la forme pour qu'il y ait reprise.

a) Sur le fond, trois conditions sont exigées pour que l'engagement soit repris :

1° Il doit tout d'abord prendre sa source dans un acte juridique, ce qui exclut la reprise des obligations délictuelles, qui trouve leur origine dans un fait juridique⁵³ ; en l'occurrence, assumer les conséquences de faits de concurrence déloyale perpétrés par les fondateurs pendant la période de conception⁵⁴.

2° Il faut ensuite que l'acte soit accompli au cours de la constitution de la société⁵⁵.

3° Enfin, l'acte doit être inscrit au nom et pour le compte de la société future. - sur la forme, il faut que l'état d'actes et engagements accomplis pour la future société figure dans les statuts, soit dans un document annexé aux statuts, le tout devant être tenu à la disposition des associés avant la date de la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive.

b) Sur la forme, la reprise se réalise à deux moments, ci-après : avant immatriculation et après immatriculation.

1° Dans un premier temps, avant l'immatriculation deux situations peuvent se présenter : pour les actes et engagements antérieurs aux statuts et pour les actes et engagements postérieurs aux statuts.

Concernant les actes et engagements antérieurs aux statuts, la reprise des actes et engagements fait que, après signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive, les dirigeants sociaux dégagent la responsabilité des fondateurs, dès lors qu'il a été établi et présenté aux associés dans un document intitulé : *un état d'actes et engagements*.

S'agissant des actes et engagements postérieurs aux statuts, la reprise intervient dès lors que ceux-ci sont accomplis au titre de mandat exprès et spécial donné par les associés, dans les statuts ou par acte séparé, le

⁵² Akam Akam,.. A., Voudwe Bakréo, op. cit., p.128

⁵³ Petit Bruno, op. cit. p. 32.

⁵⁴ Kasongo Mwadiavita L., op. cit., p. 78

⁵⁵ Petit Bruno, idem 32

tout devant être tenu à la disposition des associés. Pour cela, ces engagements doivent être déterminés et leur modalités précisées dans le mandat⁵⁶.

Pour ces deux situations, la reprise s'opère de plein droit, par le seul fait de l'immatriculation, sans qu'il ne soit besoin d'une autre formalité.

2° Dans un second temps, Après immatriculation de la société, la reprise ne peut résulter que d'une décision prise par l'assemblée générale ordinaire, dans les conditions prévues pour chaque forme de société, sauf clause contraire, à la majorité des associés et être expresse.

Les actes et engagements repris par la société régulièrement constituée et immatriculée sont réputés avoir été contactés dès l'origine par celle-ci. La reprise ainsi faite décharge les fondateurs des toutes leurs obligations et responsabilités. En effet, il y a lieu de souligner que les statuts ne sont pas signés les yeux fermés. A cette occasion, en principe, les associés sont vigilants, attentifs et prudents pour éviter de faire passer les omissions et autres irrégularités inhérentes à la constitution de la société.

Les actes et engagements qui n'ont pas été repris, sous ces conditions par la société, sont inopposables à la société. Dans tous ces cas, les fondateurs sont comptables solidairement et indéfiniment des actes et en engagements pris pour le compte de la société en formation mais qui n'ont pas été repris⁵⁷ au moment de la signature des statuts ou lors de l'assemblée générale constitutive pour l'adoption des statuts. A ce stade, le régime applicable ne peut alors être que celui résultant du contrat de société et éventuellement du droit commun des contrats et des obligations⁵⁸. La faculté de reprise rétroactive est théoriquement remarquable puisque la société peut ainsi se trouver engagée à une date où elle n'existe pas : cette anticipation sur une personnalité future n'est pas sans analogie avec la règle *infans conceptus*⁵⁹. Toutefois, la société est engagée, malgré le refus de ratification par une assemblée générale tenue après immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, lorsque, à son accession à la personnalité morale, elle a pris à son compte et exécuté elle-même ces engagements.

3. La régularisation

La régularisation consiste à corriger le vice de fond, de forme ou de procédure qui affecte la validité de la société ou d'un acte de société⁶⁰. En effet, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a réduit sensiblement les cas de nullité. C'est ainsi que les nullités de forme sont supprimées pour toutes les formes des sociétés sauf en ce qui concerne les sociétés des personnes : en nom collectif et les sociétés en commandite simple⁶¹. Et, même pour ces types des sociétés, il a donné la latitude au tribunal de ne pas prononcer la nullité au cas où il n'y aurait pas de fraude⁶². De ce qui précède, lorsque les statuts d'une société commerciale ne contiennent pas toutes les mentions exigées et lorsqu'il y a omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité requise, toute personne intéressée est recevable à demander à la juridiction compétente, sous astreinte la régularisation de la constitution⁶³.

Ainsi, en offrant aux protagonistes et même d'office au juge la possibilité de corriger les irrégularités de la société, le législateur renouvelle son attachement à soutenir en priorité le projet de l'entreprise⁶⁴ sociétale. Cette procédure consiste pour le tribunal de commerce à ordonner que la formalité omise ou irrégulièrement accomplie soit refaite ou accomplie. Et si une ou plusieurs mentions exigées font défaut dans les statuts, le tribunal de commerce ordonne que celles-ci soient complétées. Pendant cette période où la société commerciale a déjà acquis la personnalité juridique, les fondateurs n'ont aucun comportement à adopter, ni aucun pouvoir sur les organes de la société, ni

⁵⁶ Issa Sayegh J. et alii, op cit, p. 417

⁵⁷ Mortier S., op cit., p. 60.

⁵⁸ Issa Sayegh J., et alii, idem, p. 415

⁵⁹ Petit Bruno, op. cit., p. 31.

⁶⁰ Kalunga Tshikala V., et Mortier S. op. cit., p. 94.

⁶¹ Article 245 AUSCGIE alinéa 1.

⁶² Article 245 AUSCGIE alinéa 2.

⁶³ Article 75 AUSCGIE.

⁶⁴ Issa Sayegh J., op. cit. p. 465.

aucun rôle à jouer parce qu'ils n'existent plus ; alors qu'à tout le moins, ils pouvaient demander la régularisation au cas où il y aurait non-respect d'une formalité requise. La régularisation leur échappe.

Par ailleurs, le greffier ou le responsable de l'organe compétent en charge du RCCM assure, *SOUS SA RESPONSABILITE*, que la demande et la déclaration sont complètes et vérifie la conformité de leurs énonciations aux pièces justificatives produites⁶⁵. Le greffier ou le responsable de l'organe compétent s'assure de la régularité formelle du dossier en vérifiant que le contenu est conforme aux prescrit de l'AUSCGIE et de l'AUDCG, sous sa responsabilité, pourquoi engager la responsabilité des fondateurs qui déjà à cette étape n'existe plus ? Alors que s'ils existaient à cette étape, ils pouvaient réparer le vice ou accomplir la formalité omise. Comment peuvent-ils être responsables à cette étape de la société, alors qu'eux veillent à la régularité formelle de la société en formation et non de la société immatriculée.

4. La prescription de l'action en responsabilité

L'article 78 de l'AUSCGIE, cité ci-haut, met à charge des fondateurs une responsabilité solidaire et indéfinie, en cas de préjudice causé soit par le défaut d'une mention requise dans les statuts soit de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier d'une formalité de constitution de la société. Cependant, cette action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter de l'immatriculation, alors que les fondateurs n'existent plus depuis la signature des statuts ou de leur adoption par l'assemblée générale constitutive. Par ailleurs, la prescription commence à courir à partir de l'immatriculation de la société alors que les fondateurs-simple n'existent plus. Cette prescription ne peut courir que contre les associés-fondateurs.

CONCLUSION

Le Droit des sociétés commerciales est un droit des structures et non des substances. Il est d'ordre public, a son aggiornamento propre et son vocabulaire propre. Certes, la responsabilité est la mesure de l'étendue des pouvoirs détenus par les fondateurs. Cette étendue des pouvoirs des fondateurs se limite à la société en formation. La constitution de la société étant étapiste et chaque étape a son régime juridique propre. La société en formation a son régime juridique propre : « les personnes qui ont agi au nom de la société en formation sont personnellement tenues des obligations nées des actes accomplis et engagements pris, sauf reprises par la société après que celle-ci soit immatriculée. Cette étape, apparemment informelle parce que la société n'est pas encore immatriculée, est régie par le droit commun des contrats et des obligations. Il convient de remarquer, par ailleurs, que législateur de l'AUSCGIE a confondu la notion d'associé d'avec celle de dirigeant social à l'article 104 de l'AUSCGIE créant ainsi une insécurité juridique ; alors qu'à cette étape de la société en constitution, la société n'est pas encore immatriculée et n'a pas de personnalité juridique, pour pouvoir parler des dirigeants sociaux. Il aurait pu parler des associés et non des dirigeants sociaux. En sus de ce qui précède, la responsabilité des fondateurs est limitée pour les raisons suivantes :

= La qualité des fondateurs disparait avec les statuts par la substitution des dirigeants sociaux aux fondateurs, il ne leur revient plus d'exercer un quelconque pouvoir ou contrôle sur la société parce qu'ils n'existent plus ;

= La reprise des actes et engagements se fait avec prudence, sous l'œil vigilant et attentif des associés, ceux-ci déchargent les fondateurs de leurs droits et obligations ;

= Et le fait que les fondateurs-simples soient privés de la régularisation et que la prescription commence à courir à partir de l'immatriculation alors qu'eux n'existent plus. Sauf pour les associés-fondateurs qui restent dans la société.

De tout ce qui précède, *de lege ferenda*, il importe que les *associés se substituent aux fondateurs* à l'article 78 de l'AUSCGIE, pour plus de sécurité juridique.

⁶⁵ Article 66 AUSCGIE.

BIBLIOGRAPHIE

Textes officiel

1. Acte uniforme du 15 Décembre 2010, portant sur le Droit commercial général, in JO OHADA n° 23 du 15 Février 2011 ;
2. Acte uniforme du 30 Janvier 2014 relatif au Droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique, in JO OHADA n° spécial du 4 Février 2014.

Ouvrages

1. Akam Akam A. et Voudwé Bakreo, Droit des sociétés commerciales OHADA, L'Harmattan, Paris, 2017 ;
2. Cornu Gérard, Vocabulaire juridique, 10é édition, PUF, Paris, 2014 ;
3. Dupouy Claude, précis de droit commercial, tome 2, Groupements commerciaux, Procédures collectives, 2è Edition, DUNOD, Paris, 1978 ;
4. Issa Sayegh J et alii, OHADA Traité, Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, Italie, 2020 ;
5. Kalunga Tshikala V. et Mortier S., Droit OHADA des sociétés, focus sur la République démocratique du Congo, Va Editions ;
6. Kasongo Mwadiavita L, Précis de droit des sociétés commerciales OHADA, L'Harmattan RD Congo, Paris, 2020 ;
7. Martor Boris et alii, Le Droit uniforme africain issu de l'OHADA, 2é Edition, LexisNexi/Litec, Paris, 2009 ;
8. Mercadal Barthélémy (sd), Code pratique OHADA Traité, Actes uniformes, et règlements annotés, Editions Francis Lefèvre, France, 2014 ;
9. Petit Bruno, Droit des sociétés, 4è Edition, LexisNexis/ Litec, Paris, 2008.

Autres sources

1. Culot Henri, Fondateurs, Associés et Gérants : « Distinguer les fonctions pour déterminer les responsabilités », note sous Civ. Gand, 6 Déc. 2001, *Générale du contentieux fiscal in revue*, vol 2003 ;
2. Gazette du Palais, 1971. 2. 263.
3. Keutgen Thomas, la responsabilité des acteurs et participants à la constitution d'une société et sa vie durant ses trois premières années...mémoire de master en Droit, Faculté de Droit, de science Politique et Criminologique, Université de Liège, 20192020.
4. Mortier Stéphane, cours de Droit des sociétés, 2è Licence, Faculté de Droit, Université officielle de Mbujimayi, 2018-2019.
5. OHADATA-10-155.

Table des matières