

COUR D'APPEL DE BRUXELLES (9^E CH.) 27 SEPTEMBRE 2012

SOCIÉTÉS

Sociétés dotées de la personnalité juridique: dispositions générales – Constitution – Responsabilité des fondateurs – Capital insuffisant et plan financier irréaliste – Libération du capital – Compensation avec les comptes courants des associés (non)

En l'absence de tout appel de fonds en vue de la libération intégrale du capital social, la dette de libération du capital social n'est pas exigible. La créance en compte courant des associés à l'égard de la société n'est pas exigible aussi longtemps que le compte courant n'est pas clôturé. En conséquence, aucune compensation légale n'a pu intervenir entre cette dette et cette créance avant la faillite. Sont de nature différente et ne sont pas connexes entre elles, une dette touchant à l'augmentation de capital de la société et une créance, inscrite en compte courant, concernant une avance d'associé éventuellement sujette à remboursement destinée au fonctionnement journalier de la société. Une compensation après la faillite ne peut donc pas être admise.

En présence d'un capital insuffisant et d'un plan financier lacunaire, irréaliste et truffé d'invéraisemblances, qui démontrent que les fondateurs n'ont pas eu un comportement raisonnablement prévoyant et consciencieux, les fondateurs sont tenus solidairement de la totalité de l'insuffisance de l'actif.

*S.A. et A.S. / S. Huart, avocat, agissant en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL M.
Siég.: H. Mackelbert et M.-F. Carlier (conseillers) et M. van der Haegen (conseiller suppléant)
Pl.: Me S. Huart*

I. La décision attaquée

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé le 23 juin 2008 par le tribunal de commerce de Bruxelles.

Les parties ne produisent pas d'acte de signification de ce jugement.

II. La procédure devant la cour

L'appel est formé par requête, déposée par Mme S.A. et M. A.S. au greffe de la cour, le 9 septembre 2008.

L'appel incident est introduit par conclusions déposées par Mme S. Huart, en sa qualité de curateur de la faillite de la SPRL M., au greffe de la cour le 20 octobre 2008.

L'affaire a été fixée sur pied de l'article 747 du Code judiciaire.

La procédure est réputée contradictoire.

VENNOOTSCHAPPEN

Vennootschappen met rechtspersoonlijkheid: gemeenschappelijke bepalingen – Oprichting – Oprichtersaansprakelijkheid – Ontoereikend kapitaal en onrealistisch financieel plan – Volstorting van het kapitaal – (Geen) schuldvergelijking met rekening-courant vennoten

Bij afwezigheid van enig verzoek tot volstorting van het volledig maatschappelijk kapitaal is de schuld tot volstorting niet opeisbaar. De schuldvordering op rekening-courant van de vennoten ten aanzien van de vennootschap is niet opeisbaar zolang de rekening-courant niet is afgesloten. Bijgevolg heeft geen wettelijke schuldvergelijking kunnen plaatsvinden tussen deze schuld en deze vordering voorafgaand aan het faillissement. Een schuld met betrekking tot de verhoging van het kapitaal van een vennootschap en een vordering, ingeschreven op rekening-courant, betreffende een voorschot van een vennoot, eventueel onderworpen aan terugbetaling, bestemd voor de dagelijkse werking van de vennootschap zijn van nature verschillend en niet onderling verknocht. Een schuldvergelijking na faillissement kan dus niet worden toegestaan.

In geval van een ontoereikend kapitaal en een onvolledig, onrealistisch en tal van onwaarschijnlijkheden bevattend financieel plan die aantonen dat de oprichters niet redelijk en zorgvuldig hebben gehandeld, zullen de oprichters hoofdelijk gehouden zijn tot het geheel van de ontoereikende activa.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure

1. La SPRL M. est constituée par acte du 13 janvier 2004 avec un capital souscrit de 18.600 EUR, libéré à concurrence d'un tiers, soit 6.200 EUR.

Les fondateurs sont Mme S.A. et M. A.S., sans que l'extrait de l'acte constitutif produit par le curateur et publié aux annexes du *Moniteur belge* du 27 janvier 2005 ne permette de déterminer la part de chacun d'eux dans le capital social.

L'objet social est le commerce d'habillement et de prêt-à-porter.

Le siège social est établi (...) à B.

Il n'est pas tenu de registre des parts sociales.

2. Le 30 décembre 2004, Mme S.A., M. A.S. et la SPRL M. concluent solidairement en qualité de locataires un bail commercial avec le propriétaire du magasin situé (...) à 1000 Bruxelles, prenant cours le 1^{er} janvier 2005.

Le loyer est fixé à 3.500 EUR par mois.

3. Il n'est pas contesté que la SPRL M. a payé, pour l'acquisition du fonds de commerce, un prix de 40.000 EUR.

Les travaux d'aménagement du magasin se poursuivent du 1^{er} janvier 2005 au 18 août 2005.

Il n'est pas contesté qu'ils ont représenté un investissement de 30.000 EUR environ.

Le magasin ouvre en août 2005.

Au 31 décembre 2005, la perte atteint déjà 28.466,78 EUR suivant les comptes annuels 2005 approuvés par l'assemblée générale du 31 octobre 2006.

Il est mis fin aux activités du magasin en janvier 2006.

Le 1^{er} février 2006, un avenant au bail commercial est signé permettant de modifier la destination du bien loué apparemment pour y ouvrir un snack. L'objet social de la SPRL M. n'est toutefois pas modifié et rien n'est établi au profit de qui cette activité de snack a été exercée ni pendant combien de temps.

Un sinistre se produit dans les lieux loués le 23 septembre 2006.

Les lieux sont ensuite abandonnés.

4. Par un jugement du 17 octobre 2006, Mme le juge de paix du 4^e canton de Bruxelles prononce la résolution du bail aux torts des locataires.

Elle condamne les trois locataires solidairement à payer au propriétaire 17.500 EUR d'arriérés de loyer, 3.576,48 EUR de précompte immobilier 2005, 3.676,13 EUR de précompte immobilier 2006 et 21.000 EUR à titre d'indemnité de résolution du bail.

5. La faillite de la SPRL M. est déclarée par jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 5 mars 2007.

6. Par exploit introductif d'instance du 12 novembre 2007, le curateur de la faillite, Me Huart, cite Mme S.A. et M. A.S. devant le tribunal de commerce de Bruxelles pour obtenir leur condamnation solidaire, *in solidum* ou l'un à défaut de l'autre, à lui payer la somme de 12.400 EUR à titre de libération du capital social et de 23.100,91 EUR, correspondant au passif provisionnel, moins les sommes perçues en libération du capital, et ceci soit en qualité de fondateurs, soit en qualité de gérants et sur pied de l'article 1382 du Code civil.

Mme S.A. et M. A.S. introduisent une demande reconventionnelle pour obtenir l'admission de diverses créances au passif de la faillite, à savoir:

– au passif ordinaire, une créance en compte courant de Mme S.A. à concurrence de 39.601,44 EUR et une créance en compte courant de M. A.S. de 30.950 EUR;

– au passif privilégié une somme de 21.000 EUR à titre provisionnel, représentant des montants payés au bailleur en lieu et place de la société, dont il y a lieu de déduire 5.791,90 EUR qui représentent l'indemnité versée par la compagnie d'assurances à la suite du sinistre du 23 septembre 2006 et que Mme S.A. reconnaît avoir prélevé des comptes de la société.

7. Par le jugement entrepris, le tribunal de commerce de Bruxelles condamne *in solidum* Mme S.A. et M. A.S. à payer au curateur la somme de 12.400 EUR, à majorer des intérêts judiciaires au taux légal depuis le 12 novembre 2007.

Le tribunal condamne en outre *in solidum* Mme S.A. et M. A.S. à combler le passif social de la SPRL M. et à payer à ce titre à Me Huart *q.q.* la somme de 1 EUR à titre provisionnel, les débats étant rouverts pour le surplus.

Le tribunal déclare la demande reconventionnelle fondée en partie et admet au passif chirographaire de la faillite de la SA M., la créance de Mme S.A. à concurrence de 39.601,44 EUR et la créance de M. A.S. à concurrence de 30.950 EUR.

8. Aux termes de leurs conclusions de synthèse d'appel, déposées le 17 décembre 2008, Mme S.A. et M. A.S. demandent à la cour de déclarer leur appel recevable et fondé et par conséquent de réformer le jugement dont appel en déclarant l'action originaire du curateur non fondée.

Mme S.A. et M. A.S. ne critiquent pas le jugement entrepris dans la mesure où il a admis leurs créances à titre chirographaire à concurrence de 39.601,44 EUR pour Mme S.A. et de 30.950 EUR pour M. A.S., mais demandent à la cour de les admettre en outre au capital privilégié de la faillite à concurrence de 21.000 EUR à titre provisionnel, sous déduction de la somme de 5.791,90 EUR pour le motif déjà énoncé ci-dessus.

9. Le curateur demande à la cour de déclarer l'appel recevable mais non fondé et de confirmer le jugement dont appel en tous ses éléments « à l'exception de la partie du jugement où il considère que le passif social n'est pas justifié suffisamment et renvoie la cause au rôle ».

Le curateur ne critique pas l'admission au passif chirographaire de la créance en compte courant de Mme S.A. à concurrence de 39.601,44 EUR et celle de M. A.S. à concurrence de 30.950 EUR. Sur ce point, le jugement est donc définitif.

Le curateur sollicite en revanche la cour de « déclarer l'appel incident de l'intimée recevable et en conséquence prendre acte du passif social de 23.100,91 EUR et condamner les appelants à ce montant outre les intérêts judiciaires, frais, dépens et indemnité de procédure et en déduire les

sommes que les appelants auraient le cas échéant déjà versées à titre de libération de capital⁹.

IV. Discussion

1. Quant à la dette de libération du capital de 12.400 EUR

10. Mme S.A. et M. A.S. ne contestent pas être redevables ensemble à titre de libération du capital social de la somme de 12.400 EUR.

Ils ne contestent pas davantage que le curateur, comme n'importe quel créancier de la société avant la faillite, peut agir contre eux en libération du solde du capital souscrit (Bruxelles, 21 octobre 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 357).

Ils invoquent toutefois que leur dette doit être compensée avec leurs créances en compte courant contre la société et qui s'élèvent à un montant, non contesté par le curateur, de 39.601,44 EUR pour Mme S.A. et de 30.950 EUR pour M. A.S.

Ils invoquent, en ordre principal, la compensation légale qui serait intervenue, selon eux, dès avant la faillite, entre leur dette et lesdites créances en compte courant.

En ordre subsidiaire, ils invoquent la connexité entre leur dette de libération de capital social et leurs avances en compte courant, ce qui permettrait de les compenser même après faillite, à supposer qu'elles ne soient devenues exigibles qu'après celle-ci.

11. La compensation légale avant la faillite ne peut être admise.

La compensation légale suppose en effet, aux termes de l'article 1291 du Code civil, que les deux dettes en sens contraire soient également liquides et exigibles.

Or, en l'absence de tout appel de fonds en vue de la libération intégrale du capital social, adressé par la gérante, Mme S.A., aux associés, à savoir Mme S.A. et M. A.S., la dette de libération du capital social de ceux-ci n'est pas exigible.

La créance en compte courant des associés à l'égard de la société ne l'est pas davantage aussi longtemps que le compte courant n'est pas clôturé (Bruxelles, 29 octobre 2004, *Rev. prat. soc.*, 2005, 123; Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2008, p. 1438; Mons, 13 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 969; note R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 369).

La jurisprudence en sens contraire des cours d'appel de Liège (Liège, 14 avril 2005, *précité*, *Rev. prat. soc.*, 2004, 369) et de Gand (Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, 454; Gand, 25 juin 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1292) ne peut être suivie et il ne résulte pas de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2006 (*Pas.*, 2006, I, p. 1823), cité par les appelants, que la Cour de cassation aurait établi qu'une créance en compte courant d'un associé contre la société fût exigible

à défaut de clôture de ce compte courant avant la faillite et que la dette de libération du capital social fût exigible en l'absence de tout appel de fonds des gérants ou administrateurs de la société.

12. Quant à la compensation après faillite, elle ne peut être admise que s'il existe un lien de connexité entre les dettes et les créances réciproques (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite*, 2^e éd., 2003, n° 925, p. 540; Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348, avec la note M. VAN QUICKENBORNE).

Le simple fait que des créances seraient nées dans le même but économique tendant au développement de l'entreprise, ne suffit pas à démontrer le lien requis d'étroite connexité entre elles.

Ainsi, sont de nature différente et ne sont pas connexes entre elles, une dette touchant à l'augmentation de capital de la société et une créance, inscrite en compte courant, concernant une avance d'associé éventuellement sujette à remboursement destinée au fonctionnement journalier de la société (Bruxelles, 29 octobre 2004, *précité*; dans le même sens Anvers, 19 février 2001, *précité*; Mons, 13 novembre 2006, *précité*).

L'exception de compensation soulevée par Mme S.A. et M. A.S. doit donc être rejetée et le jugement dont appel confirmé dans la mesure où il les condamne *in solidum* (à défaut de toute précision sur leurs quote-parts respectives dans le capital social) à payer au curateur la somme de 12.400 EUR, à majorer des intérêts judiciaires au taux légal depuis le 12 novembre 2007.

2. Quant à la responsabilité des fondateurs (art. 229 C. soc.)

13. En vertu de l'article 229, 5^o, du Code des sociétés, les fondateurs d'une SPRL sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les 3 ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de 2 ans au moins.

En l'espèce, il apparaît clairement que le capital social de 18.500 EUR, au surplus libéré à concurrence d'un tiers seulement, était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant les 2 premières années qui ont suivi la constitution de la société ou le début de ses activités en août 2005.

14. Il y a lieu de constater que le plan financier déposé par les associés auprès du notaire lors de la constitution de la société est lacunaire, irréaliste et truffé d'invéraisemblances.

Ainsi, le chiffre d'affaires escompté pour 2005 est de 105.000 EUR alors que le prix de revient des articles vendus est estimé à 25.000 EUR, ce qui est totalement déséquilibré.

La même constatation s'impose pour la prévision de chiffre d'affaires et de prix de revient 2006 (chiffre d'affaires de 105.000 EUR pour un prix de revient de 25.000 EUR).

Les loyers sont estimés à 21.600 EUR pour 2005, alors que les fondateurs ne pouvaient ignorer, anticipant sur la conclusion du bail avec le propriétaire, que le loyer annuel serait de plus ou moins de 40.000 EUR.

Pour 2006, le plan financier prévoit une charge de loyers annuels de 6.900 EUR et pour 2007, de 7.000 EUR, ce qui est inexplicable.

Les aménagements prévus sont estimés à 2.000 EUR, alors que les fondateurs ne pouvaient ignorer qu'ils seraient plus élevés (le coût réel ayant été de 30.000 EUR).

Le plan financier ne tient aucun compte du prix d'acquisition du fonds de commerce, alors que les fondateurs ne pouvaient ignorer, compte tenu de la localisation privilégiée de la rue des (...) à Bruxelles, que l'acquisition du fonds de commerce correspondrait à un montant avoisinant le prix réel qui fut de 40.000 EUR.

Le plan financier fait état d'un emprunt prévu pour un montant de 25.000 EUR, alors qu'aucun élément n'établit une négociation quelconque avec les organismes financiers en vue d'obtenir un tel emprunt.

Le plan financier tient compte de « *moyens acquis* » à fin 2005 de 15.655 EUR et à fin 2006 de 20.709 EUR, alors que cette somme ne peut provenir que des résultats reportés de la société, mais que le résultat après impôts de 2005 n'est estimé qu'à 6.374 EUR et pour 2006 à 8.797 EUR.

Il en résulte que, même en tenant compte des moyens limités que les associés pouvaient mettre à disposition de la société à titre de libération du capital ou autrement, le capital était manifestement insuffisant pour exercer l'activité projetée en 2004, 2005 et 2006.

Le plan financier n'a pas été établi et le capital social fixé selon le critère du fondateur raisonnablement prévoyant et consciencieux (Liège, 4 mai 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 196; Mons, 17 mai 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 102; Mons, 23 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 344).

15. L'appel principal de Mme S.A. et de M. A.S. doit donc être déclaré recevable mais non fondé et le jugement dont appel confirmé dans la mesure où il les condamne à combler le passif social de la SPRL M. en faillite.

Dans l'application qu'il fait de l'article 229, 5°, du Code des sociétés, le juge fixe librement la proportion des engagements de la société dont il considère qu'ils ne sont pas cou-

verts en raison de l'insuffisance manifeste du capital constitutif de la société. En l'espèce, c'est la totalité des engagements non honorés par la société qui résulte de l'insuffisance manifeste du capital souscrit et libéré par les parties.

3. Quant à la responsabilité des gérants par application de l'article 1382 du Code civil

16. L'examen des différentes fautes reprochées par le curateur à Mme S.A. et M. A.S., la première en sa qualité de gérante de droit et le second en sa qualité de gérant de fait de la société, ne peut conduire à un résultat plus sévère pour eux que celui auquel aboutit la cour aux termes de l'examen de leur responsabilité en qualité de fondateurs de la société.

Il n'y dès lors pas lieu d'examiner ces griefs.

4. Quant à l'appel incident du curateur

17. Le curateur établi à suffisance de droit, par la production du procès-verbal n° 5 de vérification des créances du 11 août 2008, que le passif de la faillite (en ce non compris les créances en compte courant de Mme S.A. de 30.601,44 EUR et de M. A.S. de 30.950 EUR) s'établit à 23.100,91 EUR.

C'est donc à ce montant que Mme S.A. et M. A.S. doivent, par réformation du jugement dont appel, être condamnés définitivement, après déduction des sommes qu'ils verseraient le cas échéant à titre de libération du capital social.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

Reçoit l'appel principal, mais le dit non fondé;

Dit l'appel incident recevable et fondé.

En conséquence:

Confirme le jugement dont appel en tous ses éléments, à l'exception de la partie de ce jugement qui fixe le passif social à 1 EUR à titre provisionnel et renvoie la cause au rôle général pour sa fixation définitive;

Condamne Mme S.A. et M. A.S. *in solidum* au paiement de l'intégralité du passif social fixé à 23.100,91 EUR, à majorer des intérêts judiciaires, en déduisant les sommes que Mme S.A. et M. A.S. paieraient ou auraient déjà payées à titre de libération complémentaire du capital social;

Condamne Mme S.A. et M. A.S. aux dépens des deux instances, liquidés à la somme de 257,48 EUR représentant les frais de citation.

(...)