

Unik - onderkapitalisatie

EXEMPT

COPIE

Cour d'appel Liège

Arrêt

de la SEPTIÈME chambre civile

Expédition(s) délivrée(s) à :

Numéro d'ordre : 4659
Date du prononcé : Arrêt du 20-12-2016
Numéro du rôle : 2016/RG/32
Numéro du répertoire : 2016 / 8242

Huissier : /	Huissier :	Huissier :
Avocat : /	Avocat :	Avocat :
Partie : CASTAIGNE B.	Partie :	Partie :
Liège, le 18.1.2017	Liège, le	Liège, le
Coût : 33,006	Coût :	Coût :
CIV : CIV 269	CIV :	CIV :

A destination du Receveur :

Présenté le
Non enregistrable Présenté le 20 12 2016 Non enregistrable Le Receveur

JS

COVER 01-00000740173-0001-0011-01-01-1



EN CAUSE DE :

VAN C [REDACTED] Tom, domicilié à [REDACTED]
partie appelante,

représentée par Maître VAN DURME Samuel, loco Maître DE MULDER Kristof,
avocat à 9620 ZOTTEGEM, Graaf van Egmontstraat, 8

CONTRE :

CASTAIGNE Bernard, curateur, C/O Maître RAVELINGIEN Ivan, huissier de justice,
domicilié à 9620 ZOTTEGEM, Meersstraat, 108,
partie intimée,

présente

Vu les feuilles d'audiences des 19 janvier 2016, 17 novembre 2016,
22 novembre 2016 et de ce jour

APRÈS EN AVOIR DÉLIBÉRÉ :

Vu la requête du 12 janvier 2016 par laquelle Tom VAN C [REDACTED] interjette appel
du jugement rendu le 26 août 2015 par le tribunal de commerce de Liège,
division Dinant.

Vu l'appel incident et les demandes incidentes formés par maître Bernard
CASTAIGNE *qualitate qua* par conclusions reçus au greffe le 15 avril 2016. (NB :
pièce 9 doss. procédure manquante)

Vu les conclusions et les dossiers des parties.



Antécédents et objet des appels et des demandes incidentes

Par acte du 21 janvier 2011, Tom G [REDACTED] et Tom VAN C [REDACTED] constituent la SPRL P [REDACTED] (ci-après la société) au capital social de 18.600 € représenté par 186 parts sociales souscrites par chacun d'eux pour moitié et libérées à concurrence d'un tiers. Les deux fondateurs sont appelés aux fonctions de gérants non statutaires pour une durée illimitée.

Le 20 novembre 2013, le tribunal de commerce de Dinant prononce la faillite de la société et désigne maître Bernard CASTAIGNE en qualité de curateur (ci-après le curateur).

Les 21 et 23 octobre 2014, il cite respectivement Tom VAN C [REDACTED] et Tom G [REDACTED] devant cette juridiction et postule leur condamnation au paiement :

1. solidairement de 5.870 €, à titre de remboursement du compte courant associés, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 20 novembre 2013 ;
2. *in solidum* de 91.711,38 €, correspondant au passif de la société, sur pied des articles 225, 263, alinéa 1er, et 332, alinéa 4, du Code des sociétés ;
3. chacun de 6.200 €, à titre de libération du capital social, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 20 novembre 2013.

Il réduit ensuite sa demande pour la limiter à la libération du capital social et au comblement du passif de la société réduit à 58.849,26 €, sur pied de l'article 265, paragraphe 1er, du Code des sociétés.

Les premiers juges font droit à la demande du curateur relativement à la libération du capital social, Tom G [REDACTED] et Tom VAN C [REDACTED] étant chacun condamnés au paiement de la somme de 6.200 €, mais limitent leur condamnation solidaire au comblement du passif à concurrence de 25.000 €, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 23 octobre 2014 jusqu'à parfait paiement, ainsi que les dépens liquidés à 118,71 €.

Tom VAN C [REDACTED] sollicite la réformation de la décision entreprise, la demande du curateur, ainsi que son appel incident devant être déclarés non fondés. Il liquide ses dépens à deux indemnités de procédure de 5.500 € chacune.

Le curateur relève également appel du jugement *a quo* et introduit aussi des demandes nouvelles.

Ainsi, il sollicite à présent la condamnation de Tom VAN C [REDACTED] au paiement :

- de 9.300 €, comprenant la moitié du capital social dont la libération effective le jour de la constitution de la société ne serait pas rapportée,



soit 3.100 € et le capital social devant encore être libéré par le précité, soit 6.200 €, le tout à majorer des intérêts au taux légal depuis le 20 novembre 2013 ;

- de 93.485 €, selon différents fondements, c'est-à-dire :
 - en comblement du passif social, à majorer des mêmes intérêts ;
 - sur pied de l'article 229, 5°, du Code des sociétés à majorer des mêmes intérêts ou, subsidiairement, 25.000 €, à majorer des Intérêts au taux légal depuis le 23 octobre 2014, tels qu'alloués par les premiers juges ;
 - à titre de dommages et intérêts, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 20 novembre 2013 ;
- des dépens, non liquidés.

Discussion

Le capital libéré

Il ressort de l'acte constitutif de la SPRL P [REDACTED] qu'une somme de 6.200 € « a été déposée sur un compte spécial ouvert au nom de la société en formation auprès de la banque BNP PARIBAS FORTIS sous le n° ... »¹, le notaire instrumentant ayant dû le constater conformément à l'article 224 du Code des sociétés.

Le curateur ne peut exiger la condamnation de l'appelant au paiement d'une somme de 3.100 € correspondant à la moitié du capital libéré au motif qu'il n'est pas en mesure de préciser l'emploi qui en a été fait.

Il n'y a pas eu absence de versement ni libération fictive. Les fonds ont été mis à la disposition de la société et ses gérants en ont disposé, soit pour les besoins de celle-ci, soit pour leurs propres besoins. Dans cette dernière hypothèse, il incomberait au curateur de l'établir. Ce qu'il ne fait pas.

Cette demande nouvelle est non fondée.

La libération du solde du capital souscrit

L'appelant soutient qu'il a libéré le solde du capital social qu'il avait souscrit par compensation avec son compte courant.

Il se réfère aux comptes de la société qui, dit-il, ont été déposés en vue de faire aveu de faillite² et qui au 30 juillet 2013 affichaient en ce qui concerne son

1 Pièce 1 Curateur.

2 Pièces 3 et 4 TV.



compte courant un solde créditeur de 8.834,39 € et au 5 novembre 2013 un solde créditeur de 2.634,39 €, soit une différence de 6.200 €.

Mais, pour prouver la vente de son véhicule, il fait également référence à un historique de son compte courant³ qui mentionne qu'à la date du 1er juillet 2012, celui-ci « a en effet été débité à cette date d'un montant de 6.200 €, ce qui implique que la société avait une dette envers le concluant »⁴.

C'est inexact ! Lorsqu'une somme est portée au débit du compte courant associé, cela implique au contraire que celui-ci a une dette vis-à-vis de la société, par exemple en raison de prélèvements ou de paiements personnels effectués sur les comptes de celles-ci ou encore à l'occasion d'avances faites par la société à son associé. L'opération ainsi comptabilisée n'est donc certainement pas révélatrice de la vente du véhicule de l'appelant à la société.

L'appelant est bien en peine de produire le moindre document établissant cette vente. Il n'est nullement établi que le bien repris dans les actifs circulants pour la somme de 6.500 € et amorti par la société correspond audit véhicule⁵. Il existerait d'ailleurs une contradiction à cet égard puisque le bien serait comptabilisé dans les actifs circulants à un montant supérieur au prix d'acquisition. Le fait que le « Citroën Jumpy » ait été immatriculé au nom de la société à partir du 16 juin 2011 jusqu'au 5 avril 2013⁶ ne permet pas de conclure qu'il était sa propriété. Faut-il rappeler à l'appelant que lors de la descente de faillite ledit véhicule n'a pas été retrouvé. L'appelant affirme que celui-ci a été revendu par Tom G [REDACTED], co-gérant de la société, le 5 avril 2013, mais reste bien en peine de produire le moindre élément corroborant ses dires.

Ce débit de 6.200 € aurait pu correspondre à une avance de la société en vue de permettre à l'appelant de libérer le solde du capital social qu'il avait souscrit. La similitude des montants est interpellante bien qu'elle ait échappée à l'appelant.

L'opération comptabilisée au 1er juillet 2012 ne comporte toutefois aucune indication sur sa nature et, ce qui pose problème, c'est que selon les autres documents comptables précités⁷ ce montant aurait été débité une seconde fois entre le 30 juillet 2013 et le 5 novembre 2013 et qu'à la date du 30 juillet 2013, toujours selon ces documents, le capital social n'était libéré qu'à concurrence de 6.200 €.

La seule conclusion qui s'impose de l'examen de l'ensemble de ces documents produits par l'appelant est qu'ils ne sont pas probants. Aucun crédit ne peut être donné à l'attestation rédigée *in tempore suspecto* par « Willy » du bureau

- 3 Pièce 9 TV.
- 4 Ses conclusions, page 5.
- 5 Pièces 10 et 11 TV.
- 6 Pièce 14 TV.
- 7 Pièces 3 et 4 TV.



comptable VANDENABEELE, 15 jours avant la faillite, dès lors qu'elle n'est corroborée par aucune pièce dont la sincérité serait avérée. Dans ces conditions, il est inutile de recourir à l'audition sous serment de Willy VANDENABEELE demandée par l'appelant⁸.

L'appelant n'a pas été en mesure de produire le registre des parts qui aurait dû contenir la mention des versements établissant la libération intégrale du capital social, selon l'article 233, 2°, du Code des sociétés, ni par ailleurs le moindre document comptable, malgré les demandes répétées du curateur⁹.

Les seuls comptes annuels dont celui-ci dispose sont ceux relatifs à l'exercice 2011 qui ont été approuvés par l'assemblée générale du 16 juin 2012 et déposés à la Banque Nationale le 31 août 2012¹⁰ desquels il ressort qu'au 31 décembre 2011 le capital social n'a été libéré qu'à concurrence de 6.200 €.

Par conséquent, c'est à bon droit que les premiers juges ont condamné Tom VAN C [REDACTED] au paiement de la somme de 6.200 € à titre de libération du solde du capital social qu'il avait souscrit dans la SPRL P [REDACTED].

Le curateur réclame des intérêts au taux légal à dater du jour du prononcé de la faillite, soit le 20 novembre 2013.

S'agissant d'une créance de la société à l'égard d'un de ses associés et non d'une dette de la société, les intérêts sur celle-ci ne sont pas dus de plein droit. Dès lors qu'en cas de faillite, la décision de procéder à l'appel de fonds est de la compétence du curateur, les intérêts lui seront accordés depuis sa mise en demeure du 3 juin 2014¹¹.

La responsabilité solidaire des fondateurs en cas de capital social manifestement insuffisant

Le curateur réclame la condamnation de Tom VAN C [REDACTED] au paiement d'une somme de 93.485 € correspondant au passif de la société faillie selon le 5^{ème} procès-verbal de vérification des créances¹².

Il fonde sa demande notamment sur pied de l'article 229, 5°, du Code des sociétés qui dispose que :

« Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulations contraires : (...) des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution

- 8 Ses conclusions, page 9.
9 Pièces 5 à 7 et 11 Curateur.
10 Pièce 2 Curateur.
11 Pièce 12 Curateur.
12 Pièce 14 Curateur.



si le capital social (...) étai(t) lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

Le plan financier prescrit par l'article 215 est à cet effet transmis au tribunal par le notaire, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi. »

La SPRL P [REDACTED] a été constituée le 21 janvier 2011 et sa faillite a été prononcée par le tribunal de commerce le 20 novembre 2013, soit dans les trois ans de sa constitution.

A cette occasion, le capital social n'a été libéré qu'à concurrence d'un tiers, soit 6.200 €.

Selon le plan financier prescrit par l'article 215 du Code des sociétés, la société qui avait comme activité l'exploitation d'une maison de vacances dans la région dinantaise, devait, dès la première année, faire face à des coûts de l'ordre de 102.000 € qu'elle entendait pouvoir supporter grâce à un chiffre d'affaires de 150.000 €, dont à déduire toutefois des achats pour 45.000 €. Il lui restait donc un disponible de 3.000 € avant impôt.

Les chiffres relatifs à la deuxième année d'activité sont du même ordre, si ce n'est que les fondateurs ont prévu un chiffre d'affaires en progression de 50.000 € pour être porté à 200.000 €, ce qui représente une augmentation non négligeable de 33 %, les achats augmentant à 60.000 € et le disponible avant impôt étant cette fois de 12.200 €.

Il ne ressort pas des éléments soumis à l'examen de la cour que la société aurait pu disposer d'autres moyens financiers susceptibles de palier à ce manque évident de capital au moment de sa constitution (Mons, 17 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1361).

Le prêt à tempérament de 40.000 € octroyé par la SA BNP PARIBAS FORTIS¹³ le 11 février 2011 était destiné à financer l'achat de matériel et au rafraîchissement des lieux loués, mais en aucun cas à servir de fonds de roulement. Le seul fait que ce prêt ait été accordé ne permet pas de conclure que le plan financier des fondateurs était réaliste. Quant à une intervention de la REGION WALLONNE, celle-ci n'est pas démontrée.

Le seul poste « loyer » s'élevait donc à 36.000 €, alors que la société disposait de fonds propres lui permettant d'en payer à peine deux mois, abstraction faite des autres frais inhérents à cette location, tels que notamment l'électricité, le chauffage, l'eau, les assurances, chiffrés dans ce plan à 13.000 €.

13 Pièce 15 Curateur.



Le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal des activités projetées pendant deux ans et il est évident qu'un plan prévoyant un chiffre d'affaires de 150.000 € pour la location d'une maison de vacances dans la région dinantaise, dès sa première année d'activité, puis 200.000 € la deuxième, était irréaliste.

« (L)a structure financière (était) à ce point déséquilibrée qu'elle devait fatalement conduire l'entreprise à la ruine, quelle qu'ait pu être la gestion de celle-ci » (Matray, D., « Observations sur la responsabilité dans la constitution et la gestion des sociétés », in *Le droit des sociétés*, Chron. Pal. Liège, t. VII, 23 décembre 1989, traduisant les propos de T. Breesch, R.W., 1980-1981, col. 1674).

Avec un plan financier reposant sur de tels chiffres, il n'est pas étonnant qu'au terme du premier exercice, la société ait enregistré une perte de 15.462,40 € qui est justifiée dans le rapport de gestion établi par les gérants conformément aux articles 95 et 96, 6° du Code des sociétés par le « démarrage de l'entreprise » et qui « devra être supportée durant quelques années et éventuellement croître un peu. »¹⁴.

Faut-il encore relever que selon l'article 332 du Code des sociétés, l'assemblée générale aurait dû être convoquée afin de délibérer et de statuer sur la dissolution éventuelle de la société ou sur d'autres mesures à prendre afin de permettre la poursuite des activités dès lors que l'actif net était réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social.

Les seules mesures qui semblent avoir été prises par les gérants ont été de ne plus tenir d'assemblée générale ni de faire approuver et publier les comptes annuels de 2012, mais ceci relève d'un autre débat dès lors que l'application de l'article 229, 5°, du Code des sociétés ne requiert pas la démonstration de fautes de gestion ni d'un lien de causalité entre l'insuffisance de capital et la faillite qui peut être due à une cause autre que le capital manifestement insuffisant (Mons, 17 mai 1994, *op. cit.*).

Selon l'article 229, 5°, du Code des sociétés, il appartient au juge de déterminer dans quelle mesure les fondateurs doivent être tenus des engagements de la société.

Le curateur sollicite la condamnation de Tom VAN C [REDACTED] à l'intégralité du passif déclaré selon le 5^{ème} procès-verbal de vérification des créances, soit 93.485,11 €, arrondis à 93.485 €, sans toutefois s'en expliquer.

Le juge apprécie souverainement le montant de la condamnation prononcée.

14 Pièce 8 TV dont il a procédé à la traduction libre.



« Il n'est pas tenu de procéder à une analyse du dommage, et ne doit pas nécessairement ordonner une réparation intégrale de ce dommage. Il peut s'agir d'une "proportion" du passif, dit la loi. En d'autres termes, en compensation de la simplification de l'analyse du lien causal et des conditions de la solidarité, le législateur a donné au juge un pouvoir particulier qui lui permet de ne pas dépasser les limites d'une sanction civile raisonnable (T.P.D.C., tome 4, n° 1158 ; dans le même sens, J. Windey, « Incidence du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs », R.D.C., 2001, n° 80, p. 320 et les références, n° 76, p. 319) » (Liège (14ème ch.), 10 septembre 2007, J.L.M.B., 2009/7, p. 295).

Il échet de relever que la SA BNP PARIBAS FORTIS détient à elle seule une créance chirographaire de 65.724,24 € provenant de la dénonciation de son crédit le 15 février 2013¹⁵, soit 9 mois avant la faillite. Le matériel pour lequel elle l'avait notamment consenti aurait été laissé au bailleur en apurement de loyers impayés¹⁶. Cela pourrait expliquer pourquoi celui-ci n'a pas produit de créance à la faillite. Il n'existe aucun inventaire des biens délaissés.

L'ETAT BELGE (contributions et TVA) vient en deuxième position pour un peu moins de 15.000 € (14.189,85 €), la créance de la TVA (4.284,73 €) étant reprise deux fois audit procès-verbal.

Les autres créanciers sont des fournisseurs de la société.

L'appelant ne fait état d'aucun élément qui pourrait l'exonérer de sa responsabilité dans l'élaboration du plan financier qui, il est vrai, n'a apparemment pas soulevé une vague d'interrogations dans le chef du dispensateur de crédit, BNP PARIBAS FORTIS.

Compte tenu de ces circonstances, Tom VAN C [REDACTED] est condamné au passif de la faillite à concurrence d'une somme de 25.000 €, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 23 octobre 2014, tels que postulés à titre subsidiaire.

Le curateur invoque également d'autres moyens à l'appui de sa demande sans toutefois motiver plus amplement le *quantum* de celle-ci.

A supposer que les conditions mises à l'action en comblement de passif soient réunies, il échet au juge d'apprécier souverainement dans quelle mesure, le gérant doit être personnellement obligé « de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif » (article 265 Code des sociétés). Or, au vu des fautes de gestion qui pourraient effectivement être reprochées à Tom VAN C [REDACTED], sa condamnation au paiement d'une somme de 25.000 € apparaît équitable.

15 Pièce 15 Curateur.

16 Pièce 13 TV.



S'il devait être fait droit à une action fondée sur l'article 1382 du Code civil, *quod non*, il y aurait lieu de constater que le curateur n'établit pas le lien de causalité entre les fautes reprochées à l'appelant et le dommage dont il postule l'indemnisation, soit la totalité du passif social.

Dépens

Dès lors que les parties échouent sur quelque chef de leur appel respectif, les dépens seront compensés en ce que chacune supportera les siens (article 1017, alinéa 4, Code judiciaire).

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit les appels et les demandes incidentes ;

Confirme le jugement entrepris sous la seule émendation qu'en ce qui concerne Tom VAN C [REDACTED], celui-ci est également condamné aux intérêts calculés au taux légal sur la somme de 6.200 € depuis le 3 juin 2014.

Compense les dépens d'appel en ce que chaque partie supportera les siens.



Ainsi jugé et délibéré par la SEPTIÈME chambre de la cour d'appel de Liège, où siégeaient le président Ariane JACQUEMIN et les conseillers Thierry LAMBERT et Thierry PIRAPREZ, et prononcé en audience publique du **20 DECEMBRE 2016** par le président Ariane JACQUEMIN, avec l'assistance du greffier Guy BASTIN.



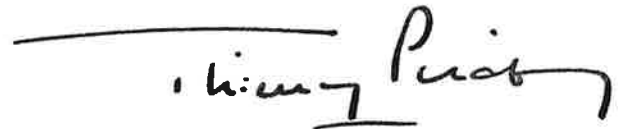
G. BASTIN



A. JACQUEMIN



Th. LAMBERT



Th. PIRAPREZ

