

Les règles de constitution des SA, S(P)RL et SC(RL)

Volume 1

GUJE, 2^e édition – Livre 14.3

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Henri CULOT

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles*

630. **La libération ultérieure**

N° 1563. – Trib. entr. Gand (div. Termonde) (2^e ch.), 23 novembre 2020¹

Présentation : Avant l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations, il était de pratique fréquente, surtout dans les PME, de constituer la société sans libérer intégralement le capital. Cette question passait alors à l'arrière-plan et ce n'est souvent qu'au moment de la faillite que les actionnaires s'en préoccupaient à nouveau. Le curateur réclame alors la libération du capital, mais les actionnaires qui ont déjà tout perdu et auxquels la société en faillite doit souvent de l'argent, n'ont aucune envie de payer davantage. Ils invoquent alors divers arguments, généralement basés sur une compensation entre la dette de libération et les montants que la société leur doit. Si la compensation n'est pas exclue en principe, elle est soumise à des conditions qui, en pratique, ne sont pas souvent réunies.

Cette situation, qui était fréquente, est appelée à se raréfier à l'avenir, dès lors que le Code des sociétés et des associations ne prévoit plus de capital ni d'apport minimal dans les SRL.

Sommaire : La compensation entre la libération du capital de la société et le compte courant d'un actionnaire ne se réalise pas de plein droit avant la faillite et la créance sur le compte courant n'est pas exigible tant que celui-ci n'est pas clôturé.

En l'absence d'étroite connexité démontrée entre le compte courant et la créance de libération, ce qui ressort du fait qu'il s'agissait d'un compte destiné à comptabiliser le fonctionnement journalier fluctuant entre la société et l'actionnaire, aucune compensation n'est davantage autorisée après la faillite.

Parties : H.D. q.q. c. M.D.

(...)

A. La procédure – Demandes

1. La demande introduite par exploit daté du 28 mai 2020 tend à entendre condamner la défenderesse à payer à la demanderesse *q.q.*, le montant de 12.400,00 EUR, plus les intérêts judiciaires à partir de la citation, et à condamner la défenderesse aux dépens.

À entendre en tout état de cause dire pour droit qu'une éventuelle condamnation de la demanderesse *q.q.* aux dépens ne peut donner lieu qu'à une inscription au passif ordinaire de la faillite de la SRL T.S. et ne peut jamais être une dette de la masse dès lors que, dans cette hypothèse, il n'y a d'actif qu'à concurrence de 732,35 EUR.

¹1563.-1. Cette décision a été publiée dans le *T.G.R.*, 2020, p. 230.

B. Faits – Objet de la contestation

2. La SRL T.S. a été constituée par acte reçu par le notaire P.D. le 27 mars 2013, publié au M.B. le 15 avril 2013.

Ont comparu en tant que fondateurs :

- Monsieur J.S., né à (...), le (...), de nationalité néerlandaise, domicilié à (...);
- Madame C.N., née à (...), le (...), domiciliée à (...).

3. Le capital s'élevait, lors de la constitution, à 18.600,00 EUR, avec émission de 100 actions ; chaque fondateur en a reçu cinquante. Lors de la constitution, le capital a été libéré à concurrence de 1/3, soit 6.200,00 EUR. La société a été reprise par la défenderesse. Elle a repris toutes les actions et est actionnaire unique depuis le 5 juin 2018.

4. Le 12 mars 2020, la SRL T.S. a été déclarée en faillite sur aveu et la demanderesse a été désignée comme curateur.

5. Le curateur demande la libération du capital.

La défenderesse estime qu'il ressort du bilan actualisé après la faillite que, dès avant la date de celle-ci, il avait été procédé à la libération du capital.

En tout état de cause, la défenderesse estime que la libération du capital d'une part, et le compte courant, d'autre part, sont connexes et qu'une compensation après faillite est possible.

C. Appréciation

6. La défenderesse soulève la non-recevabilité de la demande parce que son numéro de registre national n'a pas été mentionné dans la citation introductive d'instance.

L'article 702 C. jud. dont le 1^o a été modifié par l'article 11 de la loi du 14 octobre 2018 (M.B. du 20 décembre 2018 (éd. 2)), avec effet au 1^{er} février 2019, dispose :

- « À peine de nullité, l'exploit de citation contient, outre les mentions prévues à l'article 43 :
- 1^o les nom, prénoms et domicile du demandeur et, le cas échéant, son numéro de registre national ou numéro d'entreprise ;
 - 2^o les nom, prénoms et domicile ou, à défaut de domicile, résidence du cité. »

Par conséquent, l'exploit de citation ne doit pas contenir le numéro de registre national de la défenderesse à peine de nullité.

7. Il n'est pas contesté entre les parties que le 5 juin 2018, la défenderesse a repris les actions de Monsieur J.S. et de Madame C.N. Cette cession d'actions a été inscrite dans le registre des actionnaires et revêtue des signatures des cédants et du cessionnaire.

L'inscription d'une cession d'actions dans le registre des actions d'une société rend cette cession opposable pour tout ce qu'elle comporte, tant en ce qui concerne les droits que les obligations attachés à la propriété des actions (Cass. (1^{re} ch.) RG C.15.0283.F, 9 mars 2017, *D.A.O.R.*, 2017, 124).

8. Un état de l'actif et du passif arrêté au 31 décembre 2018 a été joint à la déclaration de faillite le 6 mars 2020. Les comptes annuels approuvés pour l'exercice comptable allant du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2018 ont été déposés le 10 octobre 2019. Au passif de ces comptes annuels, on lit : capital non libéré : 12 400,00 euros et 13 968,83 euros – autres dettes – poste privé 487.

9. Après la faillite, des comptes annuels actualisés ont été transmis au curateur le 26 mars 2020 par le comptable F. T., le capital étant acté comme libéré et le poste 487 privé présentant un solde de 1 568,83 euros.

10. La défenderesse affirme tout d'abord que les comptes annuels déposés lors de la déclaration de faillite constituaient un bilan provisoire qui n'était pas encore complètement actualisé. Elle déclare que le bilan actualisé a été communiqué par e-mail daté du 31 mars 2020 à la demande de la demanderesse *q.q.*

11. Le tribunal estime que les comptes annuels modifiés (au 31 décembre 2019) ont été établis après la faillite. Sinon, pourquoi une version provisoire en aurait-elle été jointe à la déclaration de faillite. Il ressort aussi de l'échange d'e-mails entre le curateur et le comptable F. T. que ce dernier a confirmé le 26 mars 2020, à 10 h 33 que : « le capital de 18 600 euros n'est libéré que pour 6 200 euros. Il reste un montant de 12 400 euros à verser. »

Le même jour, à 15 h 43, ce même comptable transmet des comptes annuels adaptés et il écrit ceci : « ci-joint le bilan adapté. De l'argent a été versé par le biais du C/C en quantité suffisante pour libérer totalement le capital ».

Cet échange d'e-mails indique clairement que le solde créditeur du compte courant de 13 968,83 euros (comme cela apparaît sur les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2018 et joints à la déclaration de faillite) a été affecté à l'apurement de la fraction du capital restant à libérer après la faillite.

12. On constate que le solde tel qu'il existait au 31 décembre 2018 a été affecté. Il n'y a pas d'historique de tous les mouvements sur le compte courant jusqu'à la date de la faillite. Il est loin d'être clair que toutes les opérations aient été enregistrées dans la comptabilité jusqu'à la date de la faillite. Ainsi, le projet de comptes annuels au 31 décembre 2019, communiqué par le comptable le 26 mars 2020, mentionne-t-il encore un poste clients à l'actif (65.233,89 EUR) alors qu'un peu plus de deux mois plus tard, le curateur n'a plus pu rien recouvrer. Les capitaux propres inscrits dans ce même projet de comptes annuels s'élèveraient à 14 024,25 euros, ce qui paraît aussi difficile à expliquer au vu du passif connu dans la faillite.

13. En application de l'article XX.110 CDE, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens. Par voie de conséquence, après la date de la faillite, plus aucune décision ne peut être prise par le failli en ce qui concerne ses biens et de telles décisions ne sont plus actées non plus dans la comptabilité (Gand, 6 octobre 2014, RG 2011/2525, inédit).

14. Concernant le compte courant, la demanderesse fait remarquer à juste titre que la créance en compte courant existait dès avant la reprise et que celle-ci n'a pas été transférée automatiquement à la défenderesse lors de la reprise. La défenderesse déclare que cela n'appart pas des pièces.

Lorsque la défenderesse se prévaut d'un compte courant créditeur à son nom, elle en assume la charge de la preuve. Or, il ressort des comptes annuels déposés le 10 octobre 2019 au sujet de l'exercice comptable allant du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2018 qu'il existait un compte courant de 25 485,00 euros pendant l'exercice 2017 (donc, avant la reprise). Il y a en conséquence des indices sérieux que ce soit les actionnaires précédents qui aient constitué un solde sur le compte courant et non la défenderesse. Aucune pièce n'est présentée non plus qui révélerait que les anciens actionnaires auraient cédé ce solde de leur compte courant à la défenderesse. Dès lors que la demanderesse *q.q.* l'a rappelé et que la défenderesse n'a pris aucune initiative pour clarifier ce point, une réouverture des débats ne s'impose pas, même au vu des considérations ci-après, pour permettre à la défenderesse d'apporter ces éclaircissements.

15. Même s'il avait existé un compte courant créditeur au nom de la défenderesse, cette dernière ne pourrait pas s'en prévaloir à titre de moyen de défense. La compensation ne s'est pas réalisée de plein droit avant la faillite. Tout d'abord, il n'est pas fourni de preuve que le capital ait été appelé avant la faillite. En l'absence d'une quelconque demande de libération de la totalité du capital social, la dette afférente à la libération du capital n'est pas exigible. La créance en compte courant des associés envers la société n'est pas exigible tant que le compte courant n'a pas été clôturé (Gand, 23 février 2015, *D.A.O.R.*, 2015, 128 ; Bruxelles, 27 septembre 2012, *JDSC*, 127 ; Bruxelles, 29 octobre 2004, *Rev. prat. soc.*, 2005, 123 ; Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2008, 1438 ; Mons, 13 novembre 2006, 2007, 969). Par conséquent, aucune compensation légale n'a pu intervenir entre la dette portant sur la libération du capital et la créance en compte courant de l'associé préalablement à la faillite.

16. Après la faillite, une compensation est certes possible s'il existe un lien étroit (connexité) entre les créances réciproques. Il appartient à celui qui se prévaut de la connexité d'en apporter la preuve. On ne possède pas le détail (l'historique) des diverses opérations effectuées jusqu'à la date de la faillite sur le compte courant qui aurait existé au nom de la défenderesse. La question de savoir si les créances sont à ce point connexes qu'une compensation est possible après concours relève d'une appréciation en fait (Cass. RG 6612, 2 septembre 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 3). Les différentes circonstances de fait dans lesquelles un actionnaire peut détenir une créance expliquent dès lors pourquoi la jurisprudence est souvent divergente (voir, pour une revue récente de la question, M. STORME et C. VAN DEN BROECK, « De gevolgen van een reorganisatie- en faillissementsprocedure op de verhaalsmogelijkheden van de betrokken schuldeisers » in J. DERAMMELAERE (éd). *Ondernemingen in moeilijkheden*, Anvers, 2019, 198, n° 49).

17. La défenderesse évoque à tort l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 septembre 2006 (*RW* 2006-07, 1561). Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont décrits dans le jugement en première instance (Comm. Liège, 9 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, 418). Dans cette affaire, les créances étaient, d'une part, celle du liquidateur en libération et, d'autre part, celle de l'actionnaire qui avait une dette de masse. On ne peut donc pas tirer de l'arrêt de la Cour de cassation dans cette affaire des conclusions applicables à la présente cause.

18. Si la défenderesse détenait déjà une créance en compte courant sur la société, la question de la connexité/du lien entre la créance de la défenderesse du chef de son compte courant et de la créance de libération du curateur revêt une importance centrale. Le tribunal ne prend pas en considération à cet égard le fait que le solde précis de ce compte courant à la date de la faillite devrait ressortir d'une comptabilité totalement fidèle, ce qui ne semble déjà pas être le cas ici (voir n° 12).

La défenderesse demande la compensation du chef de sa créance dans le compte courant, dont elle allègue qu'elle se montait à 13 968,83 euros au moment de la faillite. La publication des comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2018 révèle qu'au 31 décembre 2017, le solde du compte courant s'élevait à 25 485,00 euros et qu'au 31 décembre 2018, il n'était plus que de 13 968,00 euros. La publication des comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2018 comprend aussi le rapport relatif à l'application de la procédure de la sonnette d'alarme (article 332 C. soc.) qu'il convenait d'adapter eu égard aux chiffres de l'exercice prenant fin le 31 décembre 2018 (capitaux propres au 31 décembre 2018 : + 1 624,00 euros). Les capitaux propres au 31 décembre 2017 (+ 2 314,00 euros) étaient donc déjà inférieurs à la moitié du capital social.

Alors que, eu égard aux chiffres arrêtés au 31 décembre 2017, la société devait donc appliquer la procédure de la sonnette d'alarme, le solde créateur du compte courant a baissé, passant de 25 485,00 euros à 13 969 euros. Dans ces circonstances, on peut difficilement avancer que le compte courant avait un effet de soutien en capital.

19. Le compte courant était destiné en l'espèce à comptabiliser les opérations fluctuantes, liées au fonctionnement journalier, entre la société et le gérant. On ne peut pas conclure dans cette affaire qu'un tel compte courant présentait une connexité étroite avec la créance de libération.

La compensation après faillite n'est donc pas autorisée dans ce cas-ci.

Tous les actes de procédure ont été établis en application de la loi du 15 juin 1935.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL,

Statuant contradictoirement.

Condamne la défenderesse à payer à la demanderesse *q.q.*, le montant de 12 400,00 euros, plus les intérêts judiciaires à partir du 28 mai 2020 et plus les dépens de la demanderesse *q.q.* taxés aux frais de citation.

(...)

OBSERVATIONS

Libération du capital et compensation après faillite

Les faits à l'origine de cette décision sont d'une grande banalité. Une société est déclarée en faillite alors qu'une partie du capital (ou des apports) reste à libérer. L'actionnaire tenu de la dette de libération se prétend par ailleurs créancier de la société sur la base d'un compte courant. Il entend compenser les deux dettes et payer de cette manière sa dette de libération, sachant qu'il n'a guère de chance, par ailleurs, de recouvrer le montant de sa créance en compte courant.

L'actionnaire défendeur invoque plusieurs arguments, qui sont présentés et commentés ci-dessous.

Tout d'abord, cet actionnaire a tenté d'enregistrer la compensation dans la comptabilité de la société. En soi, une telle opération comptable se conçoit parfaitement et, en particulier lorsque l'actionnaire est aussi administrateur de la société, elle indique la volonté tant de la société que de l'actionnaire d'opérer cette compensation pour libérer le capital, ce qui implique aussi une disparition (ou une réduction) de la créance en compte courant : ce qui était une créance « devient », pour ainsi dire, un apport en capital ou en capitaux propres. Dans un monde idéal, on pourrait certes, à un simple jeu d'écritures comptables, préférer un échange formel de courriers pour appeler le capital et pour convenir de payer la dette de libération par compensation avec le compte courant de l'actionnaire. Un tel formalisme n'est toutefois pas absolument nécessaire ; il est même un peu ridicule lorsqu'il implique en pratique que l'administrateur de la société s'écrive à lui-même.

En l'espèce, l'opération comptable semble avoir été faite *après* la déclaration de la faillite. L'état actif et passif déposé avec l'aveu de faillite faisait état d'une partie du capital non libérée et d'un compte courant d'actionnaire important. Après la faillite de la société, le comptable de celle-ci a transmis au curateur des comptes « actualisés », dans lesquels la compensation avait été opérée.

Le tribunal, sur la base également d'un échange d'emails avec le comptable, estime que cette compensation est postérieure à la faillite. A compter de celle-ci, la société perd la libre disposition de son patrimoine et ne peut donc plus décider d'une compensation conventionnelle. L'ancien administrateur n'est plus habilité à appeler la libération du capital, ni à accepter un paiement par compensation avec le compte courant. Le contexte, à vrai dire, n'incitait pas à l'indulgence, dès lors que la comptabilité semblait affectée de diverses erreurs et incohérences, dont le tribunal ne tient toutefois pas compte dans son raisonnement.

L'actionnaire invoque alors, après la faillite, une compensation légale, laquelle suppose la réalisation de plusieurs conditions.

Il faut d'abord que le compte courant soit la formalisation d'une créance de l'actionnaire débiteur de la libération, et pas d'un tiers. En l'espèce, le tribunal remarque que le compte courant existait déjà avant l'entrée de l'actionnaire dans la société, de sorte qu'il s'agissait vraisemblablement d'une créance de l'actionnaire précédent. Or, une créance en compte courant est un droit personnel du créancier, qui n'est pas attaché à sa qualité d'actionnaire ou d'administrateur, en ce sens que, s'il est remplacé dans sa fonction d'administrateur ou s'il cède ses actions, la créance en compte courant, elle, n'est en principe pas cédée. Il est certes possible d'accompagner la cession des actions par une cession de la créance mais, en l'espèce, aucune preuve d'une telle cession de cette créance au cessionnaire des actions n'est apportée. A l'évidence, il n'est donc pas possible de compenser une dette de l'actionnaire avec la créance de quelqu'un d'autre.

Si l'on met ce problème de côté, il se peut que la compensation ait eu lieu, de plein droit, avant la faillite². Pour cela, il faut que les dettes réciproques aient été exigibles. A cet égard, le tribunal se range à l'opinion selon laquelle, d'une part, un appel de fonds est nécessaire pour que la dette de libération devienne exigible et, d'autre part, la clôture du compte courant est la condition de l'exigibilité de son solde. L'une et l'autre de ces affirmations sont sujettes à

2. Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 71 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Venootschappen – Algemeen deel*, Larcier, 2016, p. 526-527.

débat – un débat qu'on ne va pas refaire ici³. On remarque simplement que le tribunal ne suit pas la thèse précédemment adoptée par la cour d'appel dont il relève⁴. Sa conception semble, quoi qu'il en soit, extrêmement formaliste dans une société unipersonnelle, dont l'actionnaire est également administrateur. Dans ce cas, la volonté d'appeler les fonds à libérer, de clôturer le compte courant et de payer la dette de libération par compensation, n'est en pratique que la volonté d'une seule personne. Il faut juste qu'elle soit un peu formalisée pour s'extérioriser, et cette formalisation peut résulter d'écritures comptables. Mais on ne trouve pas de trace de cette formalisation minimale avant la faillite, ce qui conduit le tribunal à refuser de reconnaître l'existence d'une compensation légale. Il est vrai, aussi, que l'actionnaire qui soutient avoir exécuté son obligation supporte la charge de le prouver⁵ et qu'il n'avait pas d'élément convaincant à cette fin.

Enfin, la compensation peut encore s'opérer après la faillite, s'il existe une étroite connexité entre les dettes réciproques⁶. S'appuyant sur la jurisprudence bien établie, le tribunal estime qu'il s'agit d'une question de fait, qui s'apprécie en fonction des circonstances⁷.

De manière assez opportune et dans la ligne de décisions antérieures⁸, le tribunal vérifie s'il y avait en l'espèce une équivalence fonctionnelle entre la créance en compte courant et la libération du capital. En d'autres termes, il se demande si l'actionnaire a prêté de l'argent à la société pour financer le développement de ses activités, comme il aurait pu les financer en libérant ses apports.

Las, le tribunal constate plutôt que, depuis que la situation financière de la société montre des signes de faiblesse, le solde du compte courant de l'actionnaire a été fortement réduit. Cela signifie qu'au lieu de laisser dans la société les liquidités dont elle avait besoin pour sa survie, l'actionnaire a fait en sorte que la société lui rembourse une partie du compte courant pendant la période qui a précédé la faillite. Dans ces circonstances, il est difficile de considérer que la créance en compte courant remplissait la même fonction que le capital.

Pour ces différentes raisons, qui sont d'ailleurs en partie surabondantes les unes par rapport aux autres, le tribunal rejette les arguments de l'actionnaire et le condamne à libérer le solde du capital entre les mains du curateur.

3. Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 72 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 107-111 et 113-115 ; H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », observations sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 28-30.
4. Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, 731, note R. HOUBEN ; Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23. Aussi Bruxelles, 18 octobre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 688 et Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1382.
5. Cass., 18 septembre 2020, *R.W.*, 2020-2021, p. 944 ; *J.D.S.A.*, 2021, p. 15, obs. H. CULOT, « La charge de la preuve de la libération du capital » ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, Larcier, 2016, p. 524.
6. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, 2020, p. 154 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 115-117 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, Larcier, 2016, p. 527.
7. H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », observations sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 28.
8. Comm. Bruxelles, 25 janvier 2000, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 315 ; Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 369 ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731, note R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop » ; Anvers, 10 décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 176 ; F. T'KINT, obs. sous Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 111-112.

Cette décision, qui n'est pas surprenante, doit servir de rappel aux actionnaires, dirigeants et comptables des PME. S'il existe un risque d'insolvabilité, il n'est pas prudent de laisser, dans la comptabilité de la société, une créance de libération du capital et une dette en compte courant envers le ou les actionnaire(s). Au contraire, il est préférable de libérer complètement le capital dès que possible, afin que cette question ne se pose plus si, un jour, des difficultés surviennent.

Ce type de problème se posera moins dans les SRL constituées sous l'empire du Code des sociétés et des associations. En l'absence de montant minimal des apports, les fondateurs préfèrent de nos jours prévoir des apports modestes, voire symboliques, et les libérer totalement, plutôt que d'opter pour un montant plus important qui ne serait libéré qu'en partie. L'existence d'apports non libérés dans les SRL devient donc plus rare dans la pratique, même si rien ne l'interdit.