

4. Quant à l'appel incident du curateur

17. Le curateur établit 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.

(...)

OBSERVATIONS

Fonder une société avec légèreté... cela finit par coûter cher !

Deux aspects retiennent l'attention dans cet arrêt.

Tout d'abord, c'est une illustration intéressante de la responsabilité solidaire des deux fondateurs d'une SPRL déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution et dont il apparaît que le capital était *manifestement* insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité pro

jetée pendant deux ans au moins², avec un *quantum* assez sévère puisqu'ils sont condamnés à assumer personnellement l'intégralité du passif social tout en perdant définitivement leurs substantielles créances respectives en compte Courant (plus de 60 000 EUR).

Le Code des sociétés³ prévoit que les fondateurs peuvent être solidairement tenus des engagements de la société, dans une proportion fixée par le juge (*intégralité* ou *quotité* du passif non couvert par le fruit de la réalisation des actifs par le curateur). Pour éclairer le juge dans son large pouvoir d'appréciation de l'insuffisance du capital, qui doit être manifeste, le législateur a imposé aux fondateurs l'établissement d'un *plan financier* dans lequel ils justifient le montant du capital de la société à constituer⁴, ce qui peut rassurer sur le fait qu'ils n'ont pas lancé leur projet « à l'aveuglette » et qu'ils ont bien réfléchi (et calculé !) avant de constituer leur société⁵, veillant à une adéquation entre le capital proposé et les activités envisagées. Ce plan permet également d'éviter le risque d'une appréciation *post-factum* par le juge⁶ ; ainsi, il serait un peu rapide de conclure que si la société a fait faillite si rapidement, c'est que nécessairement son capital était insuffisant. Le législateur n'a cependant donné aucune directive relative au contenu minimal de ce plan, de sorte que la doctrine et la jurisprudence ont peu à peu défini ses contours. « *Le bilan prévisionnel indiquera au passif les ressources provenant du capital social de départ, ainsi que des capitaux empruntés (crédit bancaire, prêts des associés, subsides, etc.) et à l'actif les diverses utilisations des ressources (immobilisations, frais de premier établissement, créances, stocks, crédits aux clients, caisse, etc.). Un tableau de prévision des résultats d'exploitation complétera utilement le bilan prévisionnel*⁷. » L'élaboration du plan financier suppose que soit précisé au préalable le projet d'entreprise dans toutes ses composantes ; il doit contenir « *une étude de marché, des objectifs de vente, une politique de crédit, une étude du cycle d'exploitation, la détermination du prix de revient, le nombre et la qualification du personnel à engager et un budget de trésorerie*⁸ ». La preuve d'un capital proportionnel aux activités envisagées peut cependant être rapportée par d'autres éléments que par le plan financier : études de rendement plus précises ou, en cas de reprise d'une exploitation, valeur véritable des éléments acquis tels que clientèle, outillage, stock⁹, ...

Dans l'espèce commentée, on s'étonne déjà de voir une SPRL visant le commerce de vêtements constituée avec le capital minimal fixé par le législateur, soit 18 600 EUR, libéré à concurrence du minimum légal (6 200 EUR), au regard du coût de l'acquisition du fonds de commerce (40 000 EUR), des travaux d'aménagement du magasin (30 000 EUR) et du montant du loyer à assumer dès le premier mois (3 500 EUR) : face à pareilles charges, comment assurer l'exercice normal de l'activité projetée durant les deux premières années, même avec des appuis extérieurs ?

2. Il s'agit d'une période de 24 mois et non des deux premiers exercices comptables, qui peuvent couvrir une période plus importante (J.-M. VAN HILLE et N. FRANÇOIS, *La société anonyme – Aspects juridiques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 35).

3. Articles 229, 5° (SPRL), 405, 5° (SCRL) et 456, 4° (SA) du Code des sociétés.

4. Articles 215 (SPRL), 391 (SCRL) et 440 (SA) du Code des sociétés.

5. *Doc.parl.*, de la loi du 4 août 1978, Sénat, *S.O.*, 1977-1978, n° 415/2, p. 142

6. *Doc.parl.*, Sénat, *S.O.*, 1977-1978, n° 415/2, p. 143.

7. Cl. PARMENTIER, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », *R.D.C.*, 1986, p. 766.

8. *Rép. not.*, T. XII, Droit commercial, Livre III, Les sociétés anonymes, 1995, n° 83, pp. 127-128. Voir Bruxelles, 7 novembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, n° 899, p. 170 et les références citées.

9. Comm. Bruxelles, 8 avril 1986, *J.D.S.C.*, 1999, n° 81, p. 205 et obs. M.A. DELVAUX, *Rev. prat. soc.*, 1986, p. 166 ; Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 400, p. 156.

Le plan financier est analysé par la Cour et présente de nombreuses incohérences (mauvais calcul de la charge de loyers annuelle, du coût des travaux d'aménagement de départ, du chiffre d'affaires, ... rien ne « tient la route » !). Cette légèreté impardonnable des fondateurs justifie pleinement leur sévère condamnation.

Ensuite, la Cour rappelle l'absence de compensation (ni *ante* ni *post* faillite) entre la créance de la société à l'égard de ses fondateurs pour le capital non libéré (seul le minimum légal avait été libéré à la constitution) et la créance de ces derniers en compte Courant puisqu'avant la faillite, ces créances n'étaient pas exigibles et après la faillite, elles ne présentent pas de lien de connexité entre elles¹⁰.

10. À noter que la faillite ne fait pas d'office échec à l'invocation de la compensation légale ; voir à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2014, R.G. C.13.0552.N., disponible sur le site de la Cour à l'adresse www.cass.be (« *La reconnaissance de la compensation dans les cas où il existe une connexité étroite entre les créances, ne porte pas atteinte à la règle de l'égalité des créanciers en cas de faillite ; dans ces circonstances, la compensation peut donc avoir lieu même si les conditions de la compensation ne se réalisent qu'ultérieurement à la faillite* ») ainsi que la note de M. BERLINGEN intitulée « *La compensation légale : précisions utiles dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* », parue dans la toute jeune revue *Obligations, Contrats et Responsabilités*, n° 3, mai/juin 2015, p. 2.