

Pour ce qui concerne les autres pièces, la partie appelante peut produire elle-même ces pièces étant donné que ces pièces sont disponibles dans le dossier de faillite et qu'elle peut en obtenir copies.

12. Lors de l'appréciation de la responsabilité de principe des fondateurs, est sans incidence la question de savoir quelles initiatives ont été prises contre les gérants qui étaient en fonction à la date de la faillite. La responsabilité du fondateur de la société et la responsabilité du gérant de la société sont deux choses distinctes.

13. En degré d'appel aussi, la partie appelante demande que la cour désigne un expert pour, avant dire droit, déterminer si et dans quelle mesure y a ou non sous-capitalisation par rapport à l'activité de fastfood située à 7500 Tournai, (...), qui était auparavant exercée.

L'appréciation au sujet de l'opportunité d'une expertise est une question de fait dont seul le juge du fond prend connaissance, de sorte qu'il peut lui-même ordonner d'office une expertise. Tout comme le premier juge, la cour décide qu'il n'est en l'espèce pas nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction parce qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour apprécier l'action du curateur.

14. La partie appelante demande par ailleurs à tort à être condamnée solidairement ou *in solidum* avec Sh.K. et que ce dernier doive supporter 90 % de la responsabilité. L'article 229 C. soc. prévoit une responsabilité *solidaire*.

15. Le premier juge a autorisé des délais de paiement, contre lesquels le curateur ne s'est pas opposé à l'époque. Si ces délais n'ont pas été respectés, la cour ne voit pas aucun motif d'accorder en degré d'appel encore de nouvelles facilités de paiement.

(...)

OBSERVATIONS

Plan financier : hier, aujourd'hui et... demain ?

Selon le Code des sociétés⁴, l'insuffisance du capital de départ d'une société n'engage la responsabilité de ses fondateurs que si elle est *manifeste*, ce qui implique la reconnaissance au juge d'un large pouvoir d'appréciation⁵.

Comment va-t-il apprécier si le capital était, lors de sa constitution, suffisant ou insuffisant pour exercer l'activité envisagée ? Quels éléments sont assez pertinents pour être pris en considération et emporter sa décision ?

4. Articles 229, 5°, 405, 5° et 456, 4° du Code des sociétés.

5. Il convient de procéder à cette appréciation en se référant au critère du « fondateur raisonnablement prévoyant et consciencieux » (Mons, 13 septembre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 342). Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207 et J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales – examen de jurisprudence (1972-1978) », *R.C.J.B.*, 1981, p. 383, n° 62. On relit également avec intérêt les travaux préparatoires pour découvrir la tendance de cette appréciation marginale (*Doc. parl.*, Loi du 4 août 1978, Sénat, S. O. 1977-1978, n° 415, et spéc. n°415/2, p. 142) : « Aussi longtemps que les fondateurs ont agi sans dépasser la marge de divergence d'opinions que pouvaient avoir des personnes raisonnables et consciencieuses quant au montant normal du capital au moment de la constitution de la société, il n'y avait donc aucune raison de les rendre responsables ».

Il est toujours facile d'apprécier la situation *a posteriori* et lorsque « les carottes sont déjà cuites » et de conclure rapidement à l'insuffisance du capital de départ. Mais pour que le caractère suffisant du capital soit apprécié en tenant compte de la situation qui existait *au moment de la constitution* de la société, la loi impose aux fondateurs l'établissement d'un *plan financier* dans lequel ils justifient le montant du capital de la société à constituer⁶. Cette justification précise et complète du montant mis à la disposition de la société permet d'avoir la certitude que l'entrepreneur n'entame pas son activité commerciale à l'aveuglette, mais a réfléchi avant de lancer son entreprise⁷, une adéquation entre le capital proposé et le projet des activités étant fondamentale. En même temps, cette obligation imposée aux fondateurs représente une garantie qui leur est offerte par le législateur, garantie qui les protège « contre tout arbitraire éventuel dans l'appréciation *post factum* de ce qui a pu être considéré comme un capital suffisant dans les circonstances données, c'est-à-dire au moment de la création de la société⁸ ».

Hormis pour la SPRL-S⁹, le plan financier ne doit obéir à aucune forme particulière.

Quant à son contenu minimal, *à ce jour*, le législateur ne donne aucune indication¹⁰ ; il dépend donc de la seule appréciation des fondateurs¹¹ et des caractéristiques propres à chaque entreprise. C'est vers la doctrine et la jurisprudence qu'il faut se tourner pour cerner les contours d'un plan financier. « 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 complètera utilement le bilan prévisionnel¹² ». L'élaboration du plan financier suppose que soit précisé au préalable le projet d'entreprise dans toutes ses composantes ; il contiendra « 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 trésorerie¹³ ». Notons que le plan financier n'est qu'un volet du *business plan* (plan d'affaires) ; ce dernier est l'outil qui va déterminer la stratégie de l'entreprise et aborder tous les aspects de l'activité ; dans le business plan, une analyse *qualitative* s'ajoute à l'analyse *quantitative* apportée par le plan financier.

Le Code des sociétés et des associations¹⁴ renforce les obligations relatives au plan financier puisqu'il définit désormais sept éléments qui doivent figurer obligatoirement dans le plan :

1° une description précise de l'activité projetée ;

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

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

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

9. L'article 215, alinéa 2, introduit par la loi du 12 janvier 2010 prévoit que le fondateur d'une SPRL-S est tenu, pour la rédaction du plan financier, *dont les critères essentiels sont fixés par le Roi*, de se faire assister par une *institution ou organisation agréée* à cette fin par le Roi, un *comptable agréé*, un *expert-comptable externe* ou un *réviseur d'entreprises* désigné par le fondateur.

10. Le texte légal parle d'un plan financier *dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer* : un peu court pour lui donner du contenu !

11. Qui veilleront à se faire épauler par un expert compétent (*expert-comptable, réviseur d'entreprise*).

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

13. *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.

14. Article 7:3, § 2, selon la numérotation du projet de loi introduisant le Code des sociétés et portant des dispositions diverses à la date du 14 novembre 2018.

- 2° un aperçu de toutes les sources de financement à la constitution en ce compris, le cas échéant, la mention des garanties fournies à cet égard ;
- 3° un bilan d'ouverture établi conformément au schéma visé à l'article 3:3, ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ;
- 4° un compte projeté de résultats après douze et vingt-quatre mois, établi conformément au schéma visé à l'article 3:3 ;
- 5° un budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ;
- 6° une description des hypothèses retenues lors de l'estimation du chiffre d'affaires et de la rentabilité prévus ;
- 7° le cas échéant, le nom de l'expert externe qui a apporté son assistance lors de l'établissement du plan financier.

On verra si ces précisions légales rendront les fondateurs plus attentifs lors de la définition du capital adéquat dans le cadre des discussions préalables à la constitution de leur société. On verra également si la jurisprudence relative à la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant va évoluer vers une plus grande sévérité au regard du respect, ou non, de ces exigences minimales.

L'appréciation du juge en matière de responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant est délicate. D'une part, il doit apprécier le caractère manifeste de l'insuffisance de capital ; d'autre part, il doit fixer la proportion des engagements de la société qu'il mettra à charge des fondateurs.

À cet égard, en l'espèce, le premier juge avait condamné les fondateurs à dédommager la différence entre le besoin de capital de la société au moment de la fondation (pour la première année) et les moyens effectivement mis à disposition. Il a considéré qu'il n'y a pas de raison de condamner les fondateurs à l'*ensemble* du passif, vu les données concrètes du dossier qui lui était soumis, puisqu'ils ne doivent contribuer que dans la mesure où le capital prévu était manifestement insuffisant. Dès lors, les chiffres du passif au jour de la faillite ne sont pas considérés comme pertinents. La cour confirme cette position, à juste titre selon nous.