Il convient également de relever que si l'appelante avait exercé son activité en personne physique sur la base des mêmes données que celles contenues dans le plan financier, elle aurait couru à la faillite et aurait donc dû faire face aux revendications d'un curateur, certes sur d'autres fondements juridiques.

Rien ne permet d'affirmer que l'appelante aurait pu bénéficier de l'excusabilité alors prévue par l'article 80 de la loi du 8 août 1997 qui suppose un failli malheureux et de bonne foi.

Dans ces conditions, l'appelante ne démontre pas que sans la faute du notaire C., elle aurait réellement perdu une chance d'éviter de devoir payer une somme de 10.000 €, soit dans le cadre de la faillite de la SPRL Z., soit en raison de sa faillite personnelle.

La demande en garantie de l'appelante est dès lors non fondée.

Le curateur réclame la condamnation du notaire C., solidairement avec l'appelante, au paiement de l'intégralité du passif social produit à la faillite de la SPRL Z.

Celui-ci reste cependant en défaut d'établir l'existence du lien causal entre la faute à présent avérée du notaire C. et le *« dommage subi par les créanciers »* (ses conclusions, page 15).

En effet, il n'est nullement démontré que sans cette faute, le dommage dont il demande l'indemnisation ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

L'appelante aurait pu se lancer dans son activité projetée en personne physique et contracter des dettes similaires vis-à-vis de ceux-ci.

Sa demande est dès lors non fondée.

OBSERVATIONS

La responsabilité du fondateur pour capital manifestement insuffisant, les contours du rôle du notaire et le large pouvoir d'appréciation du tribunal

Dans ce dossier, le curateur réclamait tout d'abord à l'unique fondatrice et associée d'une SPRL déclarée en faillite la libération du capital non encore libéré et le remboursement de ses prélèvements injustifiés sur le compte de la société, ce qu'il a aisément obtenu et n'a plus fait l'objet de discussion en appel.
Par contre, sa demande complémentaire de condamnation de la fondatrice à assumer tout le passif de la faillite sur pied de l'article 229,5° de l'ancien Code des sociétés avait été réduite par les premiers juges à 10.000 €, tandis que la demande de garantie formulée par la fondatrice à l'encontre de son notaire, auteur de l'acte constitutif, avait été rejetée.
Tant la fondatrice que le curateur ont formé appel, l'une, à titre principal, dans l'unique but d'obtenir la garantie de son notaire et l'autre, incidemment, dans le but d'obtenir une contribution plus substantielle au passif de la faillite, avec une condamnation solidaire du notaire aux côtés de la fondatrice.
Envisageons ces deux responsabilités ci-après.

Quant à la responsabilité de la fondatrice

La responsabilité de la fondatrice apparaît incontestable dans un contexte de faillite dans les deux années de la constitution de la société, avec un capital fixé au minimum légal, un emprunt envisagé mais refusé par la banque avant la constitution, des avances de l'associée également envisagées dans le plan financier sans aucune chance de concrétisation, des pertes récurrentes « programmées » par ce plan durant les quatre premières années d'activité, des charges en personnel importantes au motif que la fondatrice ne maîtrise pas suffisamment le français pour entrer elle-même en contact avec sa clientèle alors que l'objet de la société est la vente de vêtements, … Le tableau était fort noir et c'est sans surprise que la Cour estime que « *le capital social et les moyens mis à la disposition de la société existants au jour de sa constitution étaient manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins*. »

Cependant, au niveau du *quantum*, le curateur n'avait obtenu « que » 10.000 € devant les premiers juges, eu égard à la situation financière de la fondatrice déclarée précaire (même si nullement prouvée) alors qu'il avait sollicité la couverture de l'intégralité du passif de la faillite, soit plus de 65.000 €.

La Cour va confirmer la condamnation originelle au motif que la fondatrice bénéficie de l'aide juridique de seconde ligne et de l'aide sporadique du CPAS, qu'elle a tenté une activité d'indépendante qui a échoué suite à son *« manque de connaissance manifeste des règles essentielles de comptabilité et de gestion et des moyens mis à la disposition de la société* », que sa mauvaise foi n'est pas avérée et qu'elle effectue des versements réguliers – même si modestes – au profit du curateur.

Le maintien d'une condamnation, même si elle est limitée à 10.000 €, permet, selon la Cour, d'éviter d'exonérer la fondatrice de toute responsabilité, tout en espérant qu'elle comprenne que « *nul ne peut se lancer dans une activité commerciale en toute impunité* », et assure au curateur la récupération d'une certaine somme permettant, très partiellement, d'apurer le passif de la faillite.

La mobilisation, par le curateur, de l'article 229, 5° de l'ancien Code des sociétés présentait :
– l'avantage de ne pas devoir prouver le moindre lien causal : il suffit que le juge constate l'insuffisance manifeste du capital, sans devoir examiner si le montant trop peu élevé de celui-ci est bien la cause de la faillite, qui peut être due à une toute autre cause[12],
– mais l'inconvénient d'une totale incertitude quant au *quantum* de la condamnation : contrairement aux autres numéros de l'article 229 qui prévoient soit une responsabilité *mathématique* (= « *boucher le trou* »), soit une responsabilité *proportionnelle au dommage causé*, la responsabilité pour capital manifestement insuffisant laisse au juge un pouvoir d'appréciation considérable ; le texte invite le juge à fixer la proportion du passif à imputer au fondateur, sans toutefois lui souffler à l'oreille les critères à prendre en considération pour évaluer la condamnation chiffrée qui serait la plus adéquate.

12. La faillite ou la cessation d'activité du client principal de la société par exemple.

Pour obtenir une condamnation plus substantielle de la fondatrice et son obligation à couvrir l'intégralité du passif, quelle que soit son importance, le curateur aurait pu tenter d'engager sa responsabilité aquilienne mais la preuve du lien causal entre la faute et le dommage apparaît nettement plus délicate à apporter. Des circonstances nombreuses et très diverses peuvent en effet avoir conduit la société à la faillite, indépendamment du faible montant de son capital initial et des moyens mis à sa disposition. La charge de la preuve est donc bien plus lourde.

A noter que :
– l'article 229, 5° de l'ancien Code des sociétés est devenu l'article 5:16, 2° du CSA, la formulation demeurant presqu'inchangée[13] [14] ;
– le CSA définit désormais clairement, à l'article 5:4, § 2, les sept éléments qui doivent figurer dans le plan financier, dont le législateur ne donnait autrefois ni définition, ni consistance minimale.

Quant à la responsabilité du notaire

Il n'est pas contesté qu'un fondateur peut parfaitement constituer une société « dont le plan financier révèle une activité théoriquement déficitaire au cours des trois premiers exercices. » (comme relevé par la décision annotée). Encore faut-il alors qu'il soit parfaitement informé quant à la responsabilité personnelle qu'il encourt sur la base du droit des sociétés.

En l'espèce, la Cour estime que la simple lecture du plan financier[15] avec, notamment, des pertes récurrentes « programmées » durant les quatre premières années d'activité, était de nature à « *convaincre toute personne normalement prudente et diligente, et donc a fortiori un notaire* » que la fondatrice allait « droit dans le mur » si elle s'en tenait à ce que le plan prévoyait, d'autant que le notaire a pu constater *de visu* qu'elle ne maitrisait pas le français, ce qui n'aide pas, et qu'elle ne semblait pas connaître les règles en matière de comptabilité et de gestion ni le droit des sociétés.

C'est au notaire qu'il revient de prouver qu'il a « *correctement informé le fondateur de l'importance du plan financier et des conséquences qui en découlent pour lui en cas de faillite prématurée de la société* », l'insertion d'une clause de style dans son acte étant insuffisante à cet égard. La Cour estime qu'en l'espèce, le notaire échoue à établir qu'il a correctement rempli son office à cet égard, manquant à son devoir de mise en garde et de conseil de sorte qu'il engage sa responsabilité contractuelle envers la fondatrice et doit la garantir.

Cependant, il faut encore prouver le lien causal entre cette faute avérée et le dommage subi par la fondatrice.

13. Les trois nuances sont les suivantes :
    - le point de départ des trois ans est désormais l'acquisition de la personnalité juridique, et plus la constitution de la société ;
    - les termes « le capital social ou (dans les cas de la SPRL-S) les fonds propres » ont été remplacés par « les capitaux propres de départ » dans le CSA ;
    - la phrase relative à la transmission du plan financier par le notaire au tribunal a été reformulée.
14. Signalons la publication, dans le numéro 4 de la revue *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, 2020, aux pages 449 à 494, sous la plume des Juges de l'Entreprise Aurore JANSEN et Wim DAVID, d'une contribution très intéressante intitulée « *Le nouveau droit des SRL et de la faillite : quelles (inter)actions ? »* qui consacre de nombreux développements à la responsabilité des fondateurs en cas d'insuffisance manifeste du capital/des capitaux propres de départ (innovations, droit transitoire, rappels, …).
15. Dont il n'est pas contesté qu'il apparaît complet et élaboré par un professionnel du chiffre avec toutes les apparences de sérieux ; les qualités de ce plan financier sont dès lors hors propos en l'espèce.

Cette dernière aurait pu renoncer à constituer une société, préférer développer son activité en personne physique et éventuellement bénéficier de l'excusabilité alors visée à l'article 80 de la loi du 8 août 1997 si elle avait pu établir sa qualité de faillie malheureuse et de bonne foi.

La Cour se pose dès lors la question de savoir si la fondatrice aurait quand même constitué la SPRL si son notaire avait correctement attiré son attention sur les risques encourus.

Son dommage s'identifié à « *la perte d'une chance d'éviter de devoir payer ces 10.000 € (…) si elle n'avait pas constitué la société* » et la Cour estime que dans les circonstances de l'espèce qui lui est présentée, l'intention de la fondatrice « *était de se lancer dans cette activité en société 'coûte que coûte'* », notamment parce qu'elle a caché tant à son comptable qu'à son notaire qu'elle n'avait pas obtenu le prêt nécessaire à financer l'activité ; la fondatrice ne parvient dès lors pas à établir que sans la faute de son notaire, elle aurait effectivement perdu une chance d'éviter de devoir payer 10.000 €, soit dans le cadre de la faillite de sa société, soit en raison de sa faillite personnelle.

Ceci justifie le rejet de sa demande en garantie.

La demande de condamnation solidaire du notaire aux côtés de la fondatrice formulée par le curateur est également rejetée à défaut d'établir le lien causal entre la faute du notaire et le dommage des créanciers sociaux ; la Cour estime que le curateur échoue à prouver que sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit ; si elle n'avait finalement pas constitué sa SPRL, la fondatrice aurait en effet pu exercer l'activité de vente de vêtements en personne physique et contracter… des dettes similaires vis-à-vis des mêmes créanciers.

Terminons par deux réflexions que nous inspire cet arrêt dont nous louons la précision de l'analyse :

1/ La Cour rappelle que le devoir de conseil et de mise en garde du notaire doit s'apprécier en fonction du degré d'instruction de son client, tout en précisant que l'intervention d'autres spécialistes lors de la rédaction du projet d'acte ne le dispense pas de son obligation de conseil.
Ce « degré d'instruction » du fondateur n'a par contre aucun impact en ce qui concerne sa responsabilité personnelle pour capital manifestement insuffisant. A côté des deux conditions 'objectives' qui doivent être réunies pour pouvoir engager la responsabilité des fondateurs dans ce contexte (faillite et insuffisance manifeste du capital), aucune condition de type 'subjectif', à savoir propre aux caractéristiques personnelles de chaque fondateur, ne peut être ajoutée.
Au niveau de l'*obligation* à la dette, les fondateurs sont tous traités sur le même pied : à partir du moment où sont constatées, d'une part, la faillite de la société dans le délai de trois ans et, d'autre part, l'insuffisance manifeste de son capital, ils sont *solidairement* tenus, dans une proportion fixée par le juge, des engagements de la société. Et ceci indépendamment de leurs connaissances particulières, de leurs aptitudes personnelles, de leur expérience, …

Par contre, au niveau de la *contribution* à la dette, le juge peut considérer que tel ou tel fondateur a joué un rôle primordial, au vu de ses compétences particulières par exemple, ce qui justifie qu'il prenne en charge une fraction plus importante de la dette[16] [17].

2/ Dans l'espèce tranchée, la Cour stigmatise le silence maintenu par la fondatrice, tant à l'égard de son comptable qu'à l'égard du notaire, relativement au prêt bancaire de 37.600 € qu'elle attendait pour développer ses activités mais qui lui avait été refusé avant la constitution de sa société. Ce prêt était pourtant expressément renseigné par le plan financier parmi les moyens mis à la disposition de la société.
Lorsqu'elle évalue la part du passif de la faillite à mettre à sa charge et décide de confirmer sa condamnation à assumer « seulement » 10.000 €, la Cour affirme que la mauvaise foi de la fondatrice n'est pas avérée. Par contre, lorsqu'elle envisage la responsabilité du notaire et l'éventuel choix de la fondatrice de renoncer à constituer une société et d'exercer en personne physique, la Cour souligne que « *rien ne permet d'affirmer qu'*(elle) *aurait pu bénéficier de l'excusabilité* (…) *qui suppose un failli malheureux et de bonne foi* ».
Alors… est-elle de bonne ou de mauvaise foi, cette fondatrice ?
De notre côté, nous aurions été plus sévères que la Cour car cette dissimulation de l'information relative au refus du prêt apparaît vraiment substantielle (surtout quand on voit l'ampleur du prêt au regard du capital social, soit près du double, et quand on sait que le prêt faisait expressément partie des moyens mis à la disposition de la société dans le plan financier[18]) et semble témoigner d'une certaine malhonnêteté. Dans la mesure où le juge apprécie souverainement l'ampleur du *quantum* au regard des circonstances de l'espèce, nous aurions sans doute choisi de fixer la condamnation de la fondatrice au montant du prêt bancaire finalement non obtenu, soit 37.600 €. Mais… reconnaissons qu'elle est toujours délicate, cette tâche du juge d'évaluer la « juste condamnation » sur le plan financier.

16. Inversement, si le juge constate que tel fondateur était de simple complaisance, il peut restreindre sa part de la dette commune, à moins qu'il considère que participer à la constitution d'une société par simple « sympathie » est une faute grave à stigmatiser.
17. Epinglons un arrêt de la même cour que nous avions publié il y a longtemps déjà (Liège (14e ch.), 10 septembre 2007, *J.D.S.C.*, 2008, no 845, p. 168) : il a été jugé que la contribution à la dette devait être fixée *en fonction de la participation de chaque fondateur dans la société au jour de sa constitution*, sans aggraver la situation du fondateur *avocat* ou du fondateur *comptable*, chacun ayant fait preuve de la même légèreté et de la même imprévoyance.
18. Faisaient également partie du plan financier, parmi les moyens mis à la disposition de la société, des avances de l'associée unique/fondatrice pour 3.750 € alors qu'il est établi qu'elle était sans ressources personnelles au jour de la constitution de la société, ayant déclaré que la libération partielle du capital social avait été opérée grâce à des aides de sa famille en Russie ; à nouveau, on peut douter de la bonne foi de la fondatrice…