

## Responsabilité dans les actes de fondation d'une Sàrl

### Auteur

Sébastien Bettschart



### Rédacteur/ Rédactrice

Jean-Yves De Both



*Cet arrêt, non destiné à publication, a donné l'occasion au Tribunal fédéral de revenir sur les conditions de la responsabilité auxquelles sont soumises les personnes qui ont coopéré à la fondation d'une société à responsabilité limitée, en l'occurrence des fondateurs qui n'avaient pas apporté l'actif promis dans le cadre d'un apport en nature d'une entreprise individuelle. Il a en particulier confirmé que le dommage ne se limitait pas au montant du capital non libéré («Liberierungsmanko»).*

### I. Faits

[Rz 1] Le 7 mars 1997, A et B ont fondé la société à responsabilité limitée Y Sàrl avec un capital social de CHF 20'000.-. Par contrat d'apport du même jour, Y Sàrl a repris les actifs pour CHF 659'345,93 et les passifs pour CHF 557'880,61 de l'entreprise individuelle YAC. Le seul actif était un immeuble situé en Allemagne.

[Rz 2] Le 4 mars 2003, la faillite d'Y Sàrl a été prononcée. La Banque X, intimée, a été admise en 3e classe pour une créance de CHF 220'526,40. La Banque X s'est fait céder par la suite les prétentions en responsabilité à l'encontre des fondateurs et des organes d'Y Sàrl (art. 260 LP).

[Rz 3] Le 17 mars 2004, la Banque X a ouvert action contre A et B, recourants, en paiement d'un montant de CHF 220'526,40. Elle reproche à A et B d'avoir omis de transférer l'immeuble en question à Y Sàrl, ce dont ils doivent répondre en leur qualité de fondateurs. La première et deuxième instance cantonale ont fait droit à la demande de la banque.

[Rz 4] A la suite d'un premier recours de droit public pour violation du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral a cassé l'arrêt cantonal (arrêt du Tribunal fédéral 4P.224/2006 du 11 juillet 2006), à la suite de quoi les instances cantonales ont à nouveau condamné A et B à payer solidairement le montant de CHF 220'526,40 à la Banque X, notamment sur la base d'un avis de droit de l'Institut suisse de droit comparé (l'arrêt de l'instance cantonale supérieure zougnoise a été publié dans la ZGGVP 2008, p. 215 ss).

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile de A et B.

### II. Droit

[Rz 5] La responsabilité des personnes qui ont coopéré à la fondation d'une société à responsabilité limitée est soumise aux dispositions du droit de la société anonyme (art. 827 CO), plus particulièrement l'art. 753 CO dont l'énumération est exhaustive (CR CO II - CORBOZ, art. 753 N. 21).

[Rz 6] La responsabilité dans les actes de fondation est soumise aux quatre conditions habituelles en matière de responsabilité, à savoir un dommage, la violation d'un devoir, un rapport de causalité

naturelle et adéquate entre la violation du devoir et le dommage, et une faute (ATF 128 III 180 c. 2d; cf. aussi Stephan WERLEN, Gründungshaftung bei der GmbH, Besprechung des Urteils 4A\_61/2009 des schweizerischen Bundesgerichts vom 26. März 2009, in GesKR 3/2009, p. 403 ss).

[Rz 7] Y Sàrl n'a pas été inscrite en qualité de propriétaire de l'immeuble sis en Allemagne qui était censé constituer son seul actif; elle ne disposait pas non plus d'un droit inconditionnel d'en requérir l'inscription au registre foncier (art. 634 ch. 2 cum art. 777c al. 2 ch. 3 CO). Il en résulte logiquement que l'apport avait été surévalué d'un montant correspondant à la valeur de l'immeuble. Les apports effectués par les fondateurs avaient ainsi été indiqués de manière inexacte dans les statuts qui renvoient au contrat d'apport et au bilan (art. 753 ch. 1 CO).

[Rz 8] S'agissant du lien de causalité naturelle, question de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 et 2 LTF), les recourants ne parviennent pas à démontrer en quoi l'instance cantonale aurait violé le droit (art. 42 al. 2 LTF) en refusant d'admettre la preuve de la non-causalité, c'est-à-dire la preuve qu'un comportement conforme au droit aurait entraîné le même dommage que le comportement illicite adopté en l'occurrence par les recourants (ATF 131 III 115 = JdT 2005 I 279 c. 3.1).

[Rz 9] Le Tribunal fédéral retient en effet que l'on ne voit pas pour quelle raison le dommage serait tout de même survenu - même si l'on voulait admettre que celui-ci ne devait pas être calculé au moment de la fondation de Y Sàrl mais au moment de la réalisation de l'immeuble dont est question - si le transfert de l'immeuble situé en Allemagne, non grevé de droits de tiers, avait été effectué lors de la fondation conformément aux dispositions applicables.

[Rz 10] S'agissant du montant du dommage, la question se pose de savoir si celui-ci s'élève au montant du capital souscrit, mais non libéré (en l'occurrence CHF 20'000.-), plus intérêts, comme le soutiennent les recourants (se référant à Peter FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., Zurich 1987, N. 151) ou si, conformément à la définition habituelle du dommage, celui-ci réside dans la diminution involontaire de la fortune nette et correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit.

[Rz 11] Dire si la notion juridique du dommage a été méconnue est une question de droit. En revanche, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de l'instance inférieure relative à l'existence du dommage et sa quotité (ATF 130 III 145 c. 6.2).

[Rz 12] Le Tribunal fédéral rappelle que l'instance cantonale a considéré que le dommage de la société consistait en la différence entre la valeur réelle de l'apport et son affectation au capital social ("*ihre Anrechnung auf das Grundkapital*", "*le prix pour lequel il est accepté*"; cf. art. 628 al. 1 CO dans sa version en vigueur jusqu'en 1992).

[Rz 13] Toujours d'après l'instance cantonale, la valeur réelle des apports est égale à moins CHF 557'880,61 (puisque seuls les passifs ont été effectivement apportés). D'après l'acte constitutif, cet apport devait être affecté à raison de CHF 20'000.- au capital social. La différence entre ces deux montants - et partant le dommage - s'élève ainsi CHF 577'880,61, soit 20'000 - (- 557'880,61), et non à CHF 20'000.- comme le soutiennent les recourants.

[Rz 14] Le Tribunal fédéral, s'appuyant sur la doctrine majoritaire, a confirmé que le dommage pouvait être plus élevé que le montant du capital non libéré et qu'il n'y avait pas de raison de recourir à une notion spéciale du dommage dans le cadre de la responsabilité pour les actes de fondation.

Partant, il a rejeté le recours.

### III. Commentaire

[Rz 15] Il nous paraît indiscutable que le montant du dommage ne se limite pas au montant du capital non libéré, ce que l'on peut appeler le déficit de libération ("*Liberierungsmanko*"), même si, dans la

plupart des cas, ces deux notions se recouvrent (cf. sur ces questions Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., Zurich, etc. 2009, § 18 N. 102).

[Rz 16] On peut cependant regretter que le Tribunal fédéral ne se montre pas plus disert sur la définition du dommage telle que retenue par l'instance cantonale (à savoir la différence entre la valeur réelle de l'apport et son affectation au capital social) et son application au cas d'espèce.

[Rz 17] On notera en particulier que l'état de fait est muet sur la question de savoir comment avait été comptabilisée la partie de l'apport qui dépassait le montant du capital social libéré lors de la fondation d'Y Sàrl, par hypothèse CHF 81'465,32 (659'345,93 - 557'880,61 - 20'000). A défaut d'indications plus précises, on supposera que ce montant avait été affecté aux réserves générales (art. 671 al. 2 ch. 1 CO. Cf. dorénavant art. 45 al. 3 ORC).

[Rz 18] Suivant la définition habituelle du dommage (approche retenue et confirmée par le Tribunal fédéral), nous sommes d'avis que le dommage devrait s'élever à CHF 659'345,93 - soit le montant de la diminution involontaire de la fortune nette résultant du fait que l'immeuble n'a pas été apporté à Y Sàrl - et non à CHF 577'880,61, comme l'a décidé l'instance cantonale. Il est vrai que la Banque X ne réclamant que le montant de son dommage (soit CHF 220'526,40), le Tribunal fédéral n'avait pas nécessairement à résoudre ce point, en tout cas dans son résultat.

[Rz 19] En d'autres termes, alors que l'instance cantonale a limité son examen du dommage au seul capital social, nous sommes d'avis que c'est le patrimoine social en tant que tel qui est déterminant: le dommage s'élève ainsi à la valeur de l'actif qui n'a pas valablement été apporté, peu importe que l'actif ait dû intégralement servir à libérer le capital social ou qu'une partie ait dû, par hypothèse, être affectée à la réserve générale, par exemple sous forme d'agio.

[Rz 20] La définition du dommage retenue par l'instance cantonale (à savoir la différence entre la valeur réelle de l'apport et son affectation au capital social) est tirée mot à mot de la thèse de Katharina Elisabeth SCHOOP (Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zurich 1981, p. 74), qui se fonde elle-même sur la définition spéciale du dommage développée par Peter JÄGGI dans le cas d'une libération fictive du capital social (Die Scheineinzahlung von Aktien, in RSJ 48/1952, p. 303 ss). Cette définition a été reprise, partiellement et de manière isolée, dans un arrêt cantonal zurichois (ZR 1980 N. 33 p. 93 c. VII/1), cité par FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 36 N. 67).

[Rz 21] Or, les motivations ayant conduit à l'élaboration de cette définition spéciale du dommage en matière de responsabilité pour la fondation (essentiellement le fait que la société aurait consenti au dommage) sont, de notre point de vue, dépassées depuis l'adoption par le Tribunal fédéral du courant doctrinal selon lequel, en cas de faillite, l'administration de faillite ou, si elle y renonce, chaque créancier et chaque actionnaire fait falloir la créance unique de la communauté des créanciers ("*Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit*". ATF 117 II 432 = JdT 1993 I 72; cf. aussi CR CO II - CORBOZ, art. 757 N. 9 ss).

[Rz 22] Dans cette approche, en cas de faillite (art. 757 CO), c'est le dommage causé directement à la société (et indirectement aux créanciers sociaux) que l'on doit prendre en compte pour déterminer le montant de la créance unique de la communauté des créanciers, exercée soit par l'administration de la faillite au nom de la masse, soit par un créancier social ou un actionnaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_478/2008 du 16 décembre 2008, c. 4.3.2; ATF 132 III 564 c. 3.2.2; CHK - BINDER / ROBERTO, art. 753 N. 10; Andrew M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genève, etc. 2006 (thèse Lausanne), p. 108; OR II - WIDMER / GERICKE / WALLER, art. 757 N. 21 et 23).

[Rz 23] Le défendeur ne pourra pas opposer les exceptions existant à l'égard de la société, comme la décharge donnée par l'assemblée générale (art. 758 CO) ou le consentement de la société (arrêt 4A\_478/2008 précité; ATF 132 III 342 = JdT 2007 I 51 c. 4.1 confirmant l'ATF 117 II 432 = JdT 1993 I 72 c. 1b/gg), en l'occurrence le fait qu'Y Sàrl aurait consenti à ne pas devenir propriétaire de

l'immeuble faisant l'objet de l'apport en nature.

[Rz 24] Il en résulte logiquement que le dommage n'est limité ni au montant du capital non libéré (comme le relève à juste titre le Tribunal fédéral), ni à la différence entre la valeur réelle de l'apport et son affectation au capital social (comme l'a retenu l'instance cantonale), mais s'élève au montant de l'actif qui n'a pas valablement été apporté (conformément à la définition habituelle du dommage).

Proposition de citation : Sébastien Bettschart, Responsabilité dans les actes de fondation d'une Sarl, in: Commentaires de jurisprudence numériques, Push-Service des arrêts, publié le 28 septembre 2009